

RESOLUCIÓN NÚMERO

2 4 5

DE

22 ACO 2016

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 054 de 13 de junio de 2016

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE COMPUTADORES PARA EDUCAR

En uso de sus facultades legales, y en especial por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, en concordancia con lo previsto en los estatutos de la Asociación, y

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES:

- Que Computadores para Educar, mediante Resolución No. 034 del 27 de abril de 2016 ordenó la apertura del proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta No. 02 de 2016, con el objeto de *“Seleccionar a los contratistas que entreguen, a título de compraventa, computadores portátiles, conforme a las especificaciones técnicas definidas por Computadores para Educar”*.
- Que el presupuesto oficial establecido para el proceso fue de DIECIOCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$18.792.064.535,00).En aras de mitigar el riesgo de la contratación y optimizar los recursos de la entidad, este proceso se adjudicaría a tres (3) oferentes que ofrecieran la mayor cantidad de unidades de bien a menor precio. En consecuencia, se adjudicaría en partes iguales, es decir, cada proponente podría ser adjudicatario de una cantidad de bienes por el valor equivalente a la tercera parte del presupuesto oficial así:

VIGENCIA	2016
PRESUPUESTO ADJUDICATARIO	SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES VEINTIUN MIL QUINIENTOS ONCE PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (\$6.264.021.511,67)
TOTAL PRESUPUESTO OFICIAL PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN	DIECIOCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$18.792.064.535,00)

- Que el pliego de condiciones en el numeral 2.5.3.4 estableció: *“ (...) El Proponente deberá presentar una Muestra del terminal ofertado a Computadores para Educar, dicha Muestra será presentada en el Día y lugar estipulado por la Entidad; es decir, un computador portátil con sus accesorios (...)”*
- Que en concordancia con lo anterior, en el numeral 2.5.3.5 del pliego de condiciones se estableció detalladamente el Protocolo de Pruebas a realizar a los bienes entregados en calidad de muestra.

5. Que la entidad, en aras de garantizar la realización de un protocolo de pruebas exhaustivo que diera garantía y conformidad a la entidad sobre la calidad, funcionamiento, operatividad, suficiencia, rendimiento y pertinencia de lo presentado por los posibles oferentes, así como la transparencia e igualdad, contrató a la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA como tercero idóneo e independiente para que realizara la totalidad del protocolo de pruebas establecido en el numeral 2.5.3.5 del pliego de condiciones.

6. Que el diecisiete (17) de mayo de 2016, se declaró cerrado el proceso, tal como consta en el acta levantada con ocasión de la audiencia de cierre donde presentaron propuesta los siguientes proponentes:

1. JUAN PABLO DÍAZ PUYO - ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO TECNOMUSIC
2. COMERCIALIZADORA SERLE.COM S.A.S
3. I 3NETS.A.S.
4. UNIPLES S.A.
5. CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.
6. SOLUCIONES ACTIVAS S.A.S
7. UNIÓN TEMPORAL PROINTECH 2016 (PROINTECH HOLDING SAS -PROINTECH COLOMBIA S.A.S)
8. COLOMBIANA DE SERVICIOS TECNOLOGICOS S.A.S
9. HARDWARE ASESORIAS SOFTWARE LTDA
10. REDCOMPUTO LTDA.
11. SUMIMAS S.A.S.
12. SISTETRONICS LTDA.
13. COLVISTA S.A.S.
14. UNIÓN TEMPORAL SAVERA-TALENTO-CPE 2015 (SAVERA S.A.S - TALENTO COMERCIALIZADORA S.A.)
15. MICROHARD S.A.S
16. KEY MARKET S.A.S
17. UNIÓN TEMPORAL PC-XC PORTATILES 2016 (PRICELESS COLOMBIA S.A.S - XOREX DE COLOMBIA S.A.S)
18. HERITAGE GROUP S.A.S.
19. COLOMBIANA DE SOFTWARE Y HARDWARE - COLSOF S.A.
20. NEXCOMPUTER S.A.
21. NUEVA ERA SOLUCIONES S.A.S
22. UNIÓN TEMPORAL CPE-CM-2016 (MICRONET S.A.S - CONSULTING DATA SYSTEM CDS S.A.S)
23. ORIGIN IT S.A.S.
24. COMPUTEL SYSTEM S.A.S

7. Que dentro del término previsto en el pliego de condiciones, CPE realizó la verificación de los requisitos habilitantes de los oferentes.

8. Que de igual forma, durante el término previsto por el pliego de condiciones, la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA desarrolló el Protocolo de Pruebas a cada uno de los bienes allegados en calidad de muestra por los proponentes que presentaron propuesta.

9. Que mediante Resolución 054 de 13 de junio de 2016 fue declarado desierto el Proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta No. 02 de 2016, con fundamento en lo siguiente:

“Que una vez realizado el protocolo de pruebas, según el informe individual y pormenorizado de la ejecución efectuado por la Pontificia Universidad Javeriana, las muestras presentadas por los proponentes: JUAN PABLO DÍAZ PUYO- ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO TECNOMUSIC, COMERCIALIZADORA SERLE.COM S.A.S, I 3NETS.A.S., UNIPLES S.A., HARDWARE ASESORÍAS SOFTWARE LTDA, SUMIMAS S.A.S., KEY MARKET S.A.S, UNIÓN TEMPORAL PC-XC PORTATILES 2016 (PRICELESS COLOMBIA S.A.S - XOREX DE COLOMBIA S.A.S), UNIÓN TEMPORAL CPE-CM-2016 (MICRONET S.A.S - CONSULTING DATA SYSTEM CDS S.A.S), no superaron el protocolo de pruebas, específicamente en la prueba de Benchmark de aplicaciones.

Que así mismo los oferentes antes mencionados solicitaron la repetición de la prueba de Benchmark, utilizando para la misma la versión de aplicaciones 2013 del paquete de ofimática Microsoft office 365 pro plus de 64 bits.

Que mediante comunicación emitida el 25 de mayo de 2016, Hewlett Packard Colombia S.A.S. por medio de Juan Daniel Mateo Figueroa en calidad de Gerente General de dicha empresa, presentó las siguientes observaciones a la prueba de Benchkmark, así:

Como es de su conocimiento, nueve (9) de nuestros canales de distribución de productos están presentando oferta para el proceso de la referencia. HP, previo a avalar los productos que serían ofertados, realizó todas las pruebas exigidas por las reglas de participación, verificando que todos los equipos que serían ofrecidos las cumplieran a cabalidad, en especial el Benchmark Aplicaciones Office.

De conformidad con el cronograma fijado en el proceso, el pasado 24 de mayo se realizaron las pruebas definidas en el numeral 2.5.3.5 del pliego, tarea que estuvo a cargo de la Universidad Javeriana. Concluidas dichas pruebas, los resultados de nuestros equipos no fueron satisfactorias; de lo cual fuimos informados por nuestros canales de distribución. En efecto, el puntaje obtenido fue en promedio de 1150 puntos para el Benchmark Aplicaciones Office.

Advertidos de esta situación, el equipo técnico de HP repitió todas las pruebas en equipos de la misma referencia y configuración, y los resultados obtenidos fueron superiores a 1300 puntos. Ante la inexplicable diferencia, se indagó acerca de la forma en que se llevó a cabo el protocolo de prueba previsto en el numeral 2.5.3.5.2, que señala *“a. Se formateará el computador portátil y se instalará el sistema operativo con los siguientes programas: PCMARK 8 v2.6.517 o la última versión liberada, Office 365 Pro Plus de 64 Bits”*; y conforme a lo anterior fuimos advertidos que la Universidad Javeriana corrió el Benchmark Aplicaciones Office en Office 365 Pro Plus de 64 Bits con Aplicaciones 2016, versión que fue lanzada al mercado aproximadamente hace 5 meses y que no fue la utilizada en nuestra pruebas, comoquiera que la versión anterior de las mismas aplicaciones, esto es la 2013, sigue vigente, tal y como lo corrobora la certificación adjunta expedida por Microsoft.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el pliego de condiciones no especificó con cuál de las dos versiones de aplicaciones se correrían las pruebas, dejando abierta la posibilidad de usar cualquier versión, en aras de honrar los principios de la contratación estatal tales como la selección objetiva, transparencia, pluralidad de oferentes e igualdad, para garantizar los derechos de nuestros canales, así como también dar aplicación al principio *indubio pro actione*, reconocido en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, conforme el cual la falta de claridad o precisión en una regla del pliego no puede perjudicar al oferente, y cualquier interpretación de las reglas de participación debe hacerse en beneficio de estos; solicitamos atentamente que se repita el protocolo de pruebas a los equipos marca HP, ofertados por nuestros canales, usando Office 365 Pro Plus de 64 Bits con Aplicaciones Versión 2013, que está vigente y cumple con las exigencias del pliego, de manera que si las pruebas son superadas, nuestros canales continúen su participación en el proceso por ajustarse en forma estricta a las reglas fijadas por ustedes.

En apoyo de lo afirmado anteriormente el siguiente link de Microsoft establece de manera clara que el Office 365 Pro Plus de 64 Bits con Aplicaciones Versión 2013 se encuentra aún vigente, soportado y disponible

<https://support.office.com/es-es/article/Descargar-e-instalar-Office-con-Office-365-para-empresas-en-un-PC-72977511-dfd1-4d8b-856f-405cfb76839c>

Que según consta en comunicación de fecha 25 de mayo de 2016, suscrita por Abraham Martínez en calidad de Director de Productividad de Microsoft Colombia, se informa lo siguiente:

La presente tiene como fin certificar que la versión más actual de la suite de productividad de Office es la versión Office 365 (versión adjunta en link a continuación) cuenta con la posibilidad de instalar las aplicaciones en versión 2013 y 2016. Ambas versiones (2013 y 2016) están actualmente vigentes, soportadas y disponibles

Adjuntamos link de la referencia

<https://support.office.com/es-es/article/Descargar-e-instalar-Office-con-Office-365-para-empresas-en-un-PC-72977511-dfd1-4d8b-856f-405cfb76839c>

Que adicionalmente, en escrito de fecha 27 de mayo del año en curso, firmado por Raúl Grisales Hidalgo en calidad de Local & Multinational OEM, Account Executive de Microsoft Colombia, se afirma lo siguiente:

En el momento solo se está distribuyendo la última versión de Office disponible en el mercado, es decir la versión 2016, esto es para todos los esquemas de licenciamiento. Por tanto el licenciamiento que se le entregara a la entidad para instalar, tanto en sus tabletas como portátiles, será la última versión disponible, es decir 2016.

Que debido a las comunicaciones emitidas por MICROSOFT COLOMBIA, aportadas por los oferentes participantes en el proceso —en todo caso posteriores a la apertura y cierre del proceso de selección—, COMPUTADORES PARA EDUCAR se vio en la necesidad de solicitar aclaraciones a dicha empresa sobre la versión de aplicaciones de office. En consecuencia, por medio de escrito de fecha 9 de junio de 2016, Abraham Martínez en calidad de Director de Productividad de Microsoft Colombia, expone lo siguiente:

Queremos explicar las versiones de nuestra suite de productividad Microsoft Office. Con la evolución de nuestra suite Office introdujimos nuevas e importantes capacidades empresariales para nuestros clientes que estamos seguros ustedes aprovecharán para hacer crecer sus negocios.

Actualmente contamos a nivel empresarial con varias versiones de Microsoft Office a través de nuestros socios de negocio (distribuidores autorizados de Microsoft Office):

OEM (Original Equipment Manufacturing), FPP (Full Package Product), ESD (Electronic Software distribution) y Licenciamiento por Volumen (EA, Select, Open, Open Value, Open Value Subscription), así como Suscripciones en línea con Office 365 Professional Plus

- A nivel de Licenciamiento OEM están disponibles las versiones Office Hogar y Empresa 2016 y Office Professional 2016. Este esquema de licenciamiento es perpetuo, preinstalado y no es transferible.
- A nivel de Licenciamiento ESD están disponibles las versiones Office Hogar y Empresa 2016 y Office Professional 2016. Este esquema de distribución es digital, se entrega a través de correo electrónico, permite la instalación en un (1) PC; la instalación se debe realizar 1 a 1; Permite la activación de máximo 30 claves de producto por cuenta Microsoft (@live, @hotmail, @outlook), no tiene un centro de administración centralizado, la licencia puede transferirse en caso que sea necesario, y debe tener en cuenta que debe conservar el COA (Certificate of Authenticity) de la Licencia entregado a través del correo como prueba de legalidad.
- A nivel FPP, se comercializan únicamente la versión Office Hogar y Empresa 2016. Esta versión es perpetua, permite la instalación en un (1) PC; la instalación se debe realizar 1 a 1; La licencia puede transferirse en caso que sea necesario, y debe tener en cuenta que debe conservar el COA (Certificate of Authenticity) de la Licencia que viene adherido a la caja de producto físico, como prueba de legalidad.
- Bajo el esquema de Licenciamiento por Volumen se comercializan las versiones Office Standard 2016 y Office Profesional Plus 2016, dichas versiones son perpetuas; En modo de suscripción por usuario está disponible Office 365 a través de los planes Business y Enterprise, y Office 365 ProPlus (2013/2016), esta versión es diferente técnicamente a las versiones perpetuas Microsoft Office Profesional Plus 2013 o 2016.

Desde el punto de vista de legalidad, todos los esquemas de licenciamiento son válidos para empresas de cualquier tamaño, sin embargo, es importante entender las características de los diferentes esquemas de licenciamiento para asegurar que la experiencia con el producto sea satisfactoria

Existen varios beneficios y funcionalidades que son críticas para los clientes medianos y grandes y que se proporcionan únicamente bajo el programa de suscripciones en línea (Office 365 Profesional Plus) y los productