



**INVITACIÓN PÚBLICA A CONTRATAR No. 005 DE 2016 PARA CONTRATAR EL SERVICIO DE ALIMENTACIÓN PARA LOS USUARIOS HOSPITALIZADOS**

**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

El Hospital Especializado Granja Integral E.S.E. de Lérica- Tolima, agradece de manera especial, las observaciones presentadas al informe de evaluación publicado dentro del proceso de contratación a través de invitación pública No. 005 de 2016, no sólo a los oferentes sino a todos los demás ciudadanos que estiman conveniente que se hagan aclaraciones y precisiones de orden técnico y legal a efectos de evitar la materialización de daños antijurídicos o la lesión a disposiciones normativas que gobiernan esta clase de procesos.

Así las cosas, la Empresa Social del Estado a continuación da respuesta a las observaciones presentadas al proceso de evaluación, recibidas en medio electrónico y físico, así:

1. **OBSERVADOR:** SERVIHOSPI S.A.S.

**FECHA:** 27 DE ABRIL DE 2016

**FORMA DE RECEPCIÓN:** FÍSICO

**HORA:** 4:41 PM

**No. DE FOLIOS:** 6

La dinámica de la contestación, será de acuerdo a cada uno de los interrogantes e inquietudes planteadas por los observadores, las cuales se enumeraran y serán resueltas seguidamente:

**Respuesta Primera Observación:**

**1.1).** El primer motivo de disenso argüido en la observación corresponde a la imposibilidad de proceder con la inhabilitación del oferente toda vez que no se hace viable, según su apreciación, interpretar que con respecto a la experiencia debía cumplirse con la clasificación de los contratos, con los códigos UNSPSC, descritos 8.1.6 de la Invitación Pública.

Al respecto la entidad es clara en manifestarle que la Invitación Pública establecía de manera; clara, expresa e imperativa, que en cuanto a la acreditación de la experiencia por lo menos un contrato, de los muchos que se podían aportar, se encontrada al menos uno clasificado en el Registro Único de Proponentes con los códigos UNSPSC: 73131600, 85151500, 85151600, 90101600, 93131600.

Con respecto a la afirmación de que dicho requisito sólo hacía referencia frente al caso de figuras asociativas, es completamente desproporcionado, en la medida en que no es objetivo, que dicha acreditación sólo fuera acreditada para consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura.

Asimismo es claro que cuando en la invitación se hace referencia a la clasificación del contrato con los códigos UNSPSC, es general y abstracto al referir lo siguiente:



*"Al menos uno de los contratos que sirvan para acreditar la experiencia, deberá encontrarse clasificado en el Registro Único de Proponentes con los siguientes códigos UNSPSC: 73131600, 85151500, 85151600, 90101600, 93131600." (Subrayado propio).*

En conclusión, si la entidad hubiera establecido que dicho requisito sería únicamente predicable frente al caso de figuras asociativas, debió establecerse de manera clara y sin lugar a equívocos, y no, como lo hizo en el presente caso, donde se estableció de manera general que era frente a la acreditación de experiencia sin distinción a la calidad o naturaleza jurídica del oferente.

Así las cosas, la entidad no encuentra en su observación mérito alguno que conlleve a modificar la decisión adoptada de manera inicial.

**2.2)** La segunda situación de reproche por parte del oferente, se centra en argumentar la imposibilidad de subsanar o aclarar la propuesta económica, ya que según su entendimiento, no es posible subsanarla toda vez que se contrarían las disposiciones de contratación y la misma invitación pública.

En este punto debemos partir de lo contemplado expresamente en el la Invitación Pública, frente a esta situación, que en su tenor literal reza:

**"8.1.2. Oferta económica detallando el costo de cada uno de los servicios requeridos por el Hospital y ofrecidos por el proponente incluido el I.V.A., de conformidad con la legislación tributaria vigente. La oferta debe cubrir todos los costos en que incurra el oferente durante el desarrollo del contrato expresándolos en letras y números; en caso de existir discrepancias entre lo establecido en letras y lo establecido en números, prevalecerá el valor expresado en letras, el cual no estará sujeto a cambios o ajustes. NO PODRÁ SOBREPASAR EL PRESUPUESTO OFICIAL, SO PENA DE SER INHABILITADA PARA SU CALIFICACIÓN. Anexo No. 2"** (Subrayado propio).

Debemos tener como punto de partida que la anterior disposición especialmente en el aparte subrayado, contempla una situación específica que en caso de configurarse genera una consecuencia, que en orden lógico es el siguiente:

- Si existen discrepancias entre lo establecido en letras y lo establecido en números, prevalece lo establecido en letras.

Ahora, la consecuencia se centra, en que de presentarse errores o discrepancias en lo establecido en letras, se hace completamente imposible someterlo a cambios o ajustes.

Lo anterior fue una situación que evidentemente no se vulneró dentro del proceso de contratación, es más, se cumplió fielmente, toda vez que en la propuesta presentada por la sociedad BARUC CATERING SERVICES S.A.S. desde el mismo momento en que se presentó, y posteriormente al abrirse la oferta ante los representantes legales de los oferentes y los funcionarios de la entidad, se constató que el precio ofertado, correspondía al de (\$56.186.350)



el cual siempre fue expresado de manera exacta en letras como propuesta definitiva por la prestación del servicio.

La anterior es una situación que es claramente constatable en el acta de cierre de recepción de propuestas, que fue debidamente suscrita por los representantes de las sociedades participantes, en muestra de la mayor transparencia que siempre ha caracterizado a la entidad, dentro de todos y cada uno de sus procesos.

Ahora, con respecto a la motivación frente a la solicitud de subsanar la propuesta económica, la misma se resume en que al momento en que la entidad se encontraba verificando las propuestas y procedió con su evaluación, pudo determinar que un ítem presentaba un error aritmético, el cual pudo obedecer a una indebida digitación del mismo o cualquier otra situación, que de ninguna manera tenía la validez absoluta como para general el rechazo de la oferta, máxime cuando la misma invitación pública no la contemplaba.

En este punto vale traer a colación, lo que se ha definido como un error aritmético por la H. Corte Constitucional:

*"El error aritmético es aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada. En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen."*

Como vemos, dentro del presente proceso en ningún momento se afectó o alteró las condiciones de evaluación de la oferta, ya que el precio en letras fue estático desde el momento en que se presentó el ofrecimiento económico, y de ninguna manera varió las condiciones de evaluación, que desde un principio y en gracia de discusión, debía ser la oferta con mayor puntaje por factor precio, al ser la más baja.

Pese a todo lo anterior, no es de recibo además, que por parte del oferente se citen normas expresas del Estatuto General de la Contratación Pública, como de aplicación para el proceso que fue convocado por el Hospital, ya que como es de conocimiento general, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, de ninguna manera rigen los procesos de selección de contratistas de las Empresas Sociales del Estado.

Lo anterior a que claramente en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, no se hace referencia como entidades estatales a la Empresas Sociales del Estado, así las cosas el Hospital se encuentra sujeto a lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 5185 de 2013, en el entendido que el Régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6º del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

Empero, el Hospital con el ánimo de brindar la mayor objetividad y con el propósito de que no existan dudas frente a su actuación, se permite citar la más reciente posición del H. Consejo de Estado con respecto a los requisitos en las actuaciones precontractuales de las entidades que se rigen por el derecho privado, donde refirió:

*"En dicho marco legal, dentro de las reglas de la contratación del derecho privado son llamadas a aplicarse las disposiciones relacionadas con la oferta mercantil y la etapa de formación del contrato, contenidas en el Código de Comercio[liv], así como los principios y las reglas que gobiernan la formación de los actos y contratos en el derecho civil[lv]."*



*Bien se sabe que el derecho comercial se basa en la consensualidad y en la libertad de formas para contratar[ivi], pero también se identifica que existen importantes principios, como los de buena fe precontractual y libre competencia, los cuales se encuentran presentes en la etapa de formación de los contratos y rigen los deberes y derechos de las partes en la generación de la oferta mercantil y en su aceptación.*

*Dichos principios cobran especial importancia cuando se trata de sistemas de selección de contratistas que se basan en la oferta pública o abierta a la cual concurren varios proponentes, cuyas propuestas compiten para la adjudicación del contrato, en pie de igualdad entre todos los participantes.*

*(...)*

*Especial interés reviste la postura del derecho comercial frente al pliego de condiciones, el cual es calificado como oferta mercantil, en los términos del artículo 860 del Código de Comercio:*

*Artículo 860 C.Co. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás."*

*De la normativa citada se desprende el derecho del mejor postor a ser el adjudicatario del contrato ofrecido y, también, el derecho a la reparación del daño causado a aquel proponente que, habiendo presentado la mejor postura, se vea despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal, por ejemplo, a través de un requerimiento o rechazo contrario a las reglas contenidas en la oferta mercantil o en la ley.*

*De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones del pliego de condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades.*

*Ahora bien, frente a las reglas de la oferta mercantil y en particular a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio, el derecho a corregir, subsanar o aclarar la postura en relación con una oferta mercantil, no puede versar sobre asuntos esenciales del negocio jurídico, toda vez que en tal supuesto no se configuraría el acuerdo de voluntades que se encuentra en la base de la formación de todo contrato. Se agrega que el artículo 855 del Código de Comercio establece que la aceptación condicional será considerada como nueva propuesta, de donde el derecho a corregir, subsanar o aclarar*



*no puede ser invocado sobre aspectos que hagan variar las condiciones del negocio jurídico en los términos en que se ha aceptado.*

*Por ello, a la luz del derecho privado, las cláusulas del pliego de condiciones mediante las cuales se establece el derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones y las que relacionan los documentos pasibles de aclaración, deben ser respetadas en la medida en que por esa vía no se abra la puerta a mutar, en el curso de la dinámica de formación del contrato, los elementos esenciales del negocio ofrecido. De lo contrario se rompería el principio de aceptación pura y simple o libre de condicionamientos exigido para el perfeccionamiento del contrato bajo el régimen de la oferta mercantil.*

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, son elementos esenciales de la obligación: **i)** la capacidad, **ii)** el consentimiento libre de vicios, **iii)** el objeto lícito y **iv)** la causa lícita. Por tanto, estos elementos deben estar presentes para que la oferta mercantil pueda constituirse como acto obligatorio y, a su vez, la mejor propuesta tenga la virtualidad de formar el consenso contractual en la licitación o convocatoria pública.*

*Por otra parte, las condiciones que se exigen al proponente para participar en la oferta pública y que hacen relación con la capacidad para ser considerado como potencial contratista – también conocidas como requisitos habilitantes- tienen cabida en el pliego de condiciones del derecho privado en la medida en que no se configure una discriminación violatoria de la libre competencia entre los participantes[*lxiv*]. A su vez, dentro de una contratación pública, la convocante no puede variar las condiciones para un solo proponente, ni aceptar que uno de los participantes tenga oportunidad prevalente para mejorar la postura en orden a obtener el contrato, habida cuenta que se deben respetar los derechos de todos los competidores.*

*En orden a puntualizar acerca de la prueba de las condiciones para participar en la convocatoria pública o abierta en el derecho privado y su eventual saneamiento, se trae a colación el principio de la prevalencia del derecho material sobre lo meramente ritual de su prueba, el cual se funda en la preponderancia de la voluntad real de las partes, la libertad de formas y la ausencia de ritos que inspiran el derecho contractual privado.*

*Ese principio que se acaba de expresar corresponde a la prevalencia del fondo sobre la forma en los actos jurídicos que se ha desarrollado con fundamento en la regla expresa del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[*lxv*] en la contratación estatal, en tanto que no puede haber rechazo o discriminación del proponente por asuntos meramente rituales, de donde se advierte que lo importante para definir la viabilidad de allegar nuevos documentos o aclarar los existentes, depende del contenido de fondo de lo que allega en el procedimiento de selección en relación con los requisitos del pliego de condiciones y no de la forma o el título al que se solicitan los documentos o la denominación que se le dé a la respectiva actuación dentro del procedimiento de contratación.*



Así las cosas, el derecho a enmendar un aspecto ritual es decir el que no varía la postura presentada por el proponente ni sus condiciones, no se hace nugatorio por la existencia de una regla del pliego de condiciones que establezca la facultad de la entidad convocante para solicitar documentos o aclaraciones.

El ejercicio del derecho a corregir aspectos formales puede tener lugar en el régimen común de la contratación, con arreglo a la libertad y flexibilidad del derecho privado, pero en cada caso se debe valorar lo que se allega por el proponente desde el ángulo del contenido, de manera que se encuentre dentro del marco de la oferta y su aceptación y no implique modificación o prevalencia de la postura de un proponente por fuera de las reglas de la sana competencia.” (Subrayado propio)<sup>1</sup>

Así las cosas es completamente claro, que la posición que adoptó el Hospital frente al requerimiento a subsanar un error simplemente aritmético en nada controvierte, ni los postulados normativos de la Ley 80 de 1993 y mucho menos los que rigen la actividad contractual de las entidades que sí rigen por el derecho privado. Por lo que no es de recibo su valiosa apreciación.

#### **Respuesta Segunda Observación:**

En este punto la entidad se permite reiterar que el oferente no acreditó tener inscrito en su Registro Único de Proponentes un contrato clasificado con los códigos UNSPSC establecidos en la Invitación Pública, situación que no hace viable su habilitación.

#### **Respuesta Tercera Observación:**

Por último con respecto al proceso de evaluación y el término para subsanar, es claro que la invitación pública consagraba que se llevaría a cabo todo el día 25 de abril de 2016, sin embargo al momento de revisar las ofertas y tener claridad de las situaciones consolidadas en las mismas, se procedió a requerir al oferente por el medio más expedito, situación que se consolidó a las cinco de la tarde de este día, lo que hacía completamente imposible que fuera analizada y recopilada la información por el oferente que debía subsanar, situación que no se compadece con los principios de debido proceso e imparcialidad, los cuales rigen los procesos adelantados por el Hospital y se definen en su manual de contratación así:

**Debido proceso:** *En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones contractuales de la E.S.E. HOSPITAL ESPECIALIZADO GRANJA INTEGRAL DE LERIDA (TOLIMA), se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la Ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

---

<sup>1</sup> **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00959-01(38696).**



**Imparcialidad:** *En virtud del principio de imparcialidad, el proceso de contratación se deberá realizar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

Así las cosas y con el ánimo de prevenir daños antijurídicos, y asimismo materializar no sólo los principios consagrados en el manual de contratación sino los de la función administrativa, el hospital consideró viable y oportuno ampliar en sólo un (1) día el término para allegar los documentos requeridos.

## 2. OBSERVADOR: LELIO AGUIRRE OSSA

**FECHA:** 27 DE ABRIL DE 2016

**FORMA DE RECEPCIÓN:** Correo Electrónico

**HORA:** 4:49 PM

**No. DE FOLIOS:** 6

### Respuesta Primera Observación:

De la manera más atenta le rogamos que tenga como respuesta la otorgada en el numeral 2.2 al anterior observador.

### Respuesta Segunda Observación:

Con respecto a los aportes al sistema de seguridad social, debe tenerse en cuenta que las disposiciones que consagran dicha obligación para la presentación de las ofertas se encuentran expresamente contempladas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, situación que debe analizarse bajo la óptica ampliamente esbozada en el presente escrito. Por otro lado la Ley 789 de 2002 es clara al consagrar lo siguiente:

**"Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales.** *La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.*

*En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la*



*liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.*

*Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.*

*(...)"*

Como vemos, en el presente caso se acreditó por parte del oferente a través de certificación expedida por el representante legal, encontrarse al día en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social.

Por otro lado y siempre con el ánimo de brindar la mayor transparencia, el Hospital, se permitió verificar la situación del oferente frente a sus aportes, y se contactó por el medio más expedito con el proponente que fue a través de vía telefónica y este procedió con arribar por medio electrónico, la respectiva certificación de encontrarse activa en el Fondo de Pensiones.

Así las cosas no es posible acceder a lo solicitado y proceder con el rechazo de la oferta.

### **Respuesta Tercera Observación:**

La invitación pública contemplaba frente a la experiencia lo siguiente:

*8.1.6 Certificaciones en donde se demuestre experiencia mínima en contratos de suministro de alimentación cuya sumatoria sea igual o superior a 1.000 SMMLV. Al menos uno de los contratos aportados, deberá haber sido celebrado dentro de los Doce (12) meses anteriores al cierre del proceso, cuyo objeto sea o contemple la prestación de servicios de alimentación hospitalaria, celebrado con entidades hospitalarias de primero (1º) y/o segundo (2º) y/o tercer (3º) nivel de complejidad. El contrato exigido para la experiencia podrá estar recibido, liquidado o que actualmente se encuentren en ejecución.*

Sin entrar en mayor discusión es claro que la invitación pública contemplaba que se podían allegar el número de contratos que a bien tuviera el oferente siempre y cuando cumpliera con el valor establecido en salarios mínimos mensuales legales vigentes, los cuales guardarán relación con suministro de alimentación. Por otro lado correspondía a una regla especial que por lo menos un contrato tuviera como objeto la prestación de servicios de alimentación hospitalaria con entidades hospitalarias.

Con respecto a lo anterior, es claro que el oferente cumplió de manera cabal en la acreditación de la experiencia, toda vez que el contrato suscrito con HALLIBURTON, se tiene como general





de suministro de alimentación y el suscrito con HOSPITAL JOSE CAYETANO VASQUEZ, como el celebrado con la entidad hospitalaria.

Así las cosas no se hace viable inhabilitar al oferente.

**Respuesta Cuarta Observación:**

Valga la pena aclararle al oferente que las personas jurídicas no son sujetos disciplinables, de conformidad con el artículo 53 del Código Disciplinario Único, situación que no hace obligatorio que se encuentre reportado en el sistema de la Procuraduría General de la Nación.

**Respuesta Quinta Observación:**

Debe aclararse al interesado, que el acuerdo No. 06 de 2005 no hace referencia al manual de contratación vigente del Hospital, por lo que no es de recibo su apreciación, lo que no evidencia trasgresión a mandato reglamentario o convencional alguno.

EN CONSECUENCIA, Y EXPUESTAS LAS APRECIACIONES DEL HOSPITAL CON RELACIÓN A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS, SE PROCEDERÁ A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN LOS TÉRMINOS CONSIGNADOS EN LA EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

Se firma a los 28 días del mes de Abril de 2016,

---

**CLAUDIA AMPARO MEDINA SALAZAR**  
Gerente H.E.G.I.