

**CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES
CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021**

Contestación de las observaciones de carácter jurídico, formuladas por los proponentes interesados en el concurso público 008 de 2021, cuyo objeto consiste en: *"Contratar bajo la modalidad de producción por encargo, el diseño, la preproducción, producción y postproducción del proyecto "Así suena..." o como lleguen a denominarse, en el marco de la Resolución No. 066 del 20 de enero de 2021 expedida por el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Todo de conformidad con la naturaleza del servicio y con la propuesta presentada por el contratista la cual hace parte integral del contrato".*

I. Proveedor: Cabeza Rodante Producciones S.A.S

Medio por el cual se allegó la observación: Correo electrónico Cabeza Rodante Producciones info@cabezarodante.com Wednesday, 6/10/2021 a las 4:58 p. m.

Observación No.1:

Por medio de la presente Cabeza Rodante Producciones S.A.S se permite realizar las siguientes observaciones al Informe de evaluación de la convocatoria pública 008 de 2021, publicado el día martes 5 de octubre del presente año.

Como proponentes vemos con extrañeza que nuestra propuesta no haya sido habilitada desde el componente financiero, aún después de haber subsanado correctamente los documentos solicitados en la evaluación preliminar y dentro de las fechas establecidas para tal fin. De acuerdo con la entidad, la propuesta presentada por Cabeza Rodante Producciones S.A.S no se encuentra habilitada debido a que " El Certificado de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios del Contador Edward Saray presentado mediante correo info@cabezarodante.com del 27 de septiembre a las 11:12 am como subsanación a la observación en la evaluación preliminar tiene fecha de expedición del 27 de septiembre de 2021, por lo tanto no cumple con los requisitos habilitantes toda vez que tal como se establece en las reglas de participación el certificado de antecedentes disciplinarios debe ser "con fecha no mayor a noventa (90) días calendario, **anteriores** a la fecha del cierre del presente proceso", el proceso fue cerrado el día 20 de septiembre de 2021". Razón que no puede ser considerada procedente debido a los siguientes argumentos.

1. Cabeza Rodante Producciones S.A.S atendió el requerimiento de Teveandina LTDA de subsanar el documento solicitado una vez fue publicada la evaluación preliminar del proceso, es decir el día viernes 24 de septiembre de 2021 y entregándolo junto con los demás documentos solicitados vía correo electrónico el día 27 de septiembre del año en curso, encontrándose dentro de los tiempos establecidos para subsanar documentos. Frente a lo anterior cabe señalar que no existía manera de que Cabeza Rodante Producciones pudiera subsanar el mencionado documento con fecha anterior al cierre del proceso, es decir al 20 de septiembre y más aún con fecha anterior a la publicación de la evaluación preliminar del 24 de septiembre, porque simplemente las subsanaciones se deben realizar a partir de la fecha en la que la entidad informa a los proponentes

CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021

sobre los documentos que deben subsanar. Si la entidad informó a los interesados el día 24 de septiembre que dicho documento de carácter habilitante, **más no ponderable, debía subsanarse**, es claro que el proponente solicitaría el documento con fecha posterior al día de la evaluación y como sucedió en el caso de Cabeza Rodante Producciones, lo entregara en el plazo establecido para subsanar en las reglas de participación. Pretender que un documento **subsanable** como el Certificado de vigencia de inscripción de antecedentes disciplinarios del contador debe tener vigencia anterior al cierre, - **que para la fecha inicialmente prevista por el Canal, es decir, el 17 de septiembre de este año, se encontraba vigente** -, simplemente lo convertiría en un documento no subsanable ya que los proponentes perderían la oportunidad de presentarlo nuevamente con los ajustes solicitados, ya que los tiempos estarían agotados desde el principio. Por esta razón, la fecha posterior al cierre del certificado entregado, no puede ser bajo ninguna circunstancia razón para no habilitar la propuesta de Cabeza Rodante Producciones.

2. Es importante tener en cuenta que se presentaron contradicciones en las comunicaciones realizadas por Teveandina LTDA con los oferentes del presente proceso, en lo que refiere a la subsanación de documentos no ponderables como el Certificado de vigencia de inscripción de antecedentes disciplinarios del contador, puesto que la entidad solicitó a Cabeza Rodante Producciones S.A.S la subsanación del mismo mediante la publicación del Informe de evaluación preliminar del día 24 de septiembre, sin que hiciera hincapié en la necesidad de que dicho documento tuviera una vigencia anterior al 20 de septiembre, que como se puede comprobar sí existía, pues el anterior certificado adjunto a los documentos inicialmente tenía vigencia hasta el día 17 de septiembre de 2021, fecha inicial del cierre de esta licitación, como es preciso la entidad revise.

