

RESOLUCIÓN N° 122 - 2016
(30 de marzo de 2016)

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 108 del 14 de Marzo de 2016"

EL GERENTE DE RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA -RTVC

En ejercicio de sus facultades legales especialmente las conferidas por el Decreto N° 1222 de 2015, por medio del cual se nombra como Gerente de RTVC, debidamente posesionado mediante Acta N° 2064 del 9 de junio de 2015, y en especial en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes y

CONSIDERACIONES GENERALES

Que mediante Resolución No. 081 del 26 de Febrero de 2016, se dio apertura a la Invitación Cerrada No.02 de 2016.

Que el día 01 de marzo de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de aclaración de las reglas de participación de la Invitación Cerrada, siendo atendidas todas las observaciones presentadas por los interesados con ocasión de la misma, como consta en los documentos publicados en la página web de la Entidad

Que de conformidad con la fecha señalada en el cronograma de actividades, los interesados en esta convocatoria presentaron observaciones durante el plazo fijado por la Entidad e igualmente de forma extemporánea, las cuales fueron respondidas en su totalidad en los documentos que se encuentran publicados en la página web de la entidad.

Que en cumplimiento del cronograma de actividades de la invitación Cerrada No. 02 de 2016, el día 09 de marzo de 2016 a las 10:00 a.m. en las instalaciones de Radio Televisión Nacional de Colombia se llevó a cabo la diligencia de presentación de propuestas y cierre del proceso, a la cual se hizo presente la Union Temporal BTV-BANSAT-TVPRENSA interesada en participar, como consta en acta de la diligencia publicada en la página web de la Entidad www.rtv.gov.co y en los soportes de la misma, dejándose constancia de este hecho, así como de la apertura de sobres contentivos de la propuesta presentada.

Que la Union Temporal BTV-BANSAT-TVPRENSA, se encuentra constituida por las personas jurídicas BANSAT S.A.S y TV PRENSA S.A., en cuyo caso como se puede establecer con el listado de invitados a la invitación cerrada No 02 de 2016, TV PRENSA S.A no hace parte del grupo de eventuales proponentes invitados a participar dentro del proceso, por cuanto a la fecha de apertura del mismo y a la fecha de publicación de las reglas de participación, este no contaba con el Registro que lo habilitaba como Proveedor Satelital expedido por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; por lo cual RTVC no acepta la conformación de la unión temporal BTV BANSAT-TVPRENSA, que se presentó a la Invitación Abierta 02 de 2016, generando el rechazo de la propuesta por parte de RTVC.

Que mediante resolución 108 del 14 de marzo de 2016, debidamente motivada se resolvió declarar desierto el proceso de Invitación Cerrada N° 02 de 2016, cuyo objeto es, *"Contratar el segmento satelital en banda C necesario para el transporte y la contribución de las señales de los contenidos públicos a través del satélite SES-6"*.

Que el 29 de marzo de 2016, Alvaro Augusto Sandoval Romero, en representación de la Union Temporal BTV BANSAT-TVPRENSA, presento recurso de reposición al contenido de la Resolución 108 del 14 de marzo de 2016, en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

El 26 de Febrero por medio de Resolución 081 de 2016 Radio Televisión Nacional de Colombia -RTVC- ordeno la apertura de la invitación cerrada N° 02 de 2016 con el objeto de contratar el segmento satelital



1

C necesario para el transporte y a la contribución de señales de los contenidos públicos a través del satélite SES-6. Dicha invitación se produce como consecuencia de la declaratoria de desierta de la Invitación abierta N° 01 de 2016 debido a la ausencia total de proponentes derivada del cambio sustancial a las reglas de participación que la entidad introdujo a través de la adenda 01, en la cual adiciono la obligación de registro para cada miembro de los proponentes plurales, desconociendo así la naturaleza jurídica de dichas asociaciones plurales y cercenando la posibilidad de participación de aquellas empresas como lo fue TV PRENSA S.A que unieron esfuerzos con otras sociedades para hacer parte de esta invitación.

RTVC ha reconocido la importancia en el sector de las telecomunicaciones y en la prestación del servicio a contratar de TV PRENSA S.A al punto de extenderle invitación a cotizar en la etapa de estudios previos para la fijación del presupuesto en este proceso, por lo que resulta incoherente que RTVC acuda a esta compañía desde la instancia inicial del proceso de la contratación que no ocupa y posteriormente dentro del transcurso del mismo determine que TV PRENSA S.A no cumple con los requerimientos de la entidad; requerimientos que no se contemplaron en la etapa de estudios previos y que por lo tanto no resultaban determinantes para la contratación, que además se adicionaron con posterioridad sin un soporte jurídico lo suficientemente sólido, que llevo a que se controversiaran en las diferentes instancias del proceso de contratación, recibiendo respuestas basadas en una interpretación de la normatividad subjetiva que da como resultado el desconocimiento del derecho de participación que le asiste a cualquier empresa privada en los procesos de contratación pública.

El día 01 de marzo de 2016 se llevo a cabo la audiencia de aclaración a las reglas de participación dentro de la cual los representantes de TVPRENSA S.A y BANSAT S.A.S, realizaron una serie de preguntas encaminadas a la extensión de la invitación a la sociedad TV PRENSA S.A, que para la fecha cumplía a cabalidad con los requisitos para ser invitado a prestar el servicio requerido, al punto de proponer la renuncia de BANSAT S.A.S a la invitación a fin de ceder su lugar a su empresa matriz TV PRENSA S.A todo lo cual quedo consignado en el video de dicha audiencia que hace parte integral del proceso de la invitación Cerrada N° 02 de 2016 y en el cual es indudable tal y como se detallo a través del derecho de petición radicado a la entidad con fecha 08 de marzo de 2016, que la entidad acepto la participación de TV PRENSA S.A al considerar como único impedimento el registro el cual se aportó en el término previsto (antes del cierre), resaltándose además el error de la entidad que faltó a su obligación de dar respuesta a la totalidad de las observaciones planteadas durante el proceso de la renuncia de BANSAT S.A.S a la invitación para así habilitar a TV PRENSA S.A.

El día 14 de marzo de 2016 RTVC emitió la resolución 108 de 2016 por medio de la cual declaro desierta la invitación y puntualmente rechaza la propuesta de la Union Temporal BTV BANSAT-TVPRENSA al considerar que TVPRENSA S.A no hacia parte del grupo de invitados relacionados en las reglas de participación, desconociendo así todo establecido en la audiencia de aclaración que quedo deslegitimada por completo con el posterior escrito de respuesta a observaciones, en el que la entidad de manera arbitraria modifica las respuestas dadas en audiencia desvirtuando lo ya dicho por su representante el doctor Juan Pablo Estrada.

Con relación a la motivación de la resolución objeto del recurso, yerra la entidad en cuanto no esgrime una argumentación motivada que sustente su decisión en pro de la aplicación de los principios de selección objetiva y pluralidad que rigen la contratación pública, desconociendo además su propio criterio como quedo demostrado con la transcripción de lo dicho en la audiencia de aclaración a las reglas de participación. RTVC al declarar desierta la invitación desconoce abiertamente el principio de selección objetiva pues otorga primacía a una aparente formalidad subsanable como lo fue el registro de proveedor de capacidad satelital de TV PRENSA, que se allegó el 04 de marzo, que a la escogencia de la mejor oferta para la entidad, desconociendo entre otras cosas que TV PRENSA individualmente o en figura asociativa con BANSAT cumple a cabalidad con todos los requisitos como se demuestra con los documentos entregados con la oferta a la invitación cerrada 02 de 2016.

Es inaceptable que la entidad emita un acto administrativo contrario a los fines del estado y a los principios de la contratación pública, sesgando un proceso de selección por una mera formalidad que fue

subsanada, mas aun tratansose del único proponente cuya propuesta favorece a la entidad al encontrarse ajustada al presupuesto y al cumplimiento de los requisitos exigidos para garantizar la prestación de un servicio optimo, por lo que no se compadece el argumento expresado para rechazar la oferta presentada en un tiempo y modo correcto, con lo expresado en el Manual de Contratacion de RTVC. La generación de la lista de invitados a la presentación de las ofertas es un requisito plenamente subsanable, donde en nada se afectan, ni en derechos de terceros, ni se viola principio alguno de transparencia o legalidad. Todo lo contrario, es plenamente habilitante y subsanable, tal como lo expreso el delegado de RTVC cuando informo que la importancia y esencia de la desición estaria ligada a que antes de la escogencia estuvieran en la lista del Mintic, condición que los habilitaria automáticamente.

Renunciamos a términos en consideración a su amable respuesta, todo ello bajo la óptica de la importancia y eficiencia en la prestación del servicio que se requiere contratar.

CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

En los términos del artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, procede la entidad a resolver recurso de reposición así:

En cuanto al argumento del recurrente mediante el cual se hace referencia a las decisiones de carácter técnico y jurídico que se tomaron en la invitación abierta 01 de 2016, RTVC manifiesta que solo se trata de apreciaciones subjetivas del recurrente, que no guardan relación con la realidad del proceso ni cuentan con soporte probatorio, razón por la cual no son de recibo dichas afirmaciones.

En consideración al segundo argumento del recurrente, es preciso establecer que como Empresa Industrial y Comercial del Estado, en orden de satisfacer las necesidades de bienes o servicios con las cuales cuenta RTVC, se debe adelantar un análisis económico previo que permita establecer la oferta y la demanda del bien y servicio que pretendo satisfacer con una contratación determinada y el presupuesto de la misma. Así lo ha establecido el Decreto Unico Reglamentario 1082 de 2015 en sus artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 y para el caso puntual el Manual de Contratacion de RTVC (TITULO 11. CAPITULO I. DE LOS ESTUDIOS PREVIOS).

En este sentido, si bien en la etapa de planeación de los proyectos se elabora un estudio de mercado con los actores de un sector determinado, a fin de conocer las condiciones en que se comercializan algunos bienes y servicios, ello en ningún momento puede sustituir la participación formal en el proceso de selección que corresponda, pues la misma debe realizarse con total acatamiento de las reglas que gobiernan el proceso de selección, tanto desde el punto de vista del procedimiento o etapas del proceso, como de los requisitos y condiciones en que deben presentarse formalmente los ofrecimientos, de manera que concluir que por el hecho participar en un estudio de mercado el proponente ya se encuentra habilitado al interior del proceso, no es acertado.

Aunado a lo anterior, es menester recordar al recurrente que en la respuesta otorgada por TV PRENSA S.A, a la cotización solicitada por RTVC en la etapa de estructuración del proceso que nos ocupa, éste manifestó cumplir con todos y cada uno de los requisitos para la prestación del servicio de segmento satelital, lo que debería incluir el Registro de Proveedor Satelital emitido por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, sin embargo al hacer la consulta con el mismo ente respecto de las Empresas que cuentan con el Registro de Proveedor Satelital, no se encontró que TVPRENSA S.A contará con dicho registro, pese a lo manifestado en su cotización, induciendo a las entidades que estudian el sector para la satisfacción de sus necesidades un error que podría afectar el proceso contractual a adelantarse.

Por lo anterior, RTVC procedio ha hacer extensiva la invitación a participar en el proceso de Invitación Cerrada 02 de 2016, a todas aquellas empresas que a la fecha de apertura del proceso contractual contarán con el Registro de Proveedor Satelital, según la lista emitida mediante comunicado por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, listado que en ningún caso no podría ser inferior a dos (2) invitados ni superior a diez (10), conforme lo establece el Manual de

Contratación de RTVC., pues la entidad no puede desconocer esta normativa que gobierna su actividad contractual.

Según el tercer argumento, mediante el cual el recurrente manifiesta en primera medida contar a cabalidad con los requisitos para ser invitado a prestar el servicio requerido a la fecha de la Audiencia de Aclaración a las Reglas de Participación llevada a cabo el 01 de marzo de 2016, es menester recordar que como consta en los documentos allegados por el Representante legal de TV PRENSA S.A en Audiencia de Aclaración a las Reglas de Participación y en los anexos al Recurso interpuesto; solo se contaba con una constancia expedida sin fecha y suscrita por la Subdirectora para la Industria de Comunicaciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que a la letra dice "La suscrita Subdirectora para la Industria de Comunicaciones hace constar que: Mediante radicado 724450 del 26 de febrero de 2016, la empresa TV PRENSA S.A con NIT 800.153.385-9, solicitó a este Ministerio la incorporación del Registro de Proveedor de Capacidad Satelital, con el fin de ofrecer, proveer y/o utilizar para si mismo o para terceras personas dicha capacidad en el territorio Colombiano con el Satélite SES-6 de la empresa SES NEWS SKIES B.V. La solicitud se encuentra en trámite actualmente en el Ministerio"; y con posterioridad a esta fecha, es decir el 04 de marzo de 2016, se allegó a las dependencias de RTVC la Resolución mediante la cual se incorpora a la empresa TV PRENSA S.A en el Registro de Proveedor de Capacidad Satelital. Luego, lo anterior implica y determina expresamente que a la fecha de apertura de la Invitación Cerrada 02 de 2016, es decir, el 26 de febrero de 2016, TVPRENSA S.A no contaba con el Registro de Proveedor Satelital, sino con una certificación de solicitud que no genera una seguridad jurídica a la entidad y con la cual no era viable hacerle parte de el listado de invitados a participar, pues este adicionalmente ya se encontraba incluido dentro de las Reglas de Participación publicadas el 29 de febrero de 2016.

Ahora, en lo que tiene que ver con las manifestaciones realizadas por RTVC en desarrollo de la audiencia de aclaraciones en el proceso de invitación cerrada, la entidad ratifica los argumentos expuestos en la respuesta dada al mismo recurrente, en el sentido de que está realizando un entendimiento sesgado frente a las respuestas, pues revisada la grabación de la audiencia vemos como las intervenciones del Doctor Juan Pablo Estrada más que respuestas, lo que en verdad constituyen son explicaciones respecto de la necesidad de exigir la vigencia del registro TIC; para la participación en este proceso, considerando para tal efecto la información emitida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En esa medida la posibilidad de extender la invitación a TV PRENSA S.A, quedó en todo supeditada al análisis que hiciera la entidad, luego no hubo decisión ni respuesta definitiva ni de fondo por parte de la misma.

Se dijo textualmente en la audiencia:

"...Lo examinaremos en detalle y se contemplará la posibilidad de extender la invitación si vemos que el registro se podría consolidar antes de las fechas previstas en el cronograma para la evolución del proceso."

Ahora frente a la regla del número máximo de 10 invitados, lo que manifestó el Dr. Estrada fue que se contemplaría la posibilidad de ampliar el número de 10 a 11 invitados, si se cumpliera con la exigencia del registro TIC., tal y como se dijo textualmente: "Es probable que si vemos el cambio, le digamos: puede ser cualquiera de estos 11, si hubiera un once. De acuerdo?". (negritas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, para RTVC no existe inconsistencia alguna en lo señalado en la audiencia de aclaraciones, y las conjeturas que hace el recurrente solo corresponden al análisis parcial no integral, de lo afirmado en la mencionada audiencia, pues precisamente del análisis realizado se llegó a la conclusión de que por más que se hubiere consolidado el registro de varios interesados, lo cierto es que la entidad no puede desconocer el manual de contratación, ya que es el marco jurídico que gobierna la actividad contractual de RTVC; y en este sentido no sería viable invitar a un número mayor de los que establece el manual, en tanto que la legalidad del proceso y del contrato mismo se pondría en riesgo.

Por ello, no fue posible, de acuerdo con el manual de contratación de la entidad, extender la invitación a TV PRENSA S.A ni a ningún otro interesado que superara el número máximo de 10 invitados.

En cuanto al cuarto argumento, RTVC no puede reconocer como invitado al proceso de invitación cerrada 02 de 2016 a TV PRENSA S.A., dado que la misma nunca hizo parte del listado de invitados a participar publicado en las reglas de participación del proceso, luego la entidad no podría reconocerle como tal si no fuese mediante la modificación de las reglas de participación si es que hubiese razón jurídica suficiente para ello, situación que como se ha expuesto abiertamente y de forma oportuna por RTVC no es viable y por tanto no se presentó, misma razón por la cual según lo establecido en las reglas de participación "No se aceptara la conformación de Consorcios o Uniones Temporales, entre empresas que no se encuentren en esta lista de invitados generada, de acuerdo a la comunicación con número de registro 898014 del 24 de febrero de 2016 emitida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones". Y como resultado se decidió declarar desierto el proceso pues ninguna de las ofertas se ajustó a lo establecido en las Reglas de Participación.

El recurrente también ha argumentado haber renunciado como representante legal de BANSAT S.A.S a la invitación extendida por RTVC para participar en la invitación cerrada 02 de 2016, dentro de la audiencia de aclaración de las reglas de participación, situación que de haberse aceptado por RTVC como asegura el recurrente, no habría entonces permitido la presentación de ninguno de los componentes de la Union Temporal BVT BANSAT- TVPRENSA, pues ninguno de los dos formaría parte de la lista de invitados o solo uno de ellos lo haría, para así completar los 10 invitados máximos que permite el Manual de Contratación.

La falta de motivación del recurso que esgrime el recurrente fue el error en el cual incurrió RTVC, se desvirtúa dando acusatoria lectura al considerando del acto administrativo 108 del 14 de mayo de 2016 mediante el cual la entidad manifestó que la Union Temporal BTV-BANSAT-TVPRENSA, se encuentra constituida por las personas jurídicas BANSAT S.A.S y TV PRENSA S.A., en cuyo caso como se puede establecer con el listado de invitados a la invitación cerrada No 02 de 2016, TV PRENSA S.A no hace parte del grupo de eventuales proponentes invitados a participar dentro del proceso, por cuanto a la fecha de apertura del mismo y a la fecha de publicación de las reglas de participación, este no contaba con el Registro que lo habilitaba como Proveedor Satelital expedido por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; por lo cual RTVC no acepta la conformación de la unión temporal BTV BANSAT-TVPRENSA, que se presentó a la Invitación Abierta 02 de 2016, generando el rechazo de la propuesta por parte de RTVC, en cumplimiento del Manual de Contratación y de las reglas de participación del proceso.

En cuanto a la selección objetiva, esta se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la misma ley enuncia: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, y otros, los cuales, considerados integralmente permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir, todos o los que la entidad que pretende contratar discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. Así lo ha expresado el Consejo de Estado "En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. (...) Una interpretación sistemática de esa norma con las demás de la ley que se refieren a la selección objetiva del contratista, permiten concluir que la presentación de una sola oferta no es suficiente para que se proceda a la declaratoria de desierto de la licitación. En este caso puede la administración adjudicar el contrato al oferente único, **siempre y cuando su propuesta cumpla con todos los requisitos del pliego de condiciones y se ajuste a sus exigencias, ya que la objetividad no la determina, por sí sola, la pluralidad de ofertas.**" ¹ (Negritas y subrayado fuera del texto)

En lo referido a la subsanabilidad en la Presentación del Registro de Proveedor Satelital, es prudente recordar al recurrente que dicho requisito no era susceptible de ser subsanable, pues si bien este

¹ Consejo de Estado-Sección Tercera- Sala de lo Contencioso Administrativo-Rad: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235)DM. Consejero Ponente. Ricardo Hoyos Duque.

habilitaba también es el requisito fundamental que soportaba el cumplimiento del objeto de la contratación que se pretendía concretar con la Invitación Cerrada 02 de 2016, toda vez que quien no cuenta con la autorización mediante el Registro de Proveedor Satelital del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la fecha de apertura del proceso, para ofrecer y/o utilizar para sí mismo o para terceros la capacidad satelital en el territorio colombiano y contrate para ello, estaría ofreciendo un servicio de manera ilegal.

Así mismo, téngase en cuenta que la invitación cerrada no podía ser ajustada con el fin de favorecer a algún oferente en particular ya que a todas luces estaría trasgrediendo los principios de igualdad y selección objetiva.

En ese orden de ideas, no es acertado manifestar que el acto administrativo impugnado por vía de reposición sea contrario a los fines del Estado y mucho menos a los principios de la contratación administrativa, pues la decisión de la administración se adoptó en cumplimiento de los requisitos señalados en las reglas de participación que a pesar de ser obligatorios, fueron desconocidos por los proponentes, conforme a lo ya expuesto, y cuyas falencias no pueden ser superadas acudiendo a la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

En referencia, a la renuncia a términos manifestada por el recurrente, se recuerda a BTV BANSAT-TVPRENSA, que dicha manifestación obedece a la renuncia a la presentación del recurso de reposición contra el acto administrativo del cual fue notificado, por lo que sus argumentos y el último pronunciamiento no guardan concordancia, ni lógica jurídica. En consecuencia y en aras de garantizar los derechos que le asisten como interesado, RTVC da respuesta de fondo a su recurso en los términos establecidos.

En consecuencia el Gerente de RTVC,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: No reponer en ninguna de sus partes el contenido de la Resolución 108 del 14 de marzo de 2016, por la cual se declara desierto el proceso de Invitación Cerrada N° 02 de 2016 cuyo objeto consiste en "Contratar el segmento satelital en banda C necesario para el transporte y la contribución de las señales de los contenidos públicos a través del satélite SES-6."

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar el contenido del presente acto administrativo al representante legal de la UNION TEMPORAL BTV-BANSAT-TVPRENSA, en el correo electrónico lgsandoval@tvprensa.com.

ARTÍCULO TERCERO: Publicar el presente acto administrativo en la página web de la entidad www.rtv.gov.co.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno y se da por agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Bogotá D.C. a los treinta (30) días del mes de marzo de 2016

COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

JOHN JAIRO OCAMPO NIÑO

Gerente

Aprobó: Ofir Mercedes Duque Bravo / Jefe Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Nury del Pilar Vera Vargas / Coordinadora de Procesos de Selección
Edwin Albarracín Florez / Asesor Externo
Proyectó: Ivette Marcela Londoño Tamayo / Abogada Procesos de Selección.

