Bogotá D.C. 11 de noviembre de 2020

KCI-ADMIN-2020145

Señores
HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL
Atn. Coronel Domingo Alfredo López Dales
Director
Ciudad

Referencia: Selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta inversa – PN-HOCEN 0212020

Asunto: Observaciones al Informe de Evaluación publicado el 6 de noviembre de 2020

Estimados señores,

Por medio de la presente, Valeria Frigeri Morales, actuando en mi calidad de Representante Legal de KCI COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT No.900.834.772-1("KCI Colombia SAS"), proponente que presentó oferta en el proceso de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta inversa PN-HOCEN 021 2020 (la "Selección Abreviada"), estando dentro del término para ello establecido en el cronograma del pliego de condiciones de la Selección Abreviada (el "Pliego"), y en el marco de lo solicitado por el HOSPITAL CENTRAL DE LA POLÍCIA NACIONAL (la "Entidad") en su Informe Preliminar de Evaluación publicado el pasado 6 de noviembre de 2020 y considerando las reglas revistas en el Pliego y en la Ley 1882 de 2018 (que modificó el Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007), a continuación, me permito dar respuesta y subsanar las observaciones y requerimientos de subsanación realizados por la Entidad dentro del proceso de la referencia.

1. Se adjunta recibo de pago de la de la garantía de seriedad de la propuesta.

2. FRENTE AL ANEXO 1 DE CONDICIONES TÉCNICAS MÍNIMAS

La Entidad consideró que la oferta presentada por KCI Colombia no cumple ya que en el Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas, KCI Colombia indicó que no ofrecía el certificado emitido por la Administradora de Riesgos Laborales ("ARL") sobre la evaluación inicial o autoevaluación de los estándares mínimos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo ("SGSST").

Al respecto, la Entidad en el respectivo Informe de Preliminar de Evaluación consideró lo siguiente:

2. KCI COLOMBIA S.A.S

NO CUMPLE, ya que **NO OFRECE** en el anexo 1 en CONDICIONES TECNICAS MINIMAS el parágrafo que a la letra dice *"debe presentar el certificado emitido por la Administradora de Riesgos Laborales…"*.

Respuesta de KCI COLOMBIA S.A.S

Al respecto de la observación y la calificación asignada por la Entidad, lo primero que debe tenerse en cuenta es cuál era el requisito solicitado por el Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas, el cual consistía en aportar el certificado de la ARL sobre la evaluación inicial o autoevaluación de los estándares mínimos del SGSST, el cual contara con una calificación mínima, junto con el respectivo plan de mejoramiento.

> El oferente debe presentar el certificado emitido por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) sobre la evaluación inicial o autoevaluación de los estándares mínimos del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST), donde conste una calificación total que se encuentre en una escala de valoración "Moderadamente Aceptable" (puntaje entre el 60% y 85 %) y el respectivo plan de mejoramiento a que haya lugar de acuerdo a la Resolución 0312 de 2019 o la que lo modifique o sustituya (para el caso de consorcio o uniones temporales se deberá presentar el certificado por cada empresa que conforma la unión temporal o consorcio). La calificación total de la Evaluación Inicial o Autoevaluación del SGSST será objeto de verificación durante la ejecución del contrato

Ahora bien, teniendo en cuenta el requisito, lo primero que debe resaltarse es que este es un requisito que se hace aplicable a una empresa que cuente con empleados o personal a su cargo, puesto que el certificado al que se hace referencia por parte de la ARL sobre el SGSST tiene una relación directa con los trabajadores, empleados o personal a cargo que tenga el obligado. Por contera, debe entonces tenerse en cuenta que, de manera lógica, a un oferente que no tenga empleados o personal a su cargo no se le puede exigir el cumplimiento de este requisito, ello por cuanto sería de imposible cumplimiento para el respectivo proponente.

Lo segundo es que, en línea con lo anterior, debe tenerse en cuenta que el requisito exigido en el Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas se encuentra enmarcado dentro de una regulación específica en la materia, la Resolución No.0312 de 2019 expedida por el Ministerio del Trabajo. De manera más concreta, el artículo 2 de la dicha norma establece un claro ámbito de aplicación, por consiguiente, resulta claro que la respectiva certificación de la evaluación de la ARL que en virtud de la Resolución No.0312 de 2019 debe hacerse sobre el SGSST es de aplicación indiscriminada. Al tenor del mencionado artículo 2 de la Resolución No.0312 de 2019 se lee:

> *"Artículo 2. Campo de aplicación. La presente resolución se aplica a los empleadores públicos y privados, a los contratantes de personal bajo la modalidad de contrato civil comercial o administrativo, a los trabajadores dependientes e independientes, a las organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, a las agremiaciones o*

asociaciones que afilian trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social Integral, a las empresas de servicios públicos temporales, a los estudiantes afiliados al Sistema general de Riesgos Laborales y los trabajadores en misión; a las administradoras de riesgos laborales; a la Policía Nacional en lo que corresponde a su personal no uniformado y al personal civil de las Fuerzas Militares, quienes deben implementar los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de SST en el marco del Sistema de Garantía de Calidad del Sistema General de Riesgos Laborales." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que considerando que la Resolución No.0312 de 2019 no aplica indiscriminadamente, sino que tiene un campo de aplicación restrictivo, de igual forma el requisito según el cual el oferente tiene que cumplir con la mentada Resolución No.0312 de 2019 no puede exigirse a todo el universo de oferentes sino solo a aquellos a los que dicha norma les resulta aplicable.

Lo anterior se encuadra dentro de la exigencia contenida en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 al respecto del Principio de Transparencia en la contratación pública, y su postulado según el cual en los pliegos de condiciones no pueden incluirse condiciones y exigencias de imposible cumplimiento.

