

OBSERVANTE: GLOBALEM S.A.S.

FECHA, Y MEDIO DE PRESENTACIÓN DE LA OBSERVACIÓN: 30 de junio de 2021 a través del correo electrónico contratacionfenoge@minenergia.gov.co

Observación No. 1:

“El argumento del FENOGGE de abrir las ofertas contradiciendo las reglas de participación, estaría invalidando los artículos del Manual de Contratación del FENOGGE y vulnerando la transparencia citada en el artículo 209 de la constitución política de Colombia bajo la cual cubre el régimen de contratación especial del FENOGGE.

En tal sentido, el FENOGGE está incurriendo en un claro conflicto de transparencia del proceso. Pues no se debieron abrir las propuestas cuando las reglas de participación eran claras. Es decir, el FENOGGE modificó las reglas posterior a la fecha del cierre del proceso, vulnerando la transparencia, imparcialidad, y gestión transparente que argumenta el FENOGGE en su política.

Por ende, para garantizar un proceso imparcial y transparente, se solicita que el FENOGGE mantenga las reglas de participación iniciales o de lo contrario, argumentar la validez jurídica de cambiar las reglas de participación posterior a la fecha de cierre e invalidar el manual de contratación de la entidad.

Las reglas de transparencia se establecieron para evitar la posible entrega de información confidencial a otros proponentes. Es decir, cualquier archivo sin clave puede utilizarse para entregar información que mejore la oferta de los otros proponentes, dándole una ventaja en puntos y poniendo a otros proponentes en desventaja. Aceptar el que las reglas de participación no hacen parte de las causales de rechazo, y por lo tanto no son válidas, no solo invalida todas las reglas, pero además estarían abriendo el camino para que se le pueda entregar información que mejore la oferta de un proponente con respecto al otro, lo cual vulnera cualquier derecho de imparcialidad y transparencia.”

Respuesta a observación No. 1:

En desarrollo de la Invitación Cerrada No. 01 de 2021, el FENOGGE emitió el documento denominado **“PROTOCOLO PARA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS Y SUBSANACIONES EN PROCESOS DE SELECCIÓN COMPETITIVOS POR INVITACIÓN ABIERTA O CERRADA EN EL FONDO DE ENERGÍAS NO CONVENCIONALES Y GESTIÓN EFICIENTE DE LA ENERGÍA – FENOGGE”** (en adelante “Protocolo de presentación de ofertas”) el cual indicó en su numeral 9, que los archivos remitidos en PDF debían estar bloqueados con una contraseña para el acceso respectivo¹ y en caso de no encontrarse de esta forma, no se daría apertura a las mismas.

Ahora bien, en desarrollo del presente trámite, se recibieron dos propuestas cuyos archivos no se encontraban totalmente bloqueados (Saufier soluciones limitada PDF 2 Requisitos Habilitantes y Fusión Latam Colombia S.A.S) lo que llevó al FENOGGE a verificar el contenido de los documentos previos, entre ellos, los términos y condiciones proyectados, encontrando que no existe una causal de rechazo expresamente señalada, que permita no tener en cuenta o “rechazar” una oferta ante la no inclusión de una contraseña en los documentos remitidos, lo que puede entenderse como un requisito de forma y no de fondo. Así, en cumplimiento de los principios de la función administrativa, el FENOGGE procedió a pesar de lo establecido en el Protocolo de presentación de ofertas, a dar apertura a los documentos que no contenían clave.

En lo que tiene que ver con la transparencia, se aclara que contrario a lo manifestado por el proponente observante, con el fin de garantizar precisamente el principio de transparencia, el FENOGGE realizó la audiencia de cierre en presencia de los interesados y de esta manera en tiempo real, mostró y verificó el contenido de cada una de las ofertas remitidas, lo anterior se realizó directamente desde el correo electrónico dispuesto para la recepción de

ofertas (Contratacionfenoge@minenergia.gov.co), verificando la cantidad de páginas por cada uno de los archivos remitidos en la presente convocatoria.

Así mismo, desde el mismo correo electrónico dispuesto por el FENOGE, se verificó en presencia de los proponentes la trazabilidad de los documentos remitidos, evidenciando el tratamiento que se dio a la información, aclarando que de acuerdo con esto es evidente que no es posible que haya podido ser compartida con externos u otros oferentes; adicional a ello, el acceso a dicho correo electrónico es restringido.

Finalmente se aclara que de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado² y los conceptos emitidos por la Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente³, el criterio teleológico es el principal instrumento para interpretar el pliego de condiciones (en este caso los términos y condiciones del proceso de selección) puesto que el comprador (en esta caso el FENOGE) puede, ante la advertencia de **un vacío** o de **una contradicción**, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público, en este caso, el vacío o contradicción existente entre el Protocolo de Presentación de Ofertas (Que indicaba la no apertura de las ofertas sin contraseña) y las causales de rechazo (Que no contemplaba el rechazo de la oferta que no tuviese contraseña), se resuelve entonces en favor de los oferentes, a quienes no podría vulnerárseles el derecho de que su propuesta sea evaluada en condiciones de igualdad.

Adicionalmente y como se explicó con anterioridad, aplicando el criterio teleológico, se evidencia que la finalidad de incluir clave en los documentos corresponde a que no pudiese existir una alteración de tal documentación, por lo que el FENOGE procuró por que en la audiencia de cierre se abrieran todos los documentos y se incluyeran la cantidad de páginas correspondientes en presencia de todos tal y como constan en la grabación respectiva.

Así las cosas, el FENOGE evaluó las ofertas de conformidad con las condiciones establecidas, garantizando como se ha mencionado, la transparencia, publicidad y responsabilidad en cada una de las etapas del procedimiento descrito.

Para su conocimiento, se publica el siete (07) de julio de 2021.

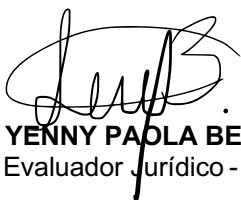
Atentamente,



DAVID ARCE
Evaluador Técnico - Equipo Ejecutor FENOGE



DANIEL PATIÑO WOODCOCK
Evaluador Financiero - Equipo Ejecutor FENOGE



YENNY PAOLA BETANCOURT ROJAS
Evaluador Jurídico - Equipo Ejecutor FENOGE