

CEBALLOS ARANGO ABOGADOS

Bogotá, 16 de agosto de 2019

Señores
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
Área Gestión de Contratos
Ciudad

Asunto: Observaciones Proceso DG-LP-001-2019

Respetados Señores:

Por medio del presente escrito y con el fin de que las solicitudes presentadas sean resueltas previo al cierre del proceso, de manera atenta presento las siguientes observaciones:

I. CON RELACIÓN AL PRESUPUESTO

• Del Principio de Planeación.-

En desarrollo del presente proceso se ha presentado de manera insistente la preocupación a una indebida planeación como garantía de una selección objetiva propia de este tipo de procesos, además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración adjudicar el contrato a la oferta que realmente le resulte más favorable, según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de planeación.

Conforme a la Jurisprudencia, *“En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual.”*¹

La Procuraduría General de la Nación, por su parte, y en calidad de órgano de prevención y vigilancia al cumplimiento normativo de la gestión estatal, ha señalado que *“planear, en materia de contratación estatal, implica no sólo contar con un plan que consolide y priorice las adquisiciones de la entidad, con fundamento en las necesidades técnicamente diagnosticadas, sino que exige la realización de una serie de estudios y análisis orientados*

¹ Sentencia 2012-00762 de octubre 20 de 2014. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A. Rad. 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

CEBALLOS ARANGO ABOGADOS

a establecer mecanismos económicos, transparentes y adecuados para satisfacer dichas necesidades.”²

La planeación es el cimiento sobre el cual se estructura un proceso de contratación, en sus aspectos más esenciales, como lo son los factores técnicos y económicos.

Es allí, en la definición de la necesidad donde la Entidad deja claramente consignado que es lo que pretende satisfacer para el cumplimiento de los fines de la administración y que deje ver que no es un capricho de la Dirección de turno, sino que es parte de un proyecto previamente concebido y justificado.

Una vez definida esa necesidad, se determina si la Entidad tiene o no los recursos asignados por el Ministerio de Hacienda para la adquisición de los bienes y servicios que ha proyectado comprar.

No obstante, lo que realmente sucede en éste caso, es que la Entidad desea comprar una infraestructura de lujo, pero sin tener los recursos suficientes para hacerlo y por lo tanto pretendiendo apalancar su necesidad en los posibles proponentes y en quien resulte adjudicatario, poniendo en ello en grave riesgo la adecuada ejecución del contrato, una posterior reclamación por desequilibrio económico, la generación de adiciones al contrato que busquen cubrir el déficit del contratista adjudicatario y lo que es más grave, un eventual detrimento patrimonial por una infraestructura sobre dimensionada e inutilizada.

- **Del Estudio Previo presentado y los cambios intempestivos.-**

El presupuesto señalado para el presente proceso no tiene bases sólidas, ni una metodología que lo soporte. No solo adicionó sin explicación alguna, el servicio de Datacenter y de Conectividad, sino que no tuvo en cuenta el crecimiento del dólar y tampoco hizo un análisis serio y sostenible del IPC. A saber:

El IPC planteado por la Entidad en el formato de precios, por ejemplo del año 2019 a 2020, es del 2.89% y del año 2020 a 2021 es del 2.74%, y este valor por los siguientes años. Hoy en día el IPC acumulado está en 3.79%, que de entrada ya supera lo proyectado para el final del año por el SENA, lo cual es preocupante por la dinámica que trae el indicador.

Lo anterior es una evidente vulneración a los lineamientos planteados por la Procuraduría General de la Nación al respecto:

“El estudio de precios de mercado, que se lleva a cabo una vez elaborado el estudio técnico, permite establecer el presupuesto oficial de la contratación. Comprende la realización de un análisis de los diferentes precios de los bienes o servicios a contratar que se registran en el mercado, que pueden ser consultados a través de mecanismos como: a. Solicitud de cotizaciones. b. Consulta de bases de datos especializadas. c. Análisis de consumos y precios históricos. Asimismo, involucra el

² PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. RECOMENDACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

CEBALLOS ARANGO ABOGADOS

análisis de las variables consideradas para calcular el presupuesto oficial o precio del contrato.

Este ejercicio le permite establecer a las entidades públicas el nivel de los ajustes realizados, protegiendo a la ciudadanía interesada en los procesos de contratación, de cambios sustanciales en los mismos que afecten tanto el principio de planeación como el de igualdad.”³

Además de lo anterior, durante el transcurso del proceso, y sin mayor explicación, se hicieron cambios en el alcance técnico del objeto a contratar y se redujo el presupuesto inicial. La fase de transición sufrió una modificación lo que afectó el presupuesto en lo que se va a recaudar y diferir, en un menor plazo.

El proceso actual incluye 6 ámbitos de valores agregados, lo cual evidentemente también afecta el presupuesto y no fue tenido en cuenta por la Entidad en su estudio.

Pero lo que es más grave, cuando uno revisa los estudios previos y en particular el estudio de mercado, no se ve que para la definición del presupuesto y sobre todo de un presupuesto tan abultado como éste, la Entidad se hubiera conformado con unas cotizaciones, que ni siquiera hemos conocido como se solicitaron, ni como se respondieron, pues ni siquiera se publica el resultado de las mismas.

La Entidad, de manera sorprendente se conforma con éste criterio para definir el presupuesto, dejando de lado otras herramientas tales como el comparativo con otros contratos similares, en otras entidades públicas, el comparativo con los históricos de la misma Entidad, los contratos similares realizados por Colombia Compra Eficiente, etc.

Es allí donde se puede entender el motivo por el cual una definición de presupuesto queda tan imperfecto, pues cuando sólo se toma el criterio de unos pocos proponentes, quienes en muy pocos días presentan una cotización ello no le puede dar un criterio objetivo a la Entidad para poder tener la certeza de que se estaba entendiendo la realidad del mercado y de un proyecto de ésta magnitud.

De otra parte, es importante resaltar que sólo hasta ahora podemos observar esta inconformidad, pues con todas las modificaciones que ha hecho la Entidad, sólo hasta ahora hemos podido finalizar una estructura de costos del proyecto, que nos permite entender claramente que la Entidad nunca hizo un estudio serio del presupuesto del presente proceso.

- **Del Deber de atender los Requerimientos.-**

Se han presentado a la Entidad, varias observaciones sobre el proceso en donde se plantean preguntas sobre las consecuencias que tendría para el mercado la forma de elaboración del pliego y las condiciones o requisitos que se están incluyendo para esta

³ Ibídem

CEBALLOS ARANGO ABOGADOS

licitación, sin recibir respuestas frente a las mismas o sin que se hayan tenido en cuenta en las modificaciones tomadas por la Entidad.

Al respecto Colombia Compra Eficiente ha señalado:

“(...) conforme al artículo 26 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas deben responder cuando abren licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los estudios necesarios para garantizar la seriedad del objeto a contratar, ya que las actividades de las entidades deben caracterizarse por la máxima diligencia. No es serio y por demás, contrario a derecho, iniciar procesos de selección sin contar con todos los permisos, estudios o bienes necesarios para la ejecución de la obra.

No obstante, la responsabilidad también recae sobre el proponente –futuro contratista-, pues debe advertir oportunamente sobre los errores o imprecisiones del proceso, particularmente por la calidad de especialistas que se presume posee, y que es precisamente la circunstancia que lo habilita a proponer, la cual debe servir para detectar errores técnicos de previsible visualización en los pliegos o términos de referencia que hace inviable ejecutar la obra como está concebida.⁴ (Subrayado fuera del texto)

II. CON RELACIÓN A LOS PLAZOS ESTABLECIDOS

Teniendo en cuenta que dentro de las adendas se han cambiado considerablemente diferentes requisitos tanto técnicos como habilitantes del proceso, y que dichos cambios generan una modificación sustancial en la generación de los documentos, requiriendo de un análisis muy detallado por parte de los oferentes para la presentación de su oferta, los plazos inicialmente fijados por la Entidad resultan inadecuados.

*En la etapa precontractual, son muchas y variadas las manifestaciones del principio de igualdad, las cuales se ven reflejadas en: i) la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; ii) imposibilidad de las entidades públicas de modificar los pliegos de condiciones, como máximo, con posterioridad al cierre del proceso de selección; iii) **Fijación de plazos razonables que faciliten la concurrencia de los oferentes;** (...)”⁵ (Negrilla fuera del texto)*

Las Entidades no abren proceso de contratación, para declararlos desiertos o para quedar incurso en un proceso que no garantiza la pluralidad de proponentes y mucho menos para celebrar contratos con la clara certeza de que va a tener que imponer multas, declarar incumplimientos o que sencillamente va a quedar expuesta a reclamaciones y demandas posteriores.

⁴ <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/9-etapa-precontractual-estudios-previos>

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

CEBALLOS ARANGO ABOGADOS

En consecuencia, me permito presentar a ustedes las siguientes solicitudes:

1. La Entidad está en condiciones de producir una revocatoria directa del acto de apertura del proceso y proceder a corregir los yerros que tiene el presente proceso.
2. La Entidad tiene igualmente la facultad de suspender el presente proceso, en tanto hace una revisión minuciosa de los aspectos mencionados en el presente escrito y de las observaciones que los distintos proponentes han hecho sobre la falta de planeación y tomar los correctivos necesarios.

No sobra hacer referencia al Principio de Responsabilidad, consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que prevé que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto convocatoria sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Cordialmente,



ANDRES CEBALLOS