

Bogotá, 21 de noviembre de 2014

Señores
ICETEX
Atn. Secretaría General
contratos@icetex.gov.co
Ciudad

Ref: Observaciones a la propuesta presentada por Data File S.A. y a los Informes de Evaluación del ICETEX - Numeral 2.16 del Pliego de Condiciones - Proceso de Selección Pública del Contratista No. 007 de 2014

Respetados señores:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.16 del Pliego de Condiciones Definitivo y en atención a la Adenda No. 02 en la cual fueron dejadas sin efecto las publicaciones de los informes de evaluación realizadas en el SECOP y la página Web del ICETEX los días 7 y 12 de noviembre de 2014 y se modificó el cronograma del proceso de selección, encontrándonos dentro del término previsto por el ICETEX para tal efecto, nos permitimos presentar las observaciones correspondientes a la propuesta presentada por **Data File S.A.** y a los Informes de Evaluación Técnica, Jurídica y Financiera publicados el pasado 18 de noviembre del año en curso:

1. INEXISTENCIA DE CAPACIDAD JURÍDICA COMO REQUISITO HABILITANTE PARA QUE DATA FILE S.A. PUEDA OFERTAR Y CONTRATAR.

Del análisis de la propuesta presentada por Data File S.A. y de los soportes que la sustentan, se concluye fáctica y jurídicamente su falta de capacidad para participar en el proceso de selección de la referencia, como procedo a explicar a continuación:

El punto 4 del numeral 3.4.1 del Pliego de Condiciones establece expresamente que los proponentes deben *"Tener la capacidad jurídica para contratar de conformidad con la ley"*.

En este sentido y de conformidad con lo dispuesto en el punto 2 del numeral 3.4.1., en concordancia con el numeral 3.3. del Pliego de Condiciones, las personas jurídicas nacionales de naturaleza privada, **al momento de presentación de la propuesta debían cumplir con los siguientes requisitos:**

"a) Acreditar su existencia y representación legal, mediante la presentación del respectivo certificado, expedido por la cámara de comercio de su domicilio social, con fecha de expedición igual o inferior a treinta (30) días calendario anterior a la fecha de cierre del proceso.

*b) En este certificado debe constar que en su objeto social, tenga **actividades y servicios directamente relacionados con el objeto de la contratación a celebrar, servicios de administración de archivos y administración y custodia de títulos valores, y/o gestión documental y administración y custodia de títulos valores y/o archivística y administración y custodia de títulos valores. En este certificado debe constar que la persona jurídica de que se trate, está constituida de acuerdo con lo solicitado en el presente pliego de condiciones y que su término de duración no sea inferior a la vigencia del contrato y un (1) año más (...)**.*

Lo anterior implica que los proponentes interesados en participar en el proceso de selección, al momento de la presentación de la oferta, debían contar con capacidad jurídica para desarrollar las actividades del contrato definidas por el ICETEX en el Pliego de Condiciones, así:

Mínimos:

- Servicios de administración de archivos.
- Administración y custodia de títulos valores,

Adicionales:

- Gestión documental y administración y custodia de títulos valores
- Archivística y administración y custodia de títulos valores.

Una vez verificado el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Data File S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 22 de octubre de 2014 y aportado con la propuesta a folios 9 al 11, no se encuentra que para dicha fecha Data File S.A. tuviera dentro de su objeto social autorizada la ejecución de actividades de administración y custodia de títulos valores.

En aras de subsanar este requisito, el ICETEX requirió a Data File S.A. para que aclarara esta circunstancia, tal como consta en el numeral 1.3 del Informe de Evaluación Jurídica, así: "(...) **EL PROPONENTE PRESENTA CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REP. LEGAL EN DONDE DE MANERA EXPRESA SE PUEDE VERIFICAR QUE EN EL OBJETO SOCIAL SE INCLUYE LAS ACTIVIDADES DE ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA DE TÍTULOS VALORES (...)**."

Posteriormente, mediante comunicación de fecha 5 de noviembre de 2014, se observa que Data File S.A. adjunta un Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá ese mismo día, en el que consta expresamente tener capacidad para desarrollar las actividades de administración y custodia de títulos valores. Con este documento el ICETEX da por comprobada la capacidad jurídica del proponente, al presumir que al momento de la presentación de la oferta Data File S.A., tenía la capacidad jurídica para desarrollar el objeto establecido por el ICETEX.

No obstante, procedemos a demostrar que no puede subsanarse la capacidad jurídica de Data File S.A., por cuanto ello configura un hecho posterior a la fecha prevista para la

presentación de las propuestas que en ningún caso puede subsanar la INEXISTENCIA de capacidad jurídica del proponente para presentar propuesta en la fecha prevista para el cierre del proceso de selección.

Se observa entonces en el Certificado de Existencia y Representación Legal aportado por Data File S.A. de fecha 5 de noviembre que la reforma estatutaria realizada a la sociedad para subsanar su falta de capacidad jurídica, fue inscrita por la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el número 1881495 del libro IX del Registro Mercantil **el 31 de octubre de 2014.**

Igualmente, consultado el Registro Público que administra la Cámara de Comercio de Bogotá, encontramos que el registro número 1881495 del libro IX del Registro Mercantil es de fecha **31 de octubre de 2014 (adjunto), correspondiente a la inscripción de la Escritura Pública No. 1876 de 30 de octubre de 2014, mediante la cual Data File S.A., modificó su objeto social incluyendo, entre otras, la administración y custodia de títulos valores.**

Por lo anterior, se señalar que Data File S.A. sólo hasta el **31 DE OCTUBRE DE 2014 tuvo capacidad para presentar propuesta,** por tanto hasta dicha fecha la reforma **era oponible a terceros** y le daba la capacidad a Data File S.A., para desarrollar las actividades que ya hemos mencionado. Mientras tanto, cualquier reforma al respecto SE DEBE CONSIDERAR COMPLETAMENTE INEFICAZ.

En efecto, el artículo 158 del Código de Comercio, estableció que sólo hasta que una reforma estatutaria sea inscrita en el registro mercantil tendría efectos frente a terceros, mientras tanto, no producirá ningún efecto:

“Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos.”

Lo anterior quiere decir, a la luz del artículo 897¹ del Código de Comercio, que la reforma adelantada por Data File S.A., es **INEFICAZ DE PLENO DERECHO hasta su inscripción en el registro mercantil, es decir el 31 de octubre de 2014.**

La ineficacia de una reforma estatutaria que no se ha inscrito en el registro mercantil y la imposibilidad de hacerla valer a terceros ha sido además reconocida por la doctrina y la jurisprudencia de forma reiterada. Este hecho, ha sido reconocido, entre otros, por el tratadista José Ignacio Narváez, quien en su obra Derecho Mercantil Colombiano², manifestó:

¹ Artículo 897 del Código de Comercio: “Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”

² Jose Ignacio Narváez, Derecho Mercantil Colombiano, Tomo III, Teoría General de las Sociedades, Novena Edición, Editorial Legis, 2002, página 226.

“Conforme al artículo 158 del Código de Comercio son formalidades de toda reforma estatutaria la escritura pública y la inscripción de dicha escritura en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social.

Y en cuanto a sus efectos distingue:

- a) *Frente a terceros la reforma no produce efecto alguno, vale decir. Es ineficaz de pleno derecho (art. 897) si no se ha elevado a escritura pública debidamente inscrita en el registro mercantil...”*

Así mismo, el doctor Francisco Reyes Villamizar³, al respecto precisó:

“...toda reforma estatutaria debe dotarse de publicidad mercantil mediante la inscripción del respectivo instrumento notarial en el registro mercantil de la cámara de comercio del domicilio social (...). La sanción que sobreviene en los casos en que no se ha efectuado el registro en forma oportuna, consiste en la inoponibilidad del negocio jurídico ante terceros (...)

...La inscripción, según el régimen general, determina la oponibilidad de la modificación estatutaria delante de terceros...”

Igualmente, la Superintendencia de Sociedades, de manera reiterada ha manifestado que:

“...frente a terceros se hace necesario que la misma se eleve a escritura pública y se registre en la Cámara de Comercio que corresponda al domicilio principal de la compañía como de las sucursales, si las hubiere. (...)

Al respecto, vale la pena traer a colación la autorizada opinión de Dr. Gabino Pinzón publicada en el libro Sociedades Comerciales, Volumen I, Teoría General, quinta edición. Editorial Temis. Págs. 72 y ss., donde se lee “Deben hacerse resaltar dos etapas importantes en el proceso de toda reforma que corresponden, por lo demás, a la distinción entre la vida interna y la vida externa de la sociedad.

a) *La primera etapa es la de adopción de las reformas, en la cual estas producen efectos solamente entre los socios.*

b) *La segunda etapa es, a su vez, la de solemnización de las reformas, para que estas produzcan efectos también en cuanto a la vida externa de la sociedad*

“... No es suficiente, sin embargo, que las reformas sean adoptadas conforme a los estatutos - supuesto o condición de validez-, sino que es necesario, además, dotarlas de autenticidad y de publicidad comercial. Porque, estando llamadas a formar parte del contrato social, han de tener las cualidades jurídicas del contrato mismo, mediante las formalidades de la escritura pública y de la inscripción en el registro público de comercio, para que produzcan efectos ante terceros o sean oponibles ante ellos, en la misma forma en que lo es el contrato del cual entran a formar parte...” (Destacado nuestro)...”⁴

³ Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Temis, 2006, página 20.

⁴ Superintendencia de Sociedades, Concepto publicado mediante Oficio 220-060759 Del 28 de mayo de 2013.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-621 de 2003 con ponencia del doctor Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló que:

*“Ahora bien, a pesar de que los efectos del registro de manera general son simplemente declarativos, la doctrina se ha percatado de que en ocasiones la inscripción obra como condición sine qua non para la producción de los efectos jurídicos del acto inscrito, es decir como condición de su eficacia jurídica. En este caso las inscripciones han sido llamadas “constitutivas”. [7] Dentro de esta clase de inscripciones constitutivas se reconocen tres posibilidades: (i) aquellas cuya omisión impide de manera absoluta la producción de efectos jurídicos; (ii) otras inscripciones cuya falta no impide la producción de efectos jurídicos, pero sí ocasiona la imposibilidad de registrar otros actos posteriores, como sucede cuando se omite el registro de la calidad de comerciante, o matrícula mercantil propiamente dicha; y, (iii) aquellas cuya omisión permite que se produzcan efectos jurídicos entre las partes que intervinieron el acto llamado a registrarse, mas no frente a terceros. **De esta clase son, por ejemplo, el registro de las escrituras de constitución de las sociedades o de reforma del contrato social, a que se refieren los artículos 112 y 158 del Código de Comercio**” (Resaltado fuera del texto original)*

Lo anterior, que no deja lugar a interpretaciones, permite concluir que sólo hasta que Data File S.A., inscribió en el registro mercantil la modificación de su objeto tendría validez frente al ICETEX. Mientras tanto, **antes del 31 de octubre de 2014**, ni siquiera se podría probar a terceros la reforma estatutaria del proponente, pues la ley ha establecido que sólo se podrán probar con el certificado de existencia y representación legal, así:

“ARTÍCULO 166. <PRUEBA DE LA REFORMA DE LA SOCIEDAD>. Las reformas de la sociedad se probarán de manera igual a su constitución...”

*“ARTÍCULO 117. <PRUEBA DE LA EXISTENCIA, CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD>. La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con **certificación de la cámara de comercio del domicilio principal**, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere...” (Resaltado fuera de texto original).*

No es de recibo tampoco el argumento esgrimido por Data File S.A. en su comunicación del 5 de noviembre de 2014 según el cual siendo los títulos valores una especie de documentos, el objeto social no debía ser preciso y que era válido que simplemente tuviera “relación” con los mismos, por cuanto (i) el pliego exigía de forma expresa y sin lugar a dudas que el proponente debía tener capacidad jurídica para realizar esas precisas actividades; (ii) el proponente no puede restar importancia a los títulos valores, toda vez que estos no son “simples documentos”.

Los títulos valores permiten legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, en concordancia con el artículo 619 del Código de Comercio, por lo que revisten un carácter especial en tanto garantizan obligaciones y prestan mérito ejecutivo; en este orden, su custodia y archivo revisten unas **características especiales** que no se pueden equiparar a las de cualquier documento. De lo contrario no se entendería la necesidad de que

el ICETEX contrate una sociedad especializada que realice estas delicadas actividades y la falta de capacidad a la presentación de la oferta, no puede ser subsanada.

Así las cosas, tenemos que el requisito de capacidad jurídica comporta un **mínimo** para habilitar una propuesta y proceder a su evaluación y respectiva calificación. En este caso, es evidente que si un determinado proponente no demuestra cumplir con este requisito mínimo **su propuesta no puede ser evaluada y mucho menos calificada.**

Adicionalmente, el hecho de que **al momento de presentar propuesta** no conste en el objeto social de la sociedad estar habilitada conforme lo dispuesto en los numerales 3.3. y 3.4 anteriormente referidos, constituye en sí mismo una **causal de rechazo**, tal como está previsto en el literal x) del numeral 5.10 sobre CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS, según el cual: *"x) Si dentro del objeto social del proponente su actividad principal no tiene relación con la naturaleza del objeto a contratar."*

Recordemos que de conformidad con lo establecido en el numeral 1.13 sobre CONTENIDO E INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES, el proyecto de pliego de condiciones, el pliego de condiciones definitivo, sus anexos y adendas, *"(...) deben ser interpretados como un todo y sus disposiciones no deben ser entendidas de manera separada, por lo tanto el pliego de condiciones es uno con los anexos, formatos y adendas. Todas las deducciones, errores y omisiones que con base en sus propias interpretaciones, conclusiones o análisis, efectúe el proponente, son de su exclusiva responsabilidad."*

De esta manera, si el requisito que señalan los numerales 3.3. y 3.4. del Pliego hace referencia a un objeto específico al momento de presentación de la propuesta, atinente a estar habilitado para contratar actividades relacionadas con **títulos valores**, es esta y no otra la causal de rechazo a la que se refiere el literal x) del numeral 5.10. y, por lo tanto, el proponente que no acredite dicho requisito **no puede ser considerado como habilitado para la presentación de su propuesta.**

Por otra parte, el Manual de Contratación del ICETEX (Acuerdo 030 del 17 de septiembre de 2013) establece en su artículo 26: **"(...) En ningún caso la Entidad podrá (...) permitir que se subsane la falta de capacidad jurídica para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"** (Subrayado y negrita fuera del texto original).

La previsión señalada en el párrafo anterior se reproduce de manera exacta en el numeral 5.6. del Pliego de Condiciones sobre REGLAS DE SUBSANABILIDAD, conforme el cual **"(...) no se permitirá que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad jurídica para presentar la propuesta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, ni que se modifique, adicione o mejore el contenido o alcance de la propuesta."**

Adicionalmente a lo anterior, el literal D. del "Manual para Determinar y Verificar los Requisitos Habilitantes en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente", expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en su carácter de ente rector del Sistema de Compras y Contratación Pública, señala:

*“No hay lugar a aclarar, completar o corregir la información para acreditar los requisitos habilitantes cuando: **(i) el proponente pretenda demostrar circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de presentación de las ofertas;** **(ii) el proponente pretenda sanear su falta de capacidad en el momento de la presentación de la oferta;** y **(iii) cuando la aclaración, complemento o corrección no se refiera directamente al proponente y busque mejorar la oferta.**” (Subrayado y negrita fuera del texto original).*

Habiendo expuesto lo anterior, nos permitimos señalar que el proponente en comentario **NO CUMPLE** con los requisitos mínimos habilitantes de capacidad jurídica, para que su oferta sea evaluada y calificada por la Entidad, por cuanto la modificación de su objeto social surge como consecuencia de la solicitud de subsanación de documentos por parte del ICETEX, soslayando de esta manera las disposiciones previstas en el Pliego de Condiciones y en el Manual de Contratación de la Entidad, e igualmente contrariando los principios y garantías de transparencia en el proceso de contratación mediante la afirmación de que *“(…) se evidencia que en el objeto social de la empresa Data File está la actividad de administración y custodia de títulos valores”*, cuando a todas luces se observa que intenta subsanar lo insubsanable.

Es claro que el proponente inscribió en la Cámara de Comercio de Bogotá, de manera **posterior al cierre** del proceso de selección y contraviniendo de esta manera, la previsión anteriormente trascrita que se encuentra tanto en el Manual de Contratación del ICETEX como en el numeral 5.6. del Pliego de Condiciones conforme el cual *“(…) **no se permitirá que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad jurídica para presentar la propuesta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, ni que se modifique, adicione o mejore el contenido o alcance de la propuesta.**”* (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Por lo anteriormente mencionado, queda demostrado que **al momento de cierre del proceso de selección pública del contratista**, el proponente Data File S.A. **NO CUMPLÍA** con los requisitos mínimos habilitantes para demostrar su capacidad jurídica conforme lo establecido en los numerales 3.3. y 3.4. del Pliego de Condiciones, ya que su objeto social no lo habilitaba para la prestación de **los servicios de administración y custodia de títulos valores y por lo tanto su oferta NO PUEDE SER HABILITADA.**

Así las cosas, solicitamos a la Entidad modificar el numeral 1.3. del Informe de Evaluación Jurídica por **NO CUMPLE** y, en consecuencia proceder a **RECHAZAR** la propuesta presentada por la firma **Data File S.A.** con fundamento en el literal x) del numeral 5.10 del Pliego de Condiciones y en concordancia con el numeral 5.6. del Pliego y el artículo 26 del Manual de Contratación del ICETEX.

2. RESPECTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS DEL SERVICIO (NUMERAL 3.4.3.1. – EXPERIENCIA).

El numeral 3.4.3.1 del Pliego de Condiciones dispone:

*“El proponente deberá acreditar con las certificaciones respectivas, expedidas por el Contratante, el cumplimiento de la experiencia específica con **HASTA CUATRO (4) contratos** que tengan por objeto en el Exterior y/o en Colombia:*

1. La administración de archivos y
2. La administración y custodia de títulos valores

El valor de la sumatoria de las certificaciones debe ser igual o superior a la suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.000.00) M/CTE incluido IVA.

Para efectos de verificar el cumplimiento de este requisito el Proponente puede presentar ya sea una certificación que cumpla con las dos actividades y el valor total solicitado o hasta cuatro certificaciones que en conjunto cumplan con las dos (2) actividades y con el valor solicitado.

Dichos contratos deberán haber sido suscritos y celebrados y/o acreditar un avance mínimo de ejecución del 50%, con relación al valor total del contrato, para lo cual, deberá presentar los documentos que acrediten tal situación expedidos por el contratante, ya sea a través de contratos principales y/o adicionales y/o renovaciones y/o prórrogas automáticas, suscritos dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso.

Si se trata de un Consorcio o de una Unión Temporal se debe señalar el nombre de quienes lo conforman, adicionalmente se debe indicar el porcentaje de participación de cada uno de sus miembros y solamente se tendrá en cuenta el porcentaje de participación de la firma que está presentando la propuesta. Así mismo, para la verificación de la experiencia específica, se tendrán en cuenta las certificaciones en conjunto, cualquiera sea el integrante que la acredite, las cuales deben cumplir con lo requerido en el presente numeral.

Para ser tenidas en cuenta las certificaciones requeridas según lo señalado en el presente numeral, deberán contener por lo menos los datos de Nombre de la entidad contratante, contratista, objeto, valor, el plazo, fecha de expedición de la certificación y los volúmenes. Así mismo, Deben estar firmadas por el representante legal de la entidad donde se realizó el contrato, o la persona que esté autorizada para entregar este tipo de certificaciones. Deberá indicar el nombre, cargo que ocupa actualmente, dirección electrónica y teléfono.

En caso que la experiencia sea expedida por una entidad privada con quien se haya prestado el servicio además de la certificación respectiva, deberá anexarse copia del contrato, en caso que el mismo esté sujeto a acuerdos de confidencialidad, deberá presentarse otros documentos como actas de recibo a satisfacción, actas de liquidación u otros expedidos por el contratante en donde conste la información requerida en este pliego de condiciones.

Cada una de las certificaciones presentadas deben ser en papelería de la entidad contratante, no se acepta papelería sin el logo y datos de la Compañía, a menos que la entidad certifique que no expide certificaciones en papelería con logo.

Para acreditar la totalidad de los requisitos establecidos para la experiencia, los proponentes podrán anexar en su propuesta, copias de actas de recibo a satisfacción, actas de liquidación, copias de contratos, facturas u otros documentos expedidos por la Entidad contratante en donde conste tales requisitos.

La información suministrada sobre la experiencia mínima deberá incluirse por, el proponente en el Anexo No.9 -"Relación de experiencia del Proponente."

La experiencia exigida en el presente pliego de condiciones será reconocida para proponentes escindidos siempre y cuando dicha escisión se haya dado antes de los últimos cinco (5) años, contados éstos a partir de cierre del presente proceso de selección pública de acuerdo con la normatividad aplicable vigente, y cuando el acto de escisión se haya formalizado en vigencia del contrato correspondiente.

La entidad se reserva el derecho de verificar la información suministrada por los oferentes. Si se advierten discrepancias entre esta información y lo establecido por la entidad contratante, el proponente incurrirá en causal de rechazo."

Teniendo en cuenta lo anterior y una vez revisada la propuesta presentada por **Data File S.A.** se observa que las certificaciones aportadas por el proponente **NO CUMPLEN** con las exigencias establecidas en el Pliego de Condiciones, como se procede a demostrar:

- **Folio 93. Certificación expedida por Bancolombia:**

1. La certificación no especifica volúmenes de procesos de información.
2. Teniendo en cuenta que quien certifica es una entidad privada, se han debido allegar con la propuesta los soportes requeridos en el Pliego de Condiciones (copia del contrato u otros soportes); no obstante, dicha documentación no fue allegada por el proponente.
3. La certificación no tiene fecha de inicio ni de terminación del contrato.
4. Del contenido de la certificación tampoco se permite colegir si la ejecución de los contratos fue de carácter permanente o dentro de algunos lapsos de tiempo durante los años en que hace mención el documento, pues como se observa, la relación de los años que menciona corresponden a "valor pagado" y no a tiempo o años de ejecución, a lo que se suma la inasistencia de soportes documentales que permitieran al evaluador corroborar que tal información se ajusta a las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, ni menos aun que corresponda a la totalidad de las actividades que de manera genérica se enuncian como componentes del objeto.
5. El contrato que allega el oferente con su escrito de subsanación no puede ser tenido en cuenta, por cuanto se trata de un contrato suscrito en el año 2007 por tiempo ilimitado, lo que NO LE PERMITE CUMPLIR al proponente con la exigencia requerida por la Entidad, conforme la cual, **será tenida en cuenta la experiencia de contratos suscritos y/o celebrados dentro de los 5 años anteriores a la fecha de cierre del proceso de selección.**
6. La certificación presentada como respaldo al contrato suscrito con Bancolombia, no guarda coherencia con el contrato suministrado, ya que la certificación hace referencia a un contrato suscrito en el año 2002, mientras que el contrato aportado por Data File S.A. con su escrito de subsanación hace referencia a un operación ejecutada durante el año 2007, fecha **que en todo caso** es anterior a los cinco (5) años de que trata el numeral 3.4.3.1. del Pliego de Condiciones.

- **Folio 94. Certificación expedida por General Motors Colmotores S.A.:**

1. La certificación expresa que **Data File S.A.** "prestó los servicios de Organización y Administración de archivos documentales físicos, Digitalización de Documentos y Consulta Electrónica, Administración y Operación del Centro de Recepción de Facturas, Administración y Operación del Centro de Recepción de Correspondencia, Sistema para Administración de Documentación Electrónica, Hardware y Software e Implementación". Se observa así que no permite certificar experiencia relacionada con la administración y custodia de títulos valores.
2. La certificación no tiene dirección electrónica.
3. Teniendo en cuenta que quien certifica es una entidad privada, se han debido allegar con la propuesta los soportes requeridos en el Pliego de Condiciones (copia del contrato u otros soportes); no obstante, dicha documentación no se allegó.

- **Folio 95. Certificación Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia:**

1. La certificación señala que la fecha de inicio del contrato es el 30 de diciembre de 2012; sin embargo, prevé como fecha de terminación el 30 de septiembre de 2012, siendo así la fecha de terminación anterior a la de inicio.
2. La certificación señala como fecha de expedición el 4 de mayo de 2012, es decir, que el documento fue emitido antes del inicio del contrato.

Es evidente que en virtud de los dos numerales anteriores, la certificación emitida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia **carece de consistencia y veracidad**, en tanto que los datos que en ella se plasman por parte de la Entidad que certifica, a simple vista **NO SON COHERENTES NI CONSISTENTES.**

Al respecto, el numeral 5.4. del pliego de condiciones dispone: "La información que reporte el proponente en el cuadro anterior, será verificada por el ICETEX con base en las certificaciones aportadas, por tanto, en el evento en que la **información no corresponda o no se evidencie en la certificación física respectiva, la certificación no será tenida en cuenta para efectos de verificación de experiencia.**" (Subrayada y negrita fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, el representante legal de **Data File S.A.** suscribió el Anexo No. 09 - Relación de experiencia del proponente con información no consistente con la evidencia en la certificación física aportada, señalado como fecha de iniciación del contrato el 30/12/2012 y fecha de finalización el 30/09/2013, lo cual no puede ser verificable por la Entidad, pues ni siquiera aporta documentos adicionales para establecer estas fechas indicadas en el Anexo en comento.

3. En este mismo sentido se requiere aclaración respecto la fecha de expedición de la certificación en mención, la cual corresponde al cuatro (04) de mayo de 2012, aproximadamente **cuatro (4) meses antes de la fecha de inicio del contrato**, de lo que se presume que la misma no se ajusta a la realidad y carece de validéz jurídica, razón por la cual solicitamos al ICETEX acogerse a lo dispuesto en el numeral 5.4. del pliego de condiciones y NO tener en cuenta la certificación aportada por Data File S.A.

Por lo hasta aquí expuesto, las certificaciones de experiencia aportadas por Data File S.A. **NO CUMPLEN** con los requisitos mínimos de experiencia de que trata el numeral 3.4.3.1. del Pliego de Condiciones Definitivo.

Valga la pena aclarar que además de NO CUMPLIR con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, la certificación expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia constituye en sí misma una **CAUSAL DE RECHAZO DE LA PROPUESTA**, en virtud de lo dispuesto en los literales n), o) y u) del numeral 5.10 del Pliego de Condiciones, que señalan:

“n). Cuando se compruebe que la información suministrada por el proponente o los documentos allegados no coincidan con la realidad o sean contradictorios en los aspectos jurídicos, financieros, económicos o técnicos:

o) Cuando el proponente habiendo sido requerido por EL ICETEX, no allegue dentro del plazo que se le indique, los documentos, información o aclaraciones solicitadas. En ningún caso podrá subsanarse la falta de capacidad para presentar la propuesta ni acreditarse circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y cuando presente información inexacta que no corresponda a la realidad y,

u) En caso de que compruebe que la información suministrada o los documentos aportados no coinciden con la realidad o son contradictorios, será causal de rechazo. Las razones serán expuestas en el informe de evaluación.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Como consecuencia de lo anterior, se debe variar el cuadro del Documento de Evaluación Técnica de las Propuestas, en lo atinente al numeral 3.4.3.1. de experiencia a **NO CUMPLE** y **RECHAZAR** la propuesta presentada por Data File S.A.

3. RESPECTO DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES.

De acuerdo con el inciso primero del numeral 5.9.1.9. del Pliego de Condiciones Definitivo, relativo al Registro Único de Proponentes: *“Este deberá expedirse por la Cámara de Comercio correspondiente, y cuya fecha de expedición no sea superior a treinta (30) días calendario, antes de la fecha de presentación de la propuesta. Este certificado deberá estar vigente **y en firme para dicha fecha**, pero en todo caso deberá estar en firme a la fecha de adjudicación del proceso.”* (Subrayado y negrita fuera del texto original).

El Registro Único de Proponentes visible a folios 34 al 46 de la propuesta presentada por **Data File S.A. NO SE ENCONTRABA EN FIRME a la fecha de presentación de la propuesta**, por cuanto como lo indica la inscripción de la Cámara de Comercio al respaldo del folio 46:

“Que el día 10 del mes de octubre de 2014 el proponente actualizó bajo el Registro Único de Proponentes bajo el número 00498372 de Libro Primero de los proponentes, que esta inscripción se publicó en el Registro Único Empresarial y Social (RUES) el día 10 del mes de octubre de 2014.

La información relacionada con la inscripción aquí certificada, queda en firme diez (10) días hábiles después de la fecha de publicación, siempre que no sea objeto de recurso (artículo 6.3. de la Ley 1150 de 2007).”

Así las cosas, es claro que el Registro Único de Proponentes aportado por **Data File S.A.** con su propuesta **NO CUMPLE** con lo dispuesto en el numeral 5.9.1.9 del pliego de condiciones, por cuanto la información allí relacionada y certificada, según lo dispuesto en el Decreto No. 19 de 2012 en concordancia con el artículo 59 de la Ley 4ª de 193, quedó en firme el pasado **28 de octubre, fecha POSTERIOR a la presentación de la propuesta.**

Como consecuencia de lo anterior, se debe variar el numeral 1.11. del Informe de Evaluación Jurídica por **NO CUMPLE** y, en consecuencia proceder a **RECHAZAR** la propuesta presentada por la firma **Data File S.A.** con fundamento en el literal x) del numeral 5.10 del Pliego de Condiciones y en concordancia con el numeral 5.6. del Pliego y el artículo 26 del Manual de Contratación del ICETEX.

4. RESPECTO DEL ALMACENAMIENTO - BODEGA (NUMERAL 4.2.1.2.).

El numeral 4.2.1.2 de las especificaciones técnicas mínimas del servicio, señala: *“El proponente para efectos de presentación de su propuesta, deberá acreditar que cuenta con dicha bodega en cualquier de las siguientes formas:*

*(...) En caso que la Bodega sea arrendada: Contrato de Arriendo, en el que el proponente se encuentre en calidad de Arrendatario. **En caso que el contrato de arrendamiento tenga una vigencia inferior al plazo de ejecución del contrato objeto del presente proceso de selección, se deberá adjuntar carta de compromiso, por parte del arrendatario y el arrendador, en la que conste que se comprometen a prorrogar el contrato por un término igual al de la ejecución del contrato que se va a celebrar con el ICETEX.**”* (Subrayado y negrita fuera del texto original).

El contrato de arrendamiento del inmueble comercial aportado a folios 98 – 103 suscrito entre la sociedad importadora Las Tractomulas S.A. y la sociedad Data File S.A. preve en su cláusula segunda un término de ejecución de doce (12) meses *“(…) contados desde el quince (15) de septiembre de 2014, el cual podrá ser prorrogado automáticamente por el mismo término sino se avisa con una anticipación de tres (3) meses previo a la terminación de lo contrato su intención de no darlo por terminado.”* (Subrayado y negrita fuera del texto original).

En este orden de ideas, el contrato de arrendamiento tiene una **DURACIÓN INFERIOR** a la del término de ejecución del contrato que resulte del proceso de selección pública del contratista adelantado por el ICETEX, sin que se haya aportado la carta de compromiso, por parte del arrendatario y el arrendador, **en la que conste que se comprometen a prorrogar el contrato por un término igual al de la ejecución del contrato que se va a celebrar con el ICETEX.**

Se observa al respecto que el ICETEX requirió en subsanación a Data File S.A., quien junto con su escrito de respuestas de fecha 5 de noviembre de 2014 aportó un compromiso que subsana, lo referente a la duración del contrato de la bodega inicialmente propuesta.

Sin embargo, no es claro porque el proponente aporta documentos de dos (2) bodegas adicionales, las cuales en ningún caso **PUEDEN SER TENIDAS EN CUENTA POR EL ICETEX,** por cuanto aceptar revisar o verificar si estas cumplen con los requisitos del Pliego de Condiciones, implicaría **PERMITIR QUE EL PROPONENTE MODIFIQUE O ADICIONE SU**

PROPUESTA, situación expresamente prohibida de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.14.2 del Pliego de Condiciones, así:

“El Comité Evaluador podrá solicitar por escrito al Proponente hasta el momento de la adjudicación, las aclaraciones y explicaciones que estime pertinentes sobre los puntos dudosos o confusos de las propuestas, sin que por ello pueda el Proponente adicionar, modificar, completar o mejorar su propuesta, ni el ICETEX hacer variación alguna de los términos de la misma o violar los principios fundamentales que rigen el presente Proceso de Selección.” (Subrayado y negrita fuera del texto original).

Por lo expuesto, solicitamos a la Entidad señalar que la propuesta presentada por **Data File S.A. NO CUMPLE** con lo dispuesto en el numeral 4.2.1.2. del Pliego de Condiciones, hecho que da lugar al **RECHAZO DE LA PROPUESTA**, de conformidad con la causal establecida en el literal i) del numeral 5.10 del Pliego de Condiciones según la cual se debe rechazar la propuesta: *“i) Cuando el proponente no cumpla con alguna de las especificaciones técnicas mínimas establecidas en el Capítulo IV del pliego de condiciones”* (Subrayado y negrita fuera del texto original).

De igual manera, se solicita a la Entidad mantener en el Documento de Evaluación Técnica la calificación de **NO CUMPLE** otorgada a Data File S.A. y **NO VERIFICAR NINGÚN DOCUMENTO ADICIONAL A LOS PRESENTADOS EN LA OFERTA DEL PROPONENTE**, relativos a **nuevas bodegas** no ofertadas inicialmente, por cuanto ello implica una adición, modificación y posible mejoramiento de su propuesta, lo cual está plenamente prohibido en el **numeral 2.14.2 del Pliego de Condiciones**.

5. RESPECTO DEL OFRECIMIENTO DE RECURSO HUMANO ADICIONAL.

El proponente **Data File S.A.** presenta a folio 132 el Anexo No. 14 que contiene el ofrecimiento de recurso humano adicional indicando:

“(...) el personal adicional cuenta con la misma experiencia del equipo clave del proyecto correspondiente al de Equipo de auxiliares. Por tal razón con la propuesta se anexan las correspondientes certificaciones de estudio y experiencia laboral que acrediten dicha experiencia.”

Esta manifestación del compromiso adquirido en mi calidad de proponente, servirá de base al supervisor del contrato designado para que al inicio del contrato y durante su ejecución, verifique el cumplimiento solicitando los soportes para ello (...).” (Subrayado y negrita fuera del texto).

Una vez efectuada la revisión de la propuesta se evidencia que con la misma **NO FUERON APORTADAS** las certificaciones de estudio y experiencia laboral que acreditan la experiencia del recurso humano adicional.

Lo anterior, contraviene el ofrecimiento del proponente y así mismo, desconoce lo dispuesto en el numeral 6.3.2. del Pliego de Condiciones, el cual ratifica la obligatoriedad de aportar

dichos documentos para obtener el puntaje allí establecido, señalando: *“El personal adicional deberá contar con la misma experiencia del equipo clave del proyecto correspondiente al de Equipo de auxiliares. **Por tal razón deberán anexar las correspondientes certificaciones de estudio y experiencia laboral que acrediten dicha experiencia.**”* (Subrayado y negrita fuera del texto).

Así las cosas, el ofrecimiento realizado por **Data File S.A.** constituye una causal de rechazo prevista en el literal n) del numeral 5.10. del Pliego de Condiciones, según el cual: **“Cuando se compruebe que la información suministrada por el proponente o los documentos allegados no coincidan con la realidad o sean contradictorios en los aspectos jurídicos, financieros, económicos o técnicos.”**

Lo anterior implica adicionalmente que **Data File S.A.** no puede ser acreedor de los doscientos (200) puntos que asigna la Entidad por el ofrecimiento por recurso humano adicional, por cuanto no aportó las certificaciones de estudio y experiencia a que se refieren tanto el Anexo No. 14 como el numeral 6.3.2. del Pliego de Condiciones.

Valga la pena indicar que **los factores que asignan puntaje no son susceptibles de subsanación por parte del proponente,** conforme lo dispuesto por la Circular No. 13 de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, según la cual: (...) **las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsanar tales requisitos antes de iniciar la subasta”.**

6. RESPECTO DEL ANEXO A LA PROPUESTA ECONÓMICA.

El proponente **Data File S.A.** anexa a folio 139 de su propuesta un Anexo a la Propuesta Económica en el cual se señala como ofrecimiento adicional *“Hasta doscientas (200) horas de Ingeniero de sistemas de ser necesario para nuevos desarrollos o entendimientos entre plataformas.”*

Al respecto, es importante tener en cuenta que el numeral 4.3.9.2. del Pliego de Condiciones determina que : *“El Proponente seleccionado al que sea adjudicado el contrato tendrá acceso a los aplicativos del ICETEX, con las restricciones de seguridad correspondientes a cada caso, **El Proponente deberá tener en cuenta dentro de sus costos, las posibles interfaces que se puedan requerir para interconectar sus aplicaciones con las de ICETEX y de terceros; en este sentido, el Proponente debe presupuestar los costos del desarrollo de su propio software y el desarrollo del software de terceros y/o ICETEX con los cuales se realizara el enlace en toda su extensión, es decir en los dos extremos.**”*

Por lo expuesto, la previsión a que se refiere el proponente **Data File S.A.** implica **un condicionamiento en su oferta** hasta un límite de doscientas (200) horas de desarrollo en caso de ser requerido, **lo cual no se ajusta al requisito previsto en el numeral 4.3.9.2.** conforme el cual el proponente debe tener en cuenta entre sus costos el desarrollo de software **sin limitación alguna.**

De esta manera, la propuesta de **Data File S.A.** **NO CUMPLE** con lo dispuesto en el numeral

4.3.9.2. del Pliego de Condiciones, hecho que da lugar al **RECHAZO DE LA PROPUESTA**, de conformidad con la causal establecida en el literal l) del numeral 5.10 del Pliego de Condiciones según la cual se debe rechazar la propuesta: "*l. Cuando se presente la propuesta en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad que represente un condicionamiento de la misma, para la adjudicación del proceso de selección*" (Subrayado y negrita fuera del texto original).

7. SOLICITUD DE ADELANTAR AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN EN AUDIENCIA PÚBLICA.

Finalmente, con fundamento en el literal j) del artículo 37 del Manual de Contratación del ICETEX, (Acuerdo 030 del 17 de septiembre de 2013), en aras de garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, particularmente los de transparencia y moralidad administrativa, respetuosamente solicitamos **adelantar la adjudicación del presente proceso de selección pública mediante audiencia pública**. Para tal efecto, requerimos se nos informe a los proponentes la fecha y hora en la cual se desarrollará la correspondiente audiencia de adjudicación.

8. RESPECTO DE LA VISITA TÉCNICA.

En atención a lo dispuesto en el cronograma del Pliego de Condiciones, el plazo para la evaluación técnica, incluida la visita a la bodega debía efectuarse entre el 27 de octubre y el 6 de noviembre de 2014.

Ahora bien, en concordancia con el numeral 2.14.3. del pliego de condiciones, una vez adelantada la visita técnica obligatoria a la bodega propuesta por los proponentes para el almacenamiento y custodia de los archivos y títulos valores del ICETEX, "*El proponente deberá realizar los ajustes solicitados por el ICETEX o de manera opcional por el Archivo General de la Nación, dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes a la fecha de realización de la VISITA TÉCNICA, término dentro del cual si no se realizan los ajustes solicitados, el PROPONENTE SERÁ RECHAZADO*". (Subrayado fuera del texto original)

En efecto, si la verificación de los requisitos de la bodega del proponente Data File S.A. se hubiere efectuado el último día del plazo antes relacionado, es decir el 6 de noviembre, el término máximo para la verificación de los ajustes solicitados por el ICETEX hubiere vencido el **11 de noviembre de 2014**, no obstante lo anterior, el ICETEX desconociendo lo dispuesto en el cronograma del proceso, efectuó la visita el día **12 de noviembre de 2014**, un (1) día después de haber vencido el término previsto por la misma entidad en el pliego de condiciones.

Evidenciada la situación en comentario, mediante Adenda No. 02 del 13 de noviembre, el ICETEX modificó el cronograma y prolongó el término de evaluación de las propuestas hasta el 14 de noviembre del año en curso. Referida publicación se efectuó dos (2) días después de haber precluido el término para la realización de los ajustes requeridos en la visita técnica al proponente Data File S.A., situación que **alteró sustancialmente la causal de rechazo** prevista en el numeral 2.14.3 de la invitación.

Al respecto, si bien las entidades públicas pueden prorrogar los términos de evaluación con posterioridad al cierre del proceso de selección, no es procedente que dichas modificaciones **alteren sustancialmente el contenido del pliego de condiciones.**

Cabe resaltar que en concordancia con el artículo 3 de la Ley 1437 DE 2011, las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe y moralidad entre otros, en este sentido, el ICETEX mal puede soslayar las propias reglas previstas en la invitación pública, desconociendo las garantías que tenemos como oferentes dentro del proceso de selección.

Con fundamento en las observaciones descritas anteriormente, reiteramos la petición inicial elevada al ICETEX en la cual solicitamos efectuar la comparación objetiva de los ofrecimientos hechos por los proponentes con sujeción íntegra a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones en igualdad de condiciones y en consecuencia, se modifique el informe de evaluación.

Atentamente,



Alejandro Campo Valero

Representante legal

Unión Temporal Procesos de Gestión Documental y Archivísticos 2014

UT PRODOC 2014