



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

CG- 1518

Bogotá D.C.
13 de Junio de 2007

Doctor
LUIS FERNANDO VALLEJO GUTIERREZ
Representante Legal
AVS COLOMBIA LTDA
Carrera 28 B No. 76 – 52
Teléfono. 6304166 Fax. 2311979
Bogotá, D.C.

REF: Licitación pública No. 02 de 2007.

Respetado Doctor:

Teniendo en cuenta las observaciones efectuadas los días 05 y 08 de junio de 2007 y vía correo electrónico, relacionadas con la licitación pública No. 02 de 2007, cuyo objeto consiste en seleccionar al proponente que ofrezca las mejores condiciones para la adquisición de sillas ergonómicas, con las especificaciones técnicas mínimas establecidas en el pliego de condiciones, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

OBSERVACIÓN.

“1. En el numeral 4.3.2. , se hace referencia al apoyo a la industria nacional y para el efecto se remite para que se diligencie el anexo numero tres, sin embargo considero que no solamente se debe limitar el contenido del requisito a diligenciar el formato, sino que en el pliego claramente se establezca que como lo advierte el artículo 21 de la ley 80 de 1993, se garantice por parte del Ministerio de Comercio Exterior Industria y Turismo, la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional en condiciones de calidad, oportunidad y precio.

Por lo tanto y para dar estricto cumplimiento al articulo anterior y ya la ley 816 de 2003 (apoyo a la industria nacional en los procesos de contratación publica el proponente deberá cumplir con los requisitos previstos en el parágrafo del articulo primero de la norma en cita que le otorga el carácter de bienes de origen nacional a aquellos que cumplan las formalidades de la misma.

(este certificado lo expiden ustedes mismos y lo denominan origen de bien nacional)

De igual manera se tenga en cuenta lo ordenado por el artículo 1, parágrafo 2º. de la ley 816 de 2003, que dispone se asigne dentro de los criterios de calificación de las propuestas un puntaje del 20 % para estimular a la industria nacional colombiana cuando los proponentes oferten bienes y servicios nacionales. Y no del 15% como lo dispone el prepliego, sin dar justificación alguna del puntaje establecido, cuando lo que pretende claramente la ley 816 es



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

precisamente dar un tratamiento diferenciador para la industria nacional y no a la importación y representación de oferentes extranjeros.

Así mismo se debe incluir de manera expresa en los pliegos que solo se otorgará el beneficio de bienes y servicios nacionales a las propuestas de extranjeros cuando en dichos países se les conceda a los colombianos el mismo tratamiento en la compra de bienes y servicios.”

RESPUESTA:

Al respecto, con todo respeto debemos manifestar que, antes de hacer planteamientos u comentarios, es necesario que el pliego de condiciones haya sido leído y analizado en su totalidad.

Esta recomendación la hacemos teniendo en cuenta que toda la argumentación de legalidad sobre bienes de origen nacional, esta plenamente detallada en el numeral **“5.1.6.4. APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – LEY 816 DE 2003. Máximo quince (15) puntos.”**, del cual me permito transcribir los tres últimos párrafos:

(...)

*“En el caso de bienes importados, para verificar la procedencia del bien se evaluará teniendo en cuenta el artículo 10 del Decreto 679 de 1994 que dice **“ARTICULO 10. BIENES DE ORIGEN NACIONAL. Para la aplicación del parágrafo 1 del artículo 21 de la ley 80 de 1993, son bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación, sea igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos “**.*

Así mismo se tendrá en cuenta los acuerdos Comerciales que haya suscrito Colombia con los demás países y que estén vigentes a la fecha de cierre de la presente Licitación, referentes al ámbito de aplicación y cobertura de las obligaciones del tratado comercial.

Para verificar la procedencia nacional el oferente deberá presentar una certificación del origen de los bienes, enunciando el país de fabricación y el tratado comercial que haya suscrito Colombia con el país de fabricación.”

Igualmente es necesario precisar el contenido y alcance del Artículo 2º. de la Ley 816 del 7 de julio de 2003 **“Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública.”**, el cual transcribo a continuación :

“ARTÍCULO 2o. *Las entidades de que trata el artículo 1º. asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.*

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.”

