

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC.
FIDUCIARIA POPULAR S.A**

PROGRAMA: AT FUNTIC – VENDE DIGITAL 2022

CONVOCATORIA No. PAF-FUNTICVD-C-005-2022

OBJETO: “LA CONTRATACIÓN DE HASTA DOS (2) OPERADORES PARA FORMULAR, EJECUTAR Y REALIZAR EL SEGUIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA QUE LES PERMITA A COMERCIANTES Y/O MIPYMES COLOMBIANAS DE DIFERENTES SECTORES ECONÓMICOS, LA SENSIBILIZACIÓN Y CAPACITACIÓN VIRTUAL PARA LA CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE TIENDAS VIRTUALES QUE LES PERMITA HACER VISIBLES SUS NEGOCIOS EN EL ECOSISTEMA DIGITAL E INCREMENTAR SUS VENTAS MEDIANTE EL COMERCIO ELECTRÓNICO E INCREMENTO DE TRANSACCIONES DIGITALES”.

RESPUESTA OBSERVACION AL ALCANCE DEL INFORME DE EVALUACIÓN ECONOMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD)

Una vez publicado el Alcance al Informe de Evaluación Económica y Asignación de Puntaje (Orden de elegibilidad), establecido en el numeral 1.30, del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia, se recibió una observación frente a la cual se dará respuesta, en los siguientes términos:

INTERESADOS:

OBSERVACIÓN No. 1

OBSERVACIÓN No. 1

El suscrito, en mi calidad de representante legal de la **UNIÓN TEMPORAL VECI SHOPS** (en adelante la UT), dentro del término definido por ustedes, presento las siguientes observaciones al documento denominado **“Alcance al Informe de Evaluación Económica y Asignación de Puntaje (Orden de Elegibilidad) de fecha 30 de marzo de 2022”** a efectos de que el comité evaluador corrija el error que este documento incluyó, inducido por una observación infundada realizada por parte del oferente **DU BRANDS S.A.S.**, que sustentamos fáctica y jurídicamente en los siguientes términos:

1. El marco legal que fundamenta y rige la Convocatoria No. PAF-FUNTICVD-C-005-2022, ordena que a FINDETER y al comité evaluador les son aplicables los principios de la función administrativa, particularmente los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, transparencia y responsabilidad.
2. Sobre la base de que los términos y condiciones de la convocatoria son vinculantes, estos taxativamente ordenan en el numeral 11 denominado **EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES** lo siguiente:

“...La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanción, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista. (Subrayado fuera de texto)”

La entidad descontará VEINTE (20) puntos al proponente por CADA declaratoria de incumplimiento, terminación unilateral declarada dentro de los CINCO (5) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista. (Subrayado fuera de texto)”

Para el caso de uniones temporales y consorcios este descuento se efectuará por CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanciones; o declaración de incumplimiento,”

(...)

Se informa que, dada la extensión de la observación presentada en un total de quince (15) folios, está, al igual que todas las observaciones presentadas al proceso de selección será publicitada en la página web de la Entidad.

RESPUESTA:

Una vez analizada su observación, le informamos que la misma no es procedente, bajo los siguientes argumentos:

1. Tal como lo indicó en su observación y de conformidad con lo establecido en el numeral 1.3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE de los términos de referencia, *“La presente convocatoria está sometida a la legislación y jurisdicción colombiana y se rige por las normas de derecho privado contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia. Por tanto, los términos de referencia y en general los documentos que se profieran en el proceso, se sujetaran a las precitadas normas.”*

Es preciso indicar que, en el proceso del asunto, la contratante es sujeto de derecho privado, como bien lo indica en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia “REGIMEN JURIDICO APLICABLE”.

Por lo anterior, la Contratante bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, en ejercicio de su facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar, fija para cada convocatoria las reglas y define los parámetros de selección, dado que su actividad contractual se orienta por los principios de la administración pública (Artículo 209 Superior), esto es, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y de la Gestión Fiscal (Artículo 267 Superior) .

