



INVITACIÓN PÚBLICA No. 07-2021

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL RESULTADO DEL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

En cumplimiento de los numerales 2.18 de los Términos de Referencia de la Invitación Pública No. 07 de 2021, se da respuesta a las observaciones recibidas al resultado de la evaluación, en el mismo orden de formulación así:

1. Observación presentada por LINKTIC S.A.S.:

En la oportunidad señalada en los Términos de Referencia de la Invitación Pública mencionada, la empresa LINKTIC S.A.S, solicitó “*Revocar el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes publicado el 22 de julio de 2021 en el sentido de no rechazar la propuesta de LINKTIC S.A.S. y continuar con el proceso de evaluación de su oferta.*”

LINKTIC S.A.S expresó los antecedentes correspondientes al presente proceso mediante los numerales 1 y 2 sobre los cuales Finagro, no presenta ninguna observación.

Además, presentó las observaciones que para efectos metodológicos se agruparán en dos ítems como se detallarán a continuación:

1. Lo referente al incumplimiento de los principios rectores, sobre lo cual indica:

“resulta completamente lesivo y grave conforme al Manual de Contratación de la entidad contratante el manejo dado a la presente invitación pública por cuanto viola flagrantemente los principios rectores de la contratación estipulados en el punto 41 de dicho Manual en lo que respecta a la igualdad, moralidad, imparcialidad, y publicidad. ...”

Como argumento de su conclusión, señala:

¹ **4.1. Principio de Igualdad.** FINAGRO buscará, en los procesos de contratación que se adelanten, que todas las personas que participen y que se encuentren en la misma situación de hecho y de derecho, reciban el mismo tratamiento y se sometana las condiciones previstas para cada proceso.

4.2. Principio de Moralidad. Todas las actuaciones que adelante FINAGRO a través de sus colaboradores y contratistas, se desarrollarán con estricta observancia de los intereses colectivos y en atención al cumplimiento de los fines que la ley le ha otorgado a la Entidad.

4.6. Principio de Imparcialidad. En los procesos de contratación que impliquen la evaluación y calificación de ofertas, éstase revisarán teniendo en cuenta las condiciones establecidas en los Términos de Referencia.



“... NO informaron en los Términos de Referencia el valor del presupuesto oficial del proceso argumentando un criterio de objetividad “En los términos de referencia no se informa el valor del presupuesto, para no inclinar los valores de las propuestas que presenten los oferentes” pero en el Informe de Verificación en comentario de manera sorpresiva y contradictoria con lo antes informado, dice la entidad contratante que “el Presupuesto estimado por FINAGRO para la presente Invitación Pública asciende a la suma de Mil Doscientos Millones de pesos (\$1.200.000.000)”, sin que dicha información trascendental y sustancial al proceso se haya informado de manera pública y transparente a todos los proponentes con anterioridad. Lo que a la postre convirtió esta invitación pública en un trámite incierto, parcializado y oscuro para proponentes que como nosotros nunca supimos, aunque lo preguntamos, el valor del presupuesto estimado por FINAGRO.”

Respuesta a la Observación 1:

Sea lo primero enmarcar la presente respuesta bajo el régimen jurídico que le resulta aplicable a FINAGRO en sus procesos de contratación, pues los contratos que celebra FINAGRO no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a la actividad que desarrolla esta Entidad, tal como se desprende de lo establecido en el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo dispuesto en el Manual de Contratación de FINAGRO.

En síntesis, y como consecuencia de lo explicado, la contratación de FINAGRO se rige por las normas previstas en la legislación financiera, comercial y civil y en lo establecido en su Manual de Contratación.

Conforme a las anotaciones realizadas por el interesado, las mismas hacen relación a los *principios*, por lo tanto, es conveniente resaltar que de conformidad a la Ley 1150 de 2007.

Artículo 13. *Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su



actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Señala el interesado que, se vulneraron específicamente los principios “*en lo que respecta a la igualdad, moralidad, imparcialidad, y publicidad*”, sustentó su apreciación señalando que desde un comienzo, Finagro no indicó en los Términos de Referencia de la invitación que nos ocupa el valor del presupuesto que tenía para la celebración del contrato que llegare a derivarse de dicho proceso de selección, reprocha que solo informó el presupuesto *en el Informe de Verificación y que para el oferente, el valor del presupuesto de la entidad era una información trascendental y sustancial que debía haberse informado de manera pública y transparente a todos los proponentes con anterioridad. Por tal razón, concluye que, esa situación convirtió esta invitación pública en un trámite incierto, parcializado y oscuro para proponentes que como nosotros nunca supimos, aunque lo preguntamos, el valor del presupuesto estimado por FINAGRO.*”

Dicho lo anterior, se hace del todo necesario, revisar desde el punto de vista jurídico, el alcance de cada principio, para establecer si con el actuar de Finagro, pudiere llegarse a interpretar que se dio alguna vulneración al respecto.

En relación con el **principio de igualdad**, resulta necesario recordar que, este principio que se traduce en la expresión según la cual “*la ley es igual para todos*”, involucra en los términos del precepto constitucional transcrito dos supuestos: el trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican. De ello se desprende, de una parte, que cuando las condiciones de los destinatarios sean similares, y la norma o la actuación de la autoridad otorgan un tratamiento disímil a los mismos, se presentará una discriminación proscrita por la Constitución Política; y de otra parte, que cuando las condiciones de los destinatarios fueren diferentes, para dar cabal cumplimiento al derecho a la igualdad, la norma o la autoridad deberán dar un trato diferenciado que promueva una igualdad real y efectiva frente a los otros que no se encuentran en esa situación de desventaja.



Aquí, no se presenta ninguno de los dos supuestos de hecho mencionados. Finagro desde la apertura de la invitación no le dio a conocer a ninguno de los interesados en el proceso de contratación, el valor del presupuesto. Es decir, todos los interesados, se encontraban en la misma situación de hecho y de derecho, y recibieron el mismo tratamiento, encontrándose los oferentes con la presentación de su oferta sometidos a las condiciones previstas en el proceso de selección.

Consecuentemente, frente al **principio de moralidad** este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares.

Todas las actuaciones que adelantó FINAGRO, se desarrollaron con estricta observancia de los intereses colectivos y en atención al cumplimiento de los fines que la ley le ha otorgado a la Entidad, toda vez que desde el inicio los oferentes conocieron las condiciones técnicas establecidas por la entidad, de conformidad con la necesidad requerida por FINAGRO para satisfacerla y cumplir con los fines de la misma y las condiciones de participación dentro del proceso de selección, no siendo posible seleccionar un contratista de los que se presentaron dentro de la Invitación Pública, por encontrarse todos No Habilitados o Rechazados, de conformidad con los Términos de Referencia.

Así mismo, en virtud del **principio de imparcialidad**: las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P.



Las ofertas presentadas dentro de la Invitación Publica No. 07-2021, fueron revisadas y verificadas, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en los Términos de Referencia, donde claramente se establecía como causal de rechazo la indicada en el literal m) del numeral 1.11 CAUSALES DE RECHAZO que indicaba:

“m) Cuando el valor total de la oferta presentada supere el presupuesto estimado por FINAGRO para el presente proceso”

Es decir, todos los oferentes desde el principio, conocían que la invitación no señalaba el valor del presupuesto y que esa era una causal de rechazo de la oferta; y con la carta de presentación de la oferta aceptaron todas las condiciones establecidas en los Términos de Referencia.

Finalmente, en virtud del **principio de publicidad** las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables. En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones.

FINAGRO, publicó de conformidad con lo establecido en el Manual de Contratación, todos los documentos que hacen parte de la Invitación Publica No. 07-2021, entre los cuales se encuentra, Términos de Referencia, Adendas, Documentos de Respuesta a Observaciones, Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, entre otros, a fin de que todos los interesados en participar y/u oferentes contaran con la misma información, tal como consta en la página web de la entidad.



En atención de los fundamentos jurídicos expuestos, es claro que FINAGRO siempre cumplió con todos los principios rectores de la contratación, que indica erróneamente el oferente que fueron vulnerados.

Por otro lado, es de interés de Finagro aclarar a todos los interesados en las invitaciones que realiza la entidad para la selección de sus contratistas y en particular a quienes se encuentran interesados en este proceso de selección que efectivamente la entidad tiene por política no dar a conocer el valor del presupuesto en los diferentes procesos de selección que adelanta a través de los cuales invita a los interesados a presentar ofertas, por las razones que se argumentaron en el Documento de Respuesta a Observaciones a los términos de Referencia, esto es que el valor de las propuestas debe estar basado en análisis técnicos para el cumplimiento de los requerimientos técnicos, descritos en los Términos de Referencia y/o sus anexos.

Finagro a través de sus invitaciones busca obtener el mejor servicio al mejor precio, promoviendo que particulares presenten ofertas en condiciones de mercado, conforme a sus análisis, experiencia y demás que tengan en cuenta para la determinación del precio de la oferta, situación que se rige por la normatividad comercial y civil.

En el presente caso, se determinó para la contratación que se realizaría en virtud de la Invitación Pública No. 07-2021, un valor máximo de Mil Doscientos Millones de Pesos (\$1.200.000.000), este valor es el producto de un sondeo de mercado realizado por la Gerencia de Tecnología – Dirección de Operaciones Tecnológicas de la Entidad, el cual fue presentado a la Junta Directiva de la Entidad y aprobado por esta para adelantar el trámite de selección respectivo.

Conforme a nuestra autonomía privada contractual, no es obligación indicar en los Términos de Referencia, el valor del presupuesto de los procesos de selección que se adelanten, esto en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, ya que como se citó, nuestra contratación no se encuentra sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y por disposición legal cuenta con un régimen contractual excepcional al mencionado estatuto.



El no informar el presupuesto y someterlo al análisis de condiciones técnicas y mercado de los oferentes no se constituye por si mismo violatorio de los principios que rigen la actividad contractual, por otro lado, tampoco estamos obligados a suscribir un contrato que supera el presupuesto que ha dispuesto por la entidad con el fin de satisfacer los intereses de terceros.

Generalmente, en estos casos, FINAGRO, suele revisar las condiciones técnicas establecidas en los Términos de Referencia y el presupuesto que se había estimado y aprobado, contrastándolo con la información obtenida de la invitación, a fin de establecer si es necesario realizar algún ajuste y de esta forma proceder a iniciar una nueva Invitación Publica para la participación de todos los interesados.

2. Lo referente a la percepción del observante de que FINAGRO, en virtud de la no selección de oferente, teniendo en cuenta que unos oferentes se encuentran NO HABILITADOS y otros RECHAZADOS, realizará una **contratación directa**.

Manifiesta el observante que *“... el Manual no establece que la entidad pueda acudir a la contratación directa en casos como el acaecido en el presente proceso, en el cual, a pesar de la habilitación de algunos de los proponentes, sus ofertas hayan sido rechazadas.”*

Respuesta a la Observación 2:

Esta una valoración que no tiene ningún asidero jurídico o de otra índole, pues parte de suposiciones sin fundamento, y de hechos que no han acontecido, sobre los cuales se deba emitir alguna clase de pronunciamiento.

Sin embargo, aclaramos que en el presente caso Finagro no ha considerado adelantar la contratación de manera directa.

Conclusión

Teniendo en cuenta lo anterior, no procede su solicitud de no rechazar la propuesta presentada por LINKTIC SAS, toda vez que la oferta económica supera el presupuesto con el que cuenta FINAGRO para realizar la respectiva contratación. Al respecto es pertinente tener en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado (Radicación número: 05001-23-



31-000-1998-01350-0128565 del 12 de agosto de 2014 – magistrado Ponente Enrique Gil Botero), toda vez que, si bien es cierto, la actividad contractual de FINAGRO no se somete al Estatuto General de Contratación Pública, es viable observar los argumentos de esta corporación, en relación con la disponibilidad de recursos por parte de entidades estatales en la etapa precontractual:

*“(…) es necesario contar con disponibilidad presupuestal. **La finalidad es garantizar que las entidades públicas cuentan con los recursos necesarios para asumir las obligaciones pecuniarias, exigencia que sirve a la administración ya que la obliga a actuar con responsabilidad económica, y a los contratistas, porque les garantiza que las entidades tendrán recursos para pagar sus créditos.** Esta norma, con más detalle, se explica de la siguiente manera: i) Establece el momento u oportunidad límite para cumplir este requisito: a) cuando se abra una licitación y, en general, b) cuando se inicie cualquier otro proceso de selección de contratistas. La distinción se explica por los diferentes procesos de contratación que establece la ley -hoy en día son (Ley 1150 de 2007): licitación, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa y mínima cuantía; antes eran (Ley 80 de 1993, época en la que se suscribió el contrato sub iudice): licitación, concurso, contratación directa y contrato sin formalidades plenas-. La regla expresada en el párrafo anterior aplica, incluso, a la contratación directa, aunque en la práctica es difícil establecer el momento preciso en que se acredita este requisito, porque formalmente no existe acto de apertura de ese proceso de contratación. No obstante, entiéndase que se exige cuando empieza el proceso de negociación, que corresponde a las conversaciones o tratativas que surgen entre el Estado y el escogido para negociar directamente el contrato. En consecuencia, cualquiera sea el procedimiento de contratación que emplee la administración, para iniciarlo contará con disponibilidad presupuestal suficiente para asumir la futura obligación de pago. Esta idea, expresada en términos negativos, significa que una entidad no puede iniciar un proceso de contratación sin disponibilidad presupuestal que respalde totalmente las obligaciones pecuniarias que adquirirá. Claro está que, conforme a la norma citada, nada impide que la entidad expida la disponibilidad presupuestal antes de iniciar el proceso de selección, caso en el cual con sobradas razones se ajusta a la ley. De este modo, antes de publicar los pre-pliegos, incluso antes de publicar avisos en la página web, se puede satisfacer este requisito; sin embargo, lo determinante es que la fecha o*



momento límite para cumplir la exigencia es concomitante con la iniciación formal del proceso de selección. Del art. 25.6 también se desprende que es exigible en los procesos de contratación que involucren gasto en dinero –la experiencia enseña que son la mayoría-, es decir, en moneda de curso legal – incluso moneda extranjera- (...)

La disponibilidad presupuestal es exigible, incluso, en contratos que involucran gasto en dinero cuyo precio exacto o preciso es difícil de establecer ab initio. Es el caso en que la entidad se compromete a pagarle a un abogado una comisión de éxito por su gestión en defensa de las pretensiones de una demanda, o pagarle a un vendedor una comisión por las ventas que realice, cantidad exacta que solo se conocerá cuando venza el plazo y/o cese la ejecución. **Pese a todo, en casos como estos la ley exige la disponibilidad presupuestal que respalde la obligación que nace, sencillamente porque el contrato causará un gasto, que debe respaldar el presupuesto.** Lo cierto es que la dificultad práctica que se advierte para establecer el monto preciso de la disponibilidad presupuestal no es obstáculo ni excusa para no tenerla. Simplemente hay que calcular el valor aproximado que se pagará en caso de que el contratista tenga éxito en la gestión –presupuesto oficial de la contratación-, porque de serlo se necesitarán recursos para pagar (...)" (Subrayado fuera de Texto)

2. Observación presentada por ETL SOLUCIONES INFORMATICAS Y DE SOFTWARE S.A.S.:

Se realiza la verificación interna y el error se dio por el no uso de los formatos de Finagro y un error en la carpeta que se adjuntó en el correo de subsanaciones.

Dado que no hay ningún oferente seleccionado, es posible enviar una nueva subsanación?, en caso contrario agradezco nos sea indicado en qué estado queda el proceso.

RESPUESTA:

Sea lo primero aclarar que la no habilitación del Oferente ETL SOLUCIONES INFORMATICAS Y DE SOFTWARE S.A.S., obedece al no cumplimiento de la totalidad de los Requisitos habilitantes tanto de tipo jurídico, como financieros y técnicos.

Igualmente, la entidad aclara que de conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia los oferentes a los cuales se les solicitó aclaraciones y/o documentos faltantes o adicionales, debían suministrar la información correspondiente en las fechas señaladas en el cronograma, esto fue hasta el 13 de julio de 2021. En caso de que los documentos solicitados por FINAGRO no hubieren sido remitidos en la oportunidad establecida o



remitiéndose no se subsanara conforme con lo solicitado, se entendería que el oferente desistió de la presentación de la oferta, no pudiendo ser habilitada. Razón por la cual, no es posible subsanar en esta etapa del proceso la respectiva oferta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que unas ofertas recibidas se encontraron NO HABILITADAS y otras RECHAZADAS, de conformidad con lo establecido en el Informe del Resultado de Verificación de Requisitos Habilitantes, no es viable continuar con el proceso de selección, razón por la que se cerrará de manera anticipada, para lo cual se publicará Documento de Cierre de la Invitación Pública No. 07-2021 en la pagina web de la entidad.

Publicado: 27/07/2021

VIGILADO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



El campo
es de todos

Minagricultura

Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario

FINAGRO Carrera 13 N° 28-17 Pisos 2, 3, 4 y 5

PBX: 3203377 Agrolínea 018000 912219

Bogotá D.C. - Colombia www.finagro.com.co



SC 5828-1