OBSERVACIÓN:

“2. En el numeral 4.3.4 Certificados de experiencia, de manera específica los literales n y ñ, resultan violatorios de principio a la igualdad, toda vez que se está beneficiando a aquellos proponentes cuyos contratos celebrados en los últimos cinco años superen bien los \$400.000.000 o los \$600.000.000, sin considerar la época en que fueron celebrados o la posibilidad de que existan muchos oferentes que han celebrado o suscrito múltiples contratos con mismo objeto y que sumados la totalidad de ellos pueden superar incluso dichas cuantías y realizados en los últimos dos o tres años, lo que si permitiría una evaluación de experiencia en igualdad de condiciones.

Adicionalmente, no existe una razón que justifique validamente hacer esta diferencia de trato cuando el presupuesto oficial estimado para la contratación es de tan solo \$200.000.000, lo que implicaría que los pequeños y medianos empresarios nacionales que pretendamos participar no podríamos ni siquiera presentar oferta en dicho proceso por no cumplir un requisito que no tiene justificación legal para hacer esta clase de diferencias, que se tornan más en aspectos discriminatorios en los procesos de contratación estatal.

Por lo que resultaría más adecuado que se valoren certificaciones de esta clase pero siempre observando en derrotero trazado por el presupuesto oficial estimado o simplemente excluir dichas condiciones establecidas en estos literales, pues en realidad la mayor calificación debería estar centrada en parámetros de calidad y garantía para los bienes ofertados “

RESPUESTA:

La naturaleza jurídica de la propuesta que se formula por el particular interesado en la invitación de la administración, los estatutos contractuales y particularmente los pliegos de condiciones, señalan los requisitos y formalidades que ésta debe atender, tales como los relativos al sujeto o calidades que debe reunir el potencial oferente, los del objeto, su forma, etc. y en general todos los pormenores que la administración exige para que ésta sea jurídicamente eficaz y válida, que lo será si se ajusta material y formalmente al pliego de condiciones. En sentencia del 16 de enero de 1975, Expediente 1503, el Consejo de Estado manifestó que *"La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias"*.

Respecto a las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y su naturaleza jurídica, me permito citar a continuación lo escrito por el tratadista y Magistrado de la Corte Constitucional Dr. Rodrigo Escobar Gil en su libro TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en el cual delimita la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones en los siguientes términos:



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

“NATURALEZA JURIDICA

Los pliegos de condiciones revisten un carácter sencillamente normativo de las relaciones sociales surgidas de los contratos estatales. Si bien es cierto, la ley inspirada en los valores superiores de la convivencia humana y en los principios predominantes en el medio cultural, establece una normas que tienen un carácter de las ius cogens para ordenar imperativamente los lineamientos básicos de la gestión contractual pública, también la misma ley delega a la Administración Pública la facultad de autorregular sus propios intereses.

En los pliegos de condiciones o términos de referencia se plasman aquellas normas o previsiones que elaboran los entes públicos para encausar el procedimiento licitatorio y determinar el contenido, condiciones, características y modalidades del negocio jurídico, que mejor adapte a sus fines institucionales. El artículo 40, incisos 2° y 37, de la Ley 80 de 1993, señala:

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebran las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones, y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de buena administración.

Así es como en los pliegos de condiciones se regulan minuciosa y detalladamente todos los aspectos del contrato, tanto los inherentes a su formación como los propios de la ejecución, que no han sido disciplinados imperativamente por el legislador, y que tienen un carácter dispositivo por corresponder normalmente a la órbita propia de la Administración.

Los pliegos de condiciones generales tienen el valor de un reglamento, es decir, de una norma abstracta e impersonal expedida por la entidad pública que produce efectos jurídicos. Por su carácter de norma general de naturaleza administrativa están sometidos íntegramente al principio de la legalidad y al control de la justicia administrativa. De ahí que la relación jurídica entre los entes públicos y los licitantes sea reglamentaria, y no contractual, por la fuerza vinculante de los pliegos de condiciones para quienes intervienen en el procedimiento de formación del contrato.

A su turno, los pliegos de condiciones particulares constituyen un acto administrativo legitimador del procedimiento de selección del contratista y conformador del contenido del contrato. Tendrá que reunir los requisitos formales y materiales para la validez de los actos administrativos. Tiene un amplio alcance, por regular no sólo la ejecución de la relación jurídica, sino también el procedimiento de selección del contratista. Sin embargo, es también la ley del contrato al contener las cláusulas y estipulaciones que regirán el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de las partes.



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

Estos documentos forman parte esencial del contrato, porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes, y tienen una gran trascendencia para la interpretación e integración del contrato, porque recogen la voluntad de la Administración a los que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Es así, que los pliegos de condiciones tienen prevalencia sobre los demás documentos del contrato, y en particular, sobre la minuta en la que se formaliza el acuerdo de voluntades, que deberá plasmar fidedignamente la regulación del objeto contractual y de los derechos y obligaciones a cargo de las partes.”

A continuación el Dr. Escobar Gil en la misma obra, sobre este tema escribió lo siguiente:

“EFECTOS JURIDICOS

Los pliegos de condiciones por su carácter de acto administrativo gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para la Administración Pública y los licitantes y contratistas, que deberán respetarlos durante la formación de la voluntad contractual y la ejecución del vínculo jurídico.

Esta característica de los pliegos de condiciones genera las siguientes consecuencias jurídicas.

(...)

b) Los licitantes deberán ajustar sus propuestas a las exigencias del pliego de condiciones so pena de rechazo, salvo cuando se permite la presentación de propuestas alternativas, como lo dispone el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

(...)”

OBSERVACIÓN:

“3. *En el numeral 5.1.1 Capacidad Financiera del proponente, tercer indicador, nivel de endeudamiento, se dispone que deberá ser menos del 40%, lo que implica que los oferentes que pretendan participar debe presentar un mínimo nivel de endeudamiento, lo que resulta poco lógico y discriminatorio cuando se conoce por el propio Ministerio de Comercio Exterior que el nivel de endeudamiento de la industria nacional para que pueda competir en el mercado colombiano en ocasiones supero el mínimo exigido en los pliegos, incluso en ocasiones el nivel de endeudamiento llega al 70%, lo que no implica racionalmente que el oferente a quien se le adjudique posteriormente el contrato incumpla con su objeto, ya que el endeudamiento en la mayoría de los casos está representado, en la adquisición de maquinaria, equipos e insumos para la producción, lo que se traduce luego del pago de dichas obligaciones en un activo e incremento del patrimonio de la empresa.*



Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
República de Colombia

Además, para ello y como requisitos de perfeccionamiento del contrato se exigen las pólizas de cumplimiento del mismo, la de garantía y calidad de los bienes ofertados y además cuando el pago del valor total del contrato se cancelará una vez se expida el respectivo certificado de cumplimiento por parte del propio Ministerio, por lo que no resulta lógico incluir este esquema de evaluación, cuando para nada perjudicará al Ministerio de Comercio Exterior las cifras que arrojen un nivel de endeudamiento superior o inferior al 40%.

Pero en gracia de discusión, si el Ministerio considera importante el nivel de endeudamiento debería establecerlo en no menos en el 60%, cifra que resulta real para la empresas nacionales y más para aquellas que se dedican a la producción de estos bienes y servicios y no a la importación o representación para la venta de los mismos.

En los anteriores términos dejó expuestas estas observaciones para que una vez analizadas por los servidores públicos del ministerio se tomen las medidas adecuadas en condiciones de igualdad y en aplicación de las normas que regulan la materia no solo en los aspectos contractuales propiamente dicho sino de las normas antes citadas con relación a el privilegio que se debe otorgar a la industria nacional.”

RESPUESTA:

Además de ser aplicable la respuesta dada a la observación inmediatamente anterior, Una vez analizadas las condiciones que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo exige en la licitación, las cuales cubren aspectos técnicos, económicos, jurídicos, financieros, etc., se ratifica la exigencia de un indicador de endeudamiento inferior al 40%.

Con un indicador de estas características el Ministerio considera que las firmas participantes con las cuales se seleccionará la licitación en comento, podrán ofrecer las mejores condiciones para la adquisición de sillas ergonómicas, cuya capacidad financiera será evaluada teniendo en cuenta todos los aspectos exigidos además de los indicadores financieros, los cuales son calculados con las cifras plasmadas en los Estados Financieros y analizados integralmente con sus Notas Explicativas, el Dictamen del Revisor Fiscal, la Declaración de Renta, etc.

Cordialmente,

ANDRÉS FELIPE CALVACHE SOLANO
Coordinador Grupo Contratos

Aristides.