2. De conformidad con lo indicado en su observación es cierto que, los términos de referencia en el numeral 11 EVALUACION FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES contempla los descuentos aplicables a las ofertas económicas cuando a ello haya lugar.
3. Con la documentación aportada en la observación presentada por DUBRAND S.A.S. y la verificación realizada a la misma, se evidencia un INCUMPLIMIENTO en los contratos celebrados por la empresa GEELBE COLOMBIA SAS ahora MARKETPLACE COLOMBIA S.A.S. identificado con NIT 900.343.822-4, a modo de ejemplo la sentencia 10202 de 28 de octubre de 2020 indica en sus consideraciones que:

*“(…) lo cierto es que dentro de los hechos constitutivos de vulneración se vislumbra que en el presente caso objeto de litigio, **existió un incumplimiento por la no entrega del bien adquirido dentro de las fechas pactadas por las partes,** motivo por el cual el presente caso se analiza de conformidad con el numeral 6 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011. (…)”* negrilla y subrayado fuera del texto original.

Ahora bien, es preciso indicar que, los términos de referencia contemplan los eventos bajo los cuales se realiza el descuento de puntaje y en relación con las declaratorias de incumplimiento no se hace referencia a que las sanciones sean las contempladas exclusivamente en el estatuto general de la contratación pública, por lo anterior la Entidad debe tener en cuenta cualquier tipo de incumplimiento contractual, el cual se constituye en el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación del factor de descuento.

4. A. Frente a lo señalado, se aclara que los contratos electrónicos Empresa-Consumidor o B2C (Business to Consumer) son aquellas transacciones por internet realizadas entre compañías en donde se evidencian elementos como la oferta y aceptación electrónicas. Los B2C hacen parte de los contratos por adhesión definido por el estatuto del consumidor como “Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas entre los cuales se pueden nombrar los clickwrap, (El click-wrap agreement es un “acuerdo realizado antes o en el momento de la compra en el sitio web).

El clickwrap se formaliza cuando el COMPRADOR, en la plataforma de comercio electrónico proporcionada, da click en el botón “Estoy de acuerdo” aceptando y manifestando su CONSENTIMIENTO a los términos y condiciones establecidos.

Por lo tanto, para la formación de un contrato en materia de comercio electrónico se requiere una oferta y una aceptación las cuales se pueden expresar por medio de un mensaje de datos, conforme al artículo 14 de la Ley 527 (1999). De otra parte, el consentimiento por medio electrónico al ser un concurso de voluntades goza de efecto jurídico y fuerza obligatoria y perfectamente válido y eficaz para el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas.

En virtud de lo dispuesto, se evidencia la relación contractual entre el VENDEDOR GEELBE y los compradores, pues se trata de un contrato bilateral a través de una plataforma de comercio electrónico en donde se configuran los elementos esenciales del contrato establecidos en el código civil.

B. Si bien las sentencias analizadas no indican en la parte resolutoria de forma explícita el incumplimiento, en las consideraciones y parte motiva determinan que GEELBE COLOMBIA S.A.S. incumplió los contratos y por ello se les ordena la restitución del dinero a favor del comprador.

Ahora bien, la competencia para la declaratoria de incumplimiento de contrato por parte de la superintendencia de industria y comercio en ejercicio de la acción de protección al consumidor se encuentra regulada por el Estatuto de Protección al Consumidor -Ley 1480 de 2011-, vigente a partir de abril de 2012.

La acción mencionada es un mecanismo jurisdiccional mediante el cual los consumidores tienen la oportunidad de acceder a los jueces o a la Superintendencia de Industria y Comercio en uso de facultades jurisdiccionales para que decidan sobre reclamos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor, y procede en los siguientes eventos:

- reclamos por violación directa de normas sobre protección a consumidores y usuarios.
- reclamos orientados a lograr que se haga efectiva una garantía;
- reclamos encaminados a obtener la indemnización de perjuicios en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien.
- solicitar indemnización de daños y perjuicios derivados de la publicidad o información engañosa.
- reclamos originados en la aplicación de las normas de protección contractual establecidas en el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor

La decisión definitiva resuelve sobre las pretensiones según lo probado en el proceso. El Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio tendrán plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita. Si la decisión es favorable al consumidor, se podrá imponer al productor o proveedor que no haya cumplido

con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. Si la orden impartida en la sentencia, conciliación o transacción no es cumplida, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer multa sucesiva equivalente a la séptima parte de un salario mínimo mensual legal por cada día de retardo, o decretar el cierre temporal del establecimiento.