"Artículo 24. Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio:
[...]
5. En los pliegos de condiciones:
[...]
d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes o documentos que se suministren." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Así las cosas, la exigencia según la cual los pliegos de condiciones en la contratación pública no pueden incluir exigir condiciones de imposible cumplimiento pasa por la intención de fomentar la participación en el proceso de contratación, promoviendo la selección objetiva a través de la participación de una pluralidad de oferentes para que la Entidad se beneficie de la misma a la hora de seleccionar a su contratista. Dicho de otra forma, los mandatos legales del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 buscan proteger y fomentar el principio de libre concurrencia de oferentes al proceso de contratación. No de otra forma lo ha entendido la jurisprudencia del Concejo de Estado, quien al respecto de la libre concurrencia ha manifestado:

"La libre concurrencia conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentran autorizadas por la Constitución y la ley, puesto que ellas impiden la más amplía

oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato." [1](Subrayado y negrilla fuera del texto)

En otra oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consideró que el principio de concurrencia, como parte del principio de transparencia, propendía por la no discriminación del acceso al proceso para que la Entidad pueda verse beneficiada de la concurrencia.

> *"El principio de concurrencia impone así a la administración cargas y actos de garantía en relación con la elaboración de los pliegos de condiciones que permitan el acceso y participación efectiva de todos los posibles interesados y favorezcan la competencia entre los participantes, así como la presentación del mayor número de ofertas posibles. Por tanto, proscribe la discriminación de todas aquellas exigencias que impidan la participación de los interesados en condiciones de igualdad y claridad. Se busca entonces que la administración pueda beneficiarse, a partir de la oposición entre los interesados, de las ventajas económicas que la libre competencia aporta a la contratación estatal al momento de obtener la oferta más favorable."* [2]

Así las cosas, se tiene que el requisito exigido por el Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas se encuentra orientado a solo un grupo de personas dentro de los posibles oferentes, esto es, las personas que se enlistan dentro del artículo 2 de la Resolución No.0312 de 2019; sin embargo, para todos aquellos que se encuentren por fuera de dicho ámbito de aplicación, dicho requisito del Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas no puede ser exigible, por cuanto se estaría transgrediendo el principio de transparencia y de libre concurrencia, al establecer un requisito discriminatorio que prevendría a un grupo de proponentes de presentar su oferta en el proceso de selección.

Considerando lo anterior, para el caso en concreto, debe manifestarse que KCI a la fecha no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Resolución No.0312 de 2019 y por lo tanto no puede cumplir con lo establecido en el Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas respecto de la certificación de la ARL sobre el SGSST. Ello por cuanto, a la fecha, KCI no cuenta con empleados o trabajadores a su cargo, tal como lo certifica el su Revisor Fiscal en documento anexo.

Ello hace que KCI no pueda ser considerado un *empleador* y por consiguiente no entre dentro del espectro de la Resolución No.0312 de 2019. Al respecto, debe recordarse que si bien en Colombia no existe una definición legal del término *empleador*, a partir de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo se puede entender que el *empleador* es una de las partes de la relación laboral (persona natural o jurídica) que la que mantiene a la persona natural de su contraparte en continuada dependencia o subordinación y que le paga una remuneración.

[1] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, C.P: Ruth Stella Correa Palacio; Exp: 24715
[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1966 del 25 de febrero de 2010; C.P: William Zambrano Cetina.

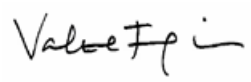
Teniendo en cuenta estos elementos, la página web del Ministerio del Trabajo [3]define al *empleador* de la siguiente manera: *"Es, en un contrato de trabajo, la parte que provee un puesto de trabajo a una persona física para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio del pago de una remuneración o salario. La otra parte del contrato se denomina 'trabajador' o empleado."*

Consecuentemente, resulta claro entonces que dado que KCI no puede ser considerado un *empleador*, por no tener relaciones laborales, empleados, personal o trabajadores a su cargo, entonces no le resulta aplicable lo dispuesto por la Resolución No.0312 de 2019 y en consecuencia tampoco le resulta aplicable el requisito del Anexo No.1 - Condiciones Técnicas Mínimas; demandar la exigencia de este requisito por parte de KCI sería imponer el cumplimiento de una obligación de imposible cumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que bajo la legislación Colombiana no existe regla alguna que obligue o exija como requisito la contratación de empleados o personal para poder constituir una empresa o persona jurídica, así como tampoco es un requisito del Pliego de la Selección Abreviada el tener una planta de personal mínimo.

En ese orden de ideas, manifestamos que, por no encontrarnos dentro del ámbito de la Resolución No.0312 de 2019 nos resulta imposible cumplir con el requisito del Anexo No.1 – Condiciones Técnicas Mínimas y de igual forma con el requisito o solicitud de la Entidad en el Informe Preliminar de Evaluación; razón por la cual comedidamente solicitamos que nuestra oferta sea considerada HÁBIL y no se nos exija el mencionado requisito.

En los anteriores términos damos por presentada la subsanación de la solicitud de la Entidad en su Informe de Evaluación Preliminar publicado el pasado 6 de noviembre de 2020, esperando que en la posterior evaluación que realice la Entidad la oferta presentada por KCI sea considerada como hábil.

Cordialmente,



Valeria Frigeri Morales
C.C. 52.418.438 de Bogotá
Representante Legal
KCI Colombia S.A.S

ANEXOS:
Anexo No.1 – Certificación de No Empleados del Revisor Fiscal de KCI COLOMBIA S.A.S

[3] https://www.mintrabajo.gov.co/atencion-al-ciudadano/glosario#:~:text=Empleador%3A,denomina%20%C2%ABtrabajador%C2%BB%20o%20empleado.