



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

OJ - 00389 - 21

Bogotá, D.C., abril de 2021

PARA : **MARTHA CECILIA VALDÉS CRUZ**
Jefe Red de Datos UDNET

DE : **FERNANDO ANTONIO TORRES GÓMEZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

REFERENCIA: Cambio de referencia de equipos.

Asunto: Concepto jurídico

Respetada Doctora:

En atención a la solicitud realizada por la Jefe de la Red de Datos UDNET donde manifiesta que dentro de la ejecución del contrato de compraventa No. 1660 de 2020, el contratista está teniendo dificultades para cumplir con lo ofertado por la situación del mercado, razón por la cual pide autorización para entregar una referencia de monitores distinta a la ofertada en el proceso de selección por subasta inversa presencial No. 001 de 2020. Al respecto la Oficina Asesora Jurídica se pronuncia con el fin de aclarar las alternativas con las que cuenta el contratista para garantizar una correcta ejecución del contrato.

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Puede el supervisor aceptar que el contratista cambie las referencias de los ítems ofertados en un proceso de selección, durante la ejecución del contrato?

II. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

- ✓ *Ley 80 de 1993*
- ✓ Acuerdo 03 de marzo 11 de 2015 del Consejo Superior, "*Por el cual se expide el Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas*"



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

✓ Resolución de Rectoría 262 de junio 11 de 2015, "Por medio de la cual se reglamenta el Acuerdo 03 de 2015, Estatuto de Contratación de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y se dictan otras disposiciones"

✓ Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

✓ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Número de Radicación: 25000 23 31 000 2005 01178 01 (40.660)
https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2015/CE%20SIII%20E%2040660%20DE%202015/CE%20SIII%20E%20%2040660%20DE%202015_ORIGINAL.pdf

III. ANTECEDENTES

La presente solicitud de concepto radicada a la oficina asesora jurídica es sustentada en los siguientes hechos aportados por el área técnica:

1. *“La empresa SUMIMAS S.A.S., ganadora del proceso de subasta inversa presencial N° 001 de 2020 en fecha 9 de diciembre de 2020, y quien firma el contrato de compraventa N° 1660 de 2020, en comunicación del 15 de marzo de 2021, informa a la supervisión sobre las dificultades que presenta actualmente el mercado de tecnología, lo cual está afectando la ejecución del contrato en mención, puesto que no hay disponibles monitores de la marca de equipos que ofertaron.*
2. *En este sentido, la empresa propone la entrega de los computadores de escritorio tipo SFF (Tipo 2 y Tipo 3). Para un total de 304 equipos con monitores marca LG en reemplazo de monitores marca HP.*
3. *La segunda alternativa ofrecida por el contratista es entregar una referencia de monitores distinta de la misma marca, teniendo en cuenta que no hay existencias de la ofertada inicialmente.*

IV. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

En concordancia con los hechos anteriormente relacionados, el peticionario solicita concepto de la de la Oficina Asesora Jurídica, en cuanto si al recibir dichos monitores se presenta algún inconveniente teniendo en cuenta que hay un cambio con respecto a la oferta ganadora.

Según lo anterior, la oficina asesora jurídica frente a la solicitud se permite pronunciarse en los siguientes términos:

Los pliegos de condiciones contienen las reglas que rigen el Proceso de Contratación en aspectos tales como establecer los requisitos de participación de los oferentes, así como los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas que permitan la escogencia de la mejor oferta para la Entidad Estatal; por tanto, es el reglamento del Proceso de Contratación.



**UNIVERSIDAD DISTRICTAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**
Oficina Asesora Jurídica

Las Entidades Estatales son autónomas en la elaboración y diseño de sus Procesos de Contratación, y por lo tanto son las responsables de determinar los requisitos que permitirán escoger la oferta más favorable, teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección.

En ese orden de ideas, estos requisitos deben ser establecidos en el Pliego de Condiciones o invitación pública, pues es allí donde se fijan las reglas a las que se deben sujetar los interesados en participar, por lo que tanto proponentes como Entidades Estatales deben ceñirse a su contenido ya que es obligatorio y vinculante para las partes.

La Ley 80 de 1993 señala que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

Por otro lado, es relevante mencionar que las Entidades Estatales al momento de elaborar los estudios previos de sus Procesos de Contratación deben establecer las condiciones técnicas que deben cumplir los bienes, obras y servicios que pretende adquirir.

El establecimiento de condiciones técnicas por regla general no puede implicar la exigencia de marcas particulares dentro de un Proceso de Contratación, pues de lo contrario se vulneraría el principio de transparencia, selección objetiva y el derecho a la competencia al impedir que los proponentes que fabrican o comercializan productos de otras marcas, puedan concurrir a presentar sus ofertas al Proceso de Contratación.

Lo anterior no significa que la Entidad Estatal no pueda establecer en los Documentos del Proceso condiciones técnicas que aseguren la eficacia de los bienes, obras o servicios objeto del Proceso de Contratación y que al momento de recibir estos bienes, obras o servicios la Entidad Estatal verifique el cumplimiento de las condiciones técnicas requeridas para poder satisfacer de manera apropiada su necesidad, puesto que es un deber de la misma.

El parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, establece que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente no necesarias para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las Entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación, o en caso de subasta hasta antes de su inicio.

Al respecto, el Consejo de Estado (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero. Radicado No 13001 – 23 – 31 – 000 – 1999 – 00113 – 01 (25.804). 26 de febrero de 2014.) ha señalado que *“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*



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Oficina Asesora Jurídica**

después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.”

En el mismo sentido esta corporación sostiene “que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo, la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje.”

Así mismo, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-, mediante Circular Externa Única, establece que las Entidades Públicas 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 pueden subsanar dichos requisitos hasta antes del inicio de la misma.

Ahora bien, en los procesos de selección que se adelantan por el mecanismo de subasta inversa, en los cuales no existe asignación de puntaje, la oferta debe acreditar la capacidad del interesado en participar en el Proceso de Contratación, y acreditar el cumplimiento de la ficha técnica de acuerdo con lo exigido en el pliego de condiciones.

La oferta presentada en un Proceso de Contratación bajo la modalidad de Selección Abreviada por Subasta Inversa debe cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, incluyendo los requerimientos técnicos de la propuesta (especificaciones de los bienes y servicios por adquirir) y la oferta económica para definir el precio del futuro contratante que permiten establecer el orden de elegibilidad de los oferentes.

En ese sentido, La ficha técnica contiene las características del bien o servicio establecidas como requisitos sustanciales y esenciales en el pliego de condiciones por la Entidad Estatal, que, aunque no otorga puntaje si constituye un requisito esencial para la comparación de ofertas.

Entonces, en la medida en que la ficha técnica contiene las características del bien o servicio establecidas por la Entidad Estatal, éste requisito no puede subsanarse y o modificarse ya sea en el proceso o en la ejecución del contrato, bajo el entendido que la ficha si constituye un requisito necesario para la comparación de ofertas y hace parte integral del contrato.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se concluye que el supervisor no puede aceptar que hayan cambios sustanciales a la ficha técnica, teniendo en cuenta que esta es el sustento principal que garantiza que la necesidad de la entidad se satisfaga, por lo tanto, en cumplimiento de lo establecido en los documentos del proceso que forman parte integral del contrato, los equipos que deberá entregar el contratista, deben contar con unidad de marca, de tal manera que no resulta viable aceptar monitores de una marca distinta.



**UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS**
Oficina Asesora Jurídica

Adicionalmente, teniendo en cuenta que nadie está obligado a lo imposible, si el contratista demuestra que las referencias ofertadas no se encuentran disponibles, el supervisor podrá emitir concepto técnico para recibir una referencia distinta del equipo, siempre y cuando esta cumpla con las condiciones establecidas en la ficha técnica del contrato en iguales o mejores calidades.

Sin otro particular,

FERNANDO ANTONIO TORRES GÓMEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FUNCIONARIO O ASESOR	NOMBRE	FIRMA
Proyectó	Tatiana Montoya Polanco – Contratista OAJ	