Como consta en el documento titulado Evaluación Financiera Preliminar Concurso Público 008 de 2021, fechado el 22 de septiembre y dirigido a la Doctora María Fernanda carrillo, Directora Jurídica y Administrativa de Teveandina Ltda y publicado en la página web del canal y en la plataforma SECOP, es evidente que la entidad solicitó a Cabeza Rodante Producciones la subsanación del documento en cuestión, sin advertir en ningún momento que él mismo debía tener fecha previa al cierre del proceso, ya que la entidad solicitó textualmente al proponente lo siguiente **"El Certificado de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios del Contador Edward Saray tiene más de 90 días de expedición, por lo que no cumple con los requisitos habilitantes financieros del concurso. Se solicita subsanar"**.

Como se observa, la entidad no refiere nunca a una fecha particular y por el contrario al cierre de dicho documento invita a los proponentes a subsanar los documentos solicitados con fecha máxima al 29 de septiembre. Cabeza Rodante Producciones S.A.S realizó la subsanación respectiva de su documento el día 27 de septiembre, es decir, dos días antes de que se venciera el plazo otorgado por Teveandina para la entrega de los documentos.

Lo anterior claramente puede interpretarse como una manera en la que las comunicaciones publicadas por la entidad, al darse de manera confusa y contradictoria pueden inducir al error al proponente afectando el desarrollo de su propuesta. Con respecto a esto, el Consejo de Estado señala que **"Debe permitirse subsanar y aclarar la propuesta cuando la Administración establece preceptos confusos cuya interpretación pueda inducir a error al proponente."** En su comunicación el alto tribunal señala que **"Si bien la estipulación contenida en los pliegos de condiciones son de naturaleza vinculante y de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes u oferentes, ya en diversas oportunidades la Sección Tercera de esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que éstos puedan subsanar su oferta con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales relativas al ejercicio de la función administrativa y al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, en aquellos eventos en los cuales se establezcan preceptos confusos cuya interpretación pueda inducirlos a error, afectando la calidad de la propuesta o cuando se exija el cumplimiento de requisitos meramente formales que no justifiquen el rechazo de la propuesta"**. (Ver sentencia C_258)

Señala el Consejo de Estado que **el hecho de mantener las cargas equilibradas entre las partes, también garantiza el interés general sobre el particular, pues el objetivo de la contratación estatal es lograr conseguir el efectivo cumplimiento del objeto contractual."**

3. El Certificado de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios del contador es un documento habilitante, más no ponderable, en las reglas de participación del presente proceso tal y como sucede en la mayoría de los pliegos de contratación pública y por ende es un documento SUBSANABLE tal y como lo especifican las mencionadas reglas de participación del presente proceso. Frente a lo anterior vale la pena resaltar las distintas jurisprudencias que se abordan con respecto a la subsanabilidad de documentos en el ordenamiento legal colombiano.

De acuerdo con Colombia Compra Eficiente, la posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un primer momento, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el Imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. **En este contexto, por**

CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021

ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un segundo momento se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 226, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran "necesarios para la comparación de propuestas". De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas, y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al Informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un tercer momento, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el párrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Notese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: "en cualquier momento, hasta la adjudicación". El Consejo de Estado, con particular *sindéresis*, concluyó que a partir del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada.

CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021

y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

Esa Interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el Informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un cuarto momento, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.
(...)

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del Informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

4. Que el documento presentado como parte de la subsanación del Certificado de vigencia de inscripción de antecedentes disciplinarios del contador allegado por Cabeza Rodante Producciones S.A.S con fecha al 27 de septiembre, dentro del término otorgado por la entidad, demuestra claramente que el Señor Edward Saray no ha presentado, ni presenta ninguna sanción o inhabilidad en su rol de Contador público avalado por la Junta Central de Contadores. Constatar Dicha información es el objeto primordial de la entidad a la hora solicitar dicho certificado en las reglas de participación y por ende, que el documento demuestre que la persona no presenta ninguna sanción debe ser considerado para habilitar

la propuesta, sin importar que la fecha sea posterior al cierre por las razones anteriormente expuestas. Más aún cuando el proceso de contratación no se ha cerrado y el certificado no es un documento ponderable y esencial para demostrar la capacidad del proponente frente al desarrollo de la actividad a contratar, que es el fin determinados en la norma y como lo han considerado las altas cortes y asimilados por Colombia Compra Eficiente.

5. Solicitamos a la entidad atender y evaluar las presentes observaciones antes de adjudicar el presente proceso, ya que consideramos que se vulnera el derecho de Cabeza Rodante Producciones S.A.S a ser evaluado de manera objetiva y el deber de la entidad de escoger entre las propuestas más favorables con respecto a los requisitos ponderables de la presente invitación, como queda sustentado en los anteriores numerales de esta comunicación.
6. Cabeza Rodante Producciones S.A.S se permite informar a Teveandina LTDA que participará en la audiencia de adjudicación a celebrarse de manera virtual el día jueves 7 de septiembre de 2021 en compañía de su abogado el Doctor Juan Fernando Espinosa, identificado con cedula de ciudadanía 19.130.378 y tarjeta profesional 52.813 del C.S.J. con dirección electrónica juanferespinosa@yahoo.com quien cuenta con poder especial amplio y suficiente por parte de la representante Legal Laura Tatiana Prieto Muñeton, para intervenir y exponer las razones anteriormente mencionadas.

CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021

Respuesta:

La Entidad se permite dar respuesta a la observación, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Es importante resaltar que el Certificado de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios de los contadores es el documento público mediante el cual la Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores certifica que los Contadores Públicos y las entidades prestadoras de servicios propios de la ciencia contable cuentan con la inscripción vigente y sí presentan antecedentes disciplinarios.

Ahora, de conformidad con el Manual de Contratación de TEVEANDINA LTDA., la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas que regulan la Contratación Estatal, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos¹, es decir, los requisitos habilitantes en todo proceso son subsanables. (*Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente. 24059*)

En virtud de lo anterior, la Entidad en el marco del principio de selección objetiva estableció en el numeral 6 de las reglas de participación del proceso de selección de la referencia lo siguiente:

"En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una oferta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la Entidad en las reglas de participación."

y el numeral 7 de las reglas de participación en su último párrafo contempló:

*"(...) En ejercicio de esta facultad, el proponente no podrá completar, adicionar, modificar o mejorar su propuesta, **ni acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.**"*

La expresión "*circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*" hace que sea necesario distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, es decir, que lo debe ser anterior al cierre del proceso es el hecho que acredita el documento, en consecuencia, ante la solicitud de la Entidad de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que "*lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito (...)*".

De acuerdo con lo antes expuesto presentar el Certificado de Vigencia de Inscripción y Antecedentes Disciplinarios con una fecha de expedición posterior a la fecha prevista para al cierre del proceso no se puede interpretar como una mejora de la propuesta ni tampoco como un hecho

¹ Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

**CONSOLIDADO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES
CONCURSO PÚBLICO No. 008 DE 2021**

posterior al cierre del proceso, dado que el requisito habilitante consiste en que el contador cuente con la inscripción vigente y si presenta antecedentes disciplinarios. (Consejo de Estado de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subdirección C. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicado: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).

De acuerdo con lo anterior, si dicho Certificado de Vigencia de Inscripción y Antecedentes Disciplinarios contempla una fecha posterior al cierre del proceso, no se estaría demostrando hechos posteriores al cierre del proceso, dado que el hecho generador no es la expedición del certificado, si no la inscripción vigente y si presenta antecedentes disciplinarios el contador, situación que evidentemente se cumplía al cierre del proceso.

A manera de ejemplo, si un oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Radicado No. 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927).

Para finalizar, es importante aclarar que el proponente que formula la observación expone a lo largo de su escrito como argumento principal la primacía que tiene lo sustancial sobre lo formal así como que aquellos aspectos no necesarios para la comparación de las propuesta no servirán de título suficiente para para el rechazo de los ofrecimientos hechos, si bien es cierto lo anterior es procedentes, la propuesta se debe evaluar de manera integral y para este caso en concreto la Entidad expuso los aspectos jurídicos que debe ser tenido en cuenta para efectos de evaluar el Certificado de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios de los contadores.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto la Entidad acepta la observaciones presentada por el proponente, en consecuencia procederá a hacer los ajustes correspondientes en el informe de evaluación definitivo.

Cordialmente,

**GINA ALEJANDRA ALBARRACÍN BARRERA
GERENTE**

Elaboró y revisó:

Luz Ixayana Ramírez Crisanchó - Abogada (Contratista) 

Aspectos Jurídicos

Edwin Andrés Mendoza Guzmán - Líder De La Gestión Contractual (Contratista) 

Aspectos Jurídicos

Maria Fernanda Carrillo Méndez - Directora Jurídica Y Administrativa 

Aspectos Jurídicos

Luis Eduardo Aguiar Delgadillo – Abogado Asesor (Contratista)

Aspectos Jurídicos 