

2300/4.3

Medellín, Agosto 22 de 2017

Señor
TOMAS JOSE RIOS MUÑOZ
Gerente
IPS Óptica La Plazuela S.A.S.
Carrera 47 N° 49-69
Teléfono: 5129146
Medellín - Colombia

Ref.: observaciones requerimiento para subsanar informe de evaluación preliminar, convocatoria para el suministro de lentes y monturas oftálmicas.

Recibida la observación referente al requerimiento que realizó la ESE Metrosalud para que los oferentes subsanaran requisitos habilitantes técnicos dentro del proceso de selección se procede a dar respuesta en los siguientes términos:

Es necesario tener en cuenta que la entidad para realizar la evaluación de las ofertas presentadas dentro del proceso de selección debe ceñirse a las condiciones taxativamente señaladas en los términos de referencia, no puede utilizar criterios sesgados o subjetivos o de interpretaciones lógicas o unilaterales que dependa de la interpretación de los oferentes o de los evaluadores.

Es así que en el numeral 10 de los términos de referencia se indica:

"TERMINO DE VERIFICACIÓN

La entidad efectuará la verificación de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos de la propuesta, dentro del plazo establecido en el cronograma del proceso. Así mismo se podrá solicitar al proponente la presentación de los aspectos o documentos subsanables de su propuesta, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 1, del artículo 5 de la ley 1150 de 2007."

Frente a la subsanación en los procesos de selección, el consejo de estado, sección tercera mediante sentencia con número de radicado 13001- 23-31-000-1999-00113-01 (25.804) de fecha del 26 de febrero de 2014 estableció:

"Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. **Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.**

.....

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: **defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas -usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.**" (Negrilla fuera del texto)"

Por lo anterior la entidad para dar respuesta, dará aplicación a la jurisprudencia del Consejo de estado, por lo cual la entidad procede a revisar el contenido de los términos de referencia para definir si las muestras de las monturas, es un requisitos que otorga o no puntaje:

DESCRIPCION DEL FACTOR	NATURALEZA	RESULTADO
Documentación capacidad jurídica	Verificación	Habilita / No habilita
Documentación capacidad financiera	Verificación	Habilita / No habilita
Documentación técnica de proponente	Verificación	Habilita / No habilita
Evaluación técnica de producto (cumplimiento de las especificaciones de cada dispositivo ofertado)	Verificación	Habilita / No habilita
Costo de la propuesta	Evaluación	Máximo 100 puntos

Como bien se puede observar la evaluación técnica del producto habilita o no al oferente, y el único criterio que otorga puntaje es el costo de la propuesta, entonces se procede a definir **¿El defecto asigna puntaje al oferente?**, la respuesta para la entidad es NO asigna puntaje, por lo cual se permite subsanar el requisito.

Adicionalmente y frente a lo citado en el oficio respecto al término definido en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es preciso aclarar que en cuanto al régimen jurídico aplicable a las referidas entidades, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, indica:

"ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

(...)

6. En materia contractual se registrá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

(...)

9. Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

(...)"

Respecto del Régimen Contractual de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud o Empresas Sociales del Estado, vale la pena citar lo expresado por la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 6 de Abril de 2000, expediente 1.263, Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, así:

"(...)

En principio, por ser las empresas sociales del estado entidades estatales y constituir la ley 80 un estatuto denominado "general de contratación de la administración pública", pudiera concluirse que su aplicación es universal para toda clase de entes públicos; sin embargo, tal apreciación no se compadece con la potestad del legislador para establecer excepciones a tal régimen, como lo hizo en el caso de estas empresas.

El carácter excepcional de la regulación, se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente.

Por lo demás, dicha discrecionalidad encuentra su fundamento en la multiplicidad de objetos contractuales que pueden incidir o no en la prestación del servicio público, circunstancia que la administración deberá tener presente al momento de determinar si incluye o no las cláusulas excepcionales.

De esta manera, al disponer la ley 100 de 1993 en el numeral 6° del artículo 195, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales, excluyó la aplicación general y común de las normas de la ley 80. El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales, aparece consagrado en el artículo 13 de la ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes". (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas.

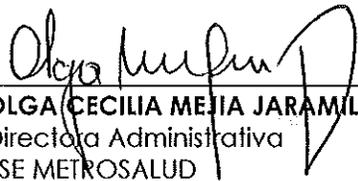
Por otra parte, el artículo 2 de la Resolución 5185 de 2013, expedida por esta entidad en el marco de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2012, dispuso:

"ARTÍCULO 2o. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución."

De conformidad con la normatividad anteriormente citada y los conceptos cuyos apartes se han transcrito de la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, se tiene entonces que el régimen contractual aplicable a las Empresas Sociales del Estado es el derecho privado, salvo las cláusulas excepcionales. Por lo que su observación resulta improcedente la observación, ya que a la Empresa Social del Estado no le es aplicable las disposiciones de la Ley 80 de 1993 descritas en el oficio.

Por lo anterior la entidad NO da por aceptada las observaciones y procede con lo definido en el proceso de selección.

Atentamente



OLGA CECILIA MEJÍA JARAMILLO
Directora Administrativa
ESE METROSALUD

Proyectó: Lina M.