En concordancia con lo anterior, es importante indicar lo señalado por el Artículo 56 inciso tercero (3) del estatuto del consumidor:

“(...) 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

Parágrafo.

La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley.”

Para llevar a cabo dichas acciones jurisdiccionales se deberá contemplar el procedimiento indicado en el Art 58 en donde “Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:

- 1. La Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez competente conocerán a prevención. La Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia en todo el territorio nacional y reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio.*
- 2. Será también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo. Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio deba conocer de un asunto en un lugar donde no tenga oficina, podrá delegar a un funcionario de la entidad, utilizar medios técnicos para la realización de las diligencias y audiencias o comisionar a un juez.*
- 3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato, En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía (...)”*

Por lo anterior no hay duda de que las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las acciones de protección al consumidor instauradas en contra de GEELBE

COLOMBIA S.A.S. son sentencias que se adecuan a la definición establecida en el artículo 280 del Código General del Proceso.

5. En estricto sentido y de conformidad con los hechos probados en los procedimientos llevados a cabo por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, GEELBE COLOMBIA S.A.S. incumplió los contratos toda vez que no entregó en debida forma los bienes adquiridos por los compradores, razón por la cual se ordenó la restitución del dinero.
6. Respecto del argumento relacionado con el archivo de los procesos relacionados en la observación, es necesario tener en cuenta que dicha declaratoria no desconoce el incumplimiento y de hecho afirma que el demandando restableció los derechos del consumidor afectado.

De la misma manera, en el archivo de la Sentencia Nro. 10202 del 28 de octubre de 2020 y Sentencia Nro.15921 de 29 de noviembre de 2019 se indica

“(…) De acuerdo a lo anterior, vencido el termino concedido y verificando el expediente, no se encuentra respuesta alguna que informe al despacho lo solicitado mediante Auto No 117606 del 29 de septiembre de 2021, por lo tanto, este despacho no encuentra merito **para continuar con el trámite sancionatorio derivado del numeral 11 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011** (…)” negrilla y subrayado fuera del texto

En el presente caso no se puede desconocer que el proceso de selección pretende que los operadores cuenten con la experiencia y la idoneidad para la ejecución del contrato garantizando la calidad de los productos y minimizando los riesgos asociados a la ejecución.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el objeto de la presente convocatoria contempla la creación y puesta en marcha de tiendas virtuales, resulta imperioso para la Entidad tener en cuenta las sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio como Entidad competente, toda vez que dentro de los fines que busca la Entidad en el proceso que nos ocupa, es generar ventas a través de las plataformas de comercio electrónico dispuestas por los operadores.

Por ello, la Entidad es rigurosa en la verificación de las sanciones que hayan sido impuesta a los oferentes, las cuales deben estar debidamente soportadas garantizando los principios de la contratación y de la función administrativa. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos según los cuales no se debe tener en cuenta las sentencias de la superintendencia de Industria y Comercio por cuanto no declaran un incumplimiento o porque este no haya sido declarado por una Entidad Estatal en el marco de la ejecución de un contrato público, ya que como se indicó anteriormente, el integrante de la Unión Temporal MARKETPLACE COLOMBIA S.A.S antes GEELBE COLOMBIA S.A.S. no dio cumplimiento a los contratos ni las condiciones establecidas en el mismo y esto son hechos probados en los procedimientos adelantados por la Superintendencia en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

OBSERVACIÓN No.2**OBSERVACIÓN No. 2**

El suscrito, en mi calidad de Representante legal de la UNIÓN TEMPORAL VECI SHOPS conformada por las empresas VIVE TRAVEL S.A.S. de NIT 900.350.479-1, CONEXRED S.A.S. de NIT 830.513.238-9 y MARKETPLACE COLOMBIA S.A.S. de NIT 900.343.822-4, me permito observar que las propuestas económicas de los proponentes citados en el asunto de este escrito para los grupos 1 y 2 **NO CUMPLEN** con la nota 5 del Formato 4 (propuesta económica), por lo que dichas propuestas deben ser rechazadas, en virtud de lo que se sustenta a continuación:

PRIMERO. es relevante revisar el procedimiento, alcances y forma de presentación contemplado en los Términos de Referencia de la convocatoria PAF-FUNTICVD-C-005-2022 para la presentación de la oferta económica de la convocatoria:

A. Reglas del pliego respecto a la propuesta económica

- a. El numeral 1.13.2. "Sobre No. 2 propuesta económica" (página 69) señala:

*"Deberá contener única y exclusivamente la propuesta económica (Formato 4), en medio PDF debidamente foliado de manera consecutiva ascendente y en Excel. **La información consignada debe corresponder con la información solicitada.** Para cada grupo al cual presente oferta, deberá aportarse individualmente la propuesta económica..." (Resaltado en negrilla y subrayado fuera de texto original)*

- b. El Formato 4 contempló inicialmente 5 notas en las cuales se expresaban las instrucciones a los proponentes para su diligenciamiento, las cuales se enuncian a continuación:

"Nota 1: Todos los valores contenidos en la oferta económica (valor de la fase, valor de la actividad, valor total o valores resultantes de las operaciones aritméticas a que haya lugar) deberán estar ajustado al peso. En caso que

Se informa que, dada la extensión de la observación presentada en un total de catorce (14) folios, está, al igual que todas las observaciones presentadas al proceso de selección será publicitada en la página web de la Entidad.

RESPUESTA:

Se aclara al proponente que la causal de rechazo indicada en su observación: (...) 1.37.23 *Cuando la propuesta económica sea parcial, alternativa, condicionada, ilegible, o cuando su contenido no tenga el alcance mínimo requerido en los documentos del proceso (...)* no es aplicable a las propuestas económicas presentadas por los proponentes CONSORCIO ESTRATEGIA ECOMMERCE 2022, LINKTIC SAS, DU BRANDS SAS toda vez que las mismas contemplan el alcance mínimo requerido en los documentos del proceso, al incluir de manera correcta cada uno de los valores requeridos en el formato No 4 publicado por la entidad, aclarando que el hecho de no incluir una columna adicional indicando de manera explícita la tarifa de IVA aplicable, no quiere decir que los totales indicados en cada una de las ofertas no incluyeran el valor del IVA.

Ahora bien, esta situación no se encuentra contemplada como causal de rechazo en los términos de referencia de la convocatoria toda vez que como se indicó anteriormente y como se evidencia en las ofertas publicadas por la entidad, los oferentes si calcularon el IVA en los ítems que así lo requerían, y el rechazo únicamente aplica en los casos en que el proponente **no incluya el IVA** en la oferta económica tal como lo indican los términos de referencia en el numeral 3.1.1. **INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD): (...)** 7. *Revisión del IVA: El oferente debe indicar en su oferta*

económica la tarifa del IVA aplicable al objeto contractual. En caso de no indicarla o en caso de indicarla en un porcentaje diferente a la tarifa legal, su oferta será rechazada (...)”. Lo anterior fue revisado y corroborado por el comité evaluador en la verificación de las ofertas económicas tal como se estableció en el informe correspondiente, evidenciando que tras efectuar las operaciones aritméticas para llegar a los valores totales que incluyen el IVA, no existieron correcciones aritméticas ni ajustes por redondeo que llevaran a cuestionamientos frente a que la tarifa del IVA estuviera incorrectamente aplicada.

De otro lado, es igual de importante aclarar que, tal como lo indican los términos de referencia en el numeral 1.14 *REGLAS PARA LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS*, en su numeral 1.14.8: (...) *En caso de discrepancias entre la propuesta económica y/o presupuesto en formato Excel y PDF, prevalece el contenido del archivo en PDF. El formato en Excel se considera únicamente como una herramienta de trabajo para los evaluadores (...)*, el evaluador en uso de la herramienta de trabajo correspondiente al formato de Excel, verificó que todos los proponentes observados indicaron en las fórmulas aplicadas para llegar a los valores totales, la tarifa del IVA aplicable conforme lo indicado en los términos de referencia y acorde a la tarifa legal.

Así las cosas, no es correcto afirmar que las ofertas económicas observadas no contemplaron el cálculo del IVA en los ítems que así lo requerían; por lo tanto, se mantiene lo establecido en el alcance al informe de evaluación económica publicado en la convocatoria el pasado 30 de marzo de 2022.

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC.
FIDUCIARIA POPULAR S.A**