Barrancabermeja, 13 de septiembre de 2024

Señores:
POSIBLES PROPONENTES Y VEEDURIAS

ASUNTO: Respuesta a las observaciones al pliego de condiciones del proceso de selección de contratista bajo la modalidad de concurso de méritos abierto No. CM-003-2024.

Teniendo en cuenta las observaciones recibidas al pliego condiciones del proceso de selección de contratista bajo la modalidad de licitación pública No. CM-001-2024, cuyo objeto es: "**INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y LEGAL AL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR A ESTUDIANTES DEL SECTOR EDUCATIVO OFICIAL DEL DISTRITO DE BARRANCABERMEJA, SANTANDER**", se procede a resolver las mismas, así:

OBSERVANTE No. 1: INVERSORA PASSION SAS

OBSERVACIÓN 1 : *La Entidad Contratante estipuló que el indicador de liquidez para los proponentes* ***debe ser mayor o igual a 3,82*** *como el señalado en el pliego de condiciones, impidiendo la participación al proceso de selección de empresas con una experiencia reconocida y con la capacidad para realizar propuestas favorables a la Entidad contratante, empresas que cuenta con una importante experiencia en el sector, solicitamos bajar este indicador de* ***liquidez a 2,25*** *suficiente para garantizar el cumplimiento del objeto contractual del presente proceso teniendo en cuenta su cuantía y naturaleza del mismo, sin poner en riesgo la ejecucion del mismo*.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD: La entidad ha determinado los requisitos de cumplimiento para dichos indicadores teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el Decreto 1082 de 2015 y documentos de referencia de Colombia compra Eficiente; y en especial lo expresado en los artículos 2.2.1.1.1.6.1 y 2.2.1.1.1.6.2; toda vez que constituye los requisito exigidos con factores asociados a datos históricos de procesos similares adelantados, el tipo de contrato a celebrar, los posibles riesgos, la finalidad de evaluación de tales indicadores, la base de datos presentada por el Sistema de Información y Reporte Empresarial - SIREM., entre otros. Obteniendo participación favorable de empresas en los diferentes procesos de selección adelantados por el municipio. La entidad considera que dichos índices y/o indicadores están orientados a la participación de oferentes que asociados o individualmente presenten un estado financiero propio e individual realmente aceptable, que garantice la capacidad para desarrollar con suficiencia la etapa contractual, y la debida diligencia pos-contractual por presencia de requerimientos de garantía exigidas en complejidad y/o en tiempo de ejecución.

Por lo anterior, no se accede a su solicitud

OBSERVANTE No. 1: MÁXIMA ASESORES Y CONSULTORES S.A.S.

OBSERVACIÓN 1 : CARGO DIRECTOR DE INTERVENTORÍA:

PERFIL ACADÉMICO: dado que el Director de interventoría en sus funciones están dadas mas a administrar, dirigir y coordinar la interventoría, el pliego debe quedar así: Profesional de las áreas administrativas y/o de la salud y/o ingenierías, en ese de orden de ideas pueda aplicar un administrador de empresas o un nutricionista dietista o ingeniero de alimentos.

EXPERIENCIA GENERAL: de conformidad con el pliego, para obtener 26 puntos se requiere que el profesional tenga más de 15 años de experiencia general, esto está en contra de la Ley 2214 de 2022, la cual estimula el empleo joven, por las condiciones del proyecto esa no puede ser superior a 5 años.

TITULOS DE POSGRADOS: en este aspecto se nota el filtro que quiere aplicar el distrito, ya que diferencia entre especialización y maestría, además que piden especialización en proyectos a un nutricionista, siendo esto totalmente inaudito. En consecuencia, el pliego debe permitir título de posgrado en cualquier modalidad, en áreas administrativas, de calidad, y de salud.

MONTO DE LOS CONTRATOS: En este aspecto se ve que es simplemente otro filtro excluyente, bastaría que su monto sea el 30% del actual presupuesto.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ESTATAL: Para la Entidad, es claro que, la profesión de nutrición y dietética cuenta con las capacidades técnicas y administrativas requeridas por le Entidad, para asumir la dirección en la vigilancia y control de contrato que conlleve aspectos alimentarios.

De igual manera, se le aclara al observante que, las condiciones establecidas en el proceso para el personal observado, son directamente proporcionales al impacto y magnitud del programa, comoquiera que se trata de alimentación para niños, niñas y adolescentes. Por tal motivo, no se accede a lo observando

OBSERVACIÓN 2 : CARGO COORDINADOR TÉCNICO

*PERFIL ACADÉMICO: las funciones técnicas las puede asumir un ingeniero de alimentos, pero también un nutricionista o un microbiólogo. El pliego debe quedar así: Profesional en Ingeniería de Alimentos, Nutrición o dietética, microbiología o similares de las áreas administrativas y/o de la salud y/o ingenierías, es ese de orden de ideas pueda aplicar un administrador de empresas o un nutricionista dietista o ingeniero de alimentos***.**

*EXPERIENCIA GENERAL: de conformidad con el pliego, para obtener 20 puntos se requiere que el profesional tenga más de 15 años de experiencia general, esto está en contra de la Ley 2214 de 2022, la cual estimula el empleo joven, para las condiciones del proyecto esta no puede ser superior a 4 años***.**

EXPERIENCIA ESPECÍFICA: de conformidad con la duración del contrato, 77 días, es inaudito que para obtener 50 puntos se requieren 4 años de experiencia, esto es un filtro excluyente dado que, de acuerdo al tiempo de trabajo, con un (1) año de experiencia específica es suficiente.

TITULOS DE POSGRADOS: en este aspecto se nota el filtro que quiere aplicar el distrito, ya que diferencia entre especialización y maestra, además que piden especialización en proyectos el pliego debe permitir título de posgrado en cualquier modalidad, en áreas afines a la alimentación y/o nutricionales y/o calidad.

MONTO DE LOS CONTRATOS: en este aspecto se ve que es simplemente otro filtro excluyente, bastaría que su monto sea el 30% del actual presupuesto.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ESTATAL: La Entidad le aclara al observante que, la estimación de la idoneidad y experiencia, general y especifica, de los perfiles que corresponden al personal requerido en el proceso de la referencia, es proporcional a la calidad de la interventoría requerida para el seguimiento y evaluación del Programa de Alimentación Escolar, en el Distrito de Barrancabermeja.

OBSERVACIÓN 3 : CARGO TRES (03) INSPECTORES DE CAMPO

PERFIL ACADÉMICO: las funciones técnicas las puede asumir un ingeniero agroindustrial, pero también un ingeniero industrial o de alimentos o un nutricionista o un microbiólogo o cualquier otro profesional afín. El pliego debe quedar así: Profesional en Ingenierías y/o áreas de la salud o sociales.

EXPERIENCIA GENERAL: de conformidad con el pliego, para obtener 20 puntos se requiere que el profesional tenga más de 10 años de experiencia general, esto está en

contra de la Ley 2214 de 2022, la cual estimula el empleo joven, para las condiciones del proyecto esta no puede ser superior a 2 años.

EXPERIENCIA ESPECIFICA: de conformidad la duración del contrato, 77 días, es inaudito que para obtener 30 puntos se requieren 4 años de experiencia, esto es un filtro excluyente dado que, por el tiempo de trabajo, con un (1) año de experiencia específica es suficiente.

MONTO DE LOS CONTRATOS: en este aspecto se ve que es simplemente otro filtro excluyente, bastaría que su monto sea el 30% del actual presupuesto.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ESTATAL: La Entidad le aclara al observante que, la estimación de la idoneidad y experiencia, general y especifica, de los perfiles que corresponden al personal requerido en el proceso de la referencia, es proporcional a la calidad de la interventoría requerida para el seguimiento y evaluación del Programa de Alimentación Escolar, en el Distrito de Barrancabermeja.

La entidad informa al observante que los requisitos de experiencia, criterios de evaluación; se constituyen teniendo en cuenta una serie de variables relacionadas con la naturaleza del contrato a celebrar, las especificaciones técnicas requeridas, el alcance, la complejidad del servicio, factores económicos, entre otros.

Para el caso que nos ocupa, los requisitos solicitados en el pliego de condiciones son adecuados y proporcionales al objeto del proceso de la referencia conforme a lo estipulado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007; por consiguiente, los argumentos planteados por el observante no son aceptables para la entidad ya que se busca contar con proponentes con experiencia y calidades en el sector al que se dirige la prestación del presente servicio y más aún cuando se determina los requisitos habilitantes y de evaluación.

Ahora bien, los procedimientos de selección de contratistas se deben ver como *“ un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permitan a la administración, salvaguardar los intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir entre las personas que voluntariamente se ofrecen para para ello, al sujeto más apto para contratar” (expósito Vélez ob.cit.pp 396 a 397)* es decir que el determinar ciertas exigencias le permite a la administración el mayor grado de objetividad para seleccionar al particular que ofrezca las mejores condiciones, se trata entonces de que la individualización de la persona más idónea para ser el contratista del estado constituye la finalidad esencial de los procedimientos selectivos. En conclusión los principios aplicables al proceso contractual de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de habilitación y/o ponderación señalados en los pliego de condiciones se incluyan exigencias de calidad e idoneidad, pues esto permite de la posibilidad de evaluarlo y/o calificarlo y/o ponderarlo de mejor forma sin desconocer el principio de igualdad de quienes deseen concurrir y carecen de tal calidad, es decir no es violatorio del principio de igualdad, si no perfectamente acorde con la constitución y con los principios de la contratación el que la entidad valore aspectos como la experiencia relacionada con el objeto a un sector determinado la cual sea obtenida con la entidad o con terceros siempre y cuando su finalidad sea la de asegurar la prevalencia del interés general, y es así mismo concordante con la finalidad de la selección objetiva.

Y así lo ha reseñado la corte al “*la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias (la experiencia, la organización, los equipos, etc) no resultaría suficientemente garantista del interés general y podría, incluso de calificarse de negligente (…) la igualdad no consiste necesariamente en dar trato idéntico a todos los individuos. En efecto el trato diferente consiste en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes, está plenamente justificado por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) el trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente valido, lo cual hace razonable el trato diferente y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado*

para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general.

Ahora bien, de manera reiterada la agencia nacional de contratación pública Colombia compra eficiente ha determinado :El principio de autonomía de la voluntad, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta, y en el artículo 1602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que, si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes.

Esto en la medida en que además de los argumentos ya planteados, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que "En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". Dado lo anterior, para efectos de configurar otra clase de requisitos habilitantes, la Entidad Estatal tiene la carga de justificar en los estudios previos y análisis del sector del proceso de selección su procedencia, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

Recuérdese que esta Agencia ha indicado que las Entidades Estatales al momento de realizar sus Procesos de Contratación, podrán establecer reglas que les permitan conocer que el proponente a contratar cuenta con el cumplimiento de dicho requisito e incluso como obligaciones contractuales a cargo del contratista y a verificar por el supervisor o interventor del contrato, pero en todo caso, se recomienda no disponer dicho requisito a título de habilitante, dado que con él no se relaciona o acredita ningún criterio de capacidad del proponente para ejecutar el contrato.

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos; que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual, debidamente justificados y de acuerdo con los parámetros fijados en el Decreto 1082 de 2015; y que una vez establecidos los requisitos habilitantes, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas. Esto sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar.

Es claro entonces que existe la posibilidad por parte de la entidad de establecer factores y requisitos que le permitan seleccionar a aquellos contratistas que posean mejores calidades, por lo que no es de recibo aceptar lo manifestado por el observante al asegurar que los requisitos establecidos por la entidad, solo pueden ser cumplidos por un proponente en particular o que se esté direccionando el proceso, siendo esto errado en la medida que este contrato posee un número significativo de vinculaciones, manejo, seguimiento, instrucción permanente de personal, compromisos de aspectos nutricionales, la planeación de procesos de gestión, el potenciamiento del personal.

Las elucubraciones y comentarios tendenciosos del observante al manifestar que se pretende beneficiar a un proponente en específico; por ser la única que cuenta con estas calidades, es muy ligera tal afirmación en la medida que este tipo de requisitos se encuentran en la oferta de diferentes proponentes a nivel nacional y que constituyen requisitos comunes en los procesos adelantados por otras entidades para buscar satisfacer la necesidad del servicio.

Colegido lo anterior, el mismo pliego de condiciones ha permitido que se haga uso de cualquier mecanismo de asociación previsto por la ley, para poder contar con su participación dentro del presente proceso de selección.

ORIGINAL FIRMADO
MARIBEL BENITEZ PEREA
Secretaria de Educación

Proyectó aspectos jurídicos: Jorge Villamizar
Abg. SED

Proyectó aspectos financieros: Marlos Camargo
Profesional Especializado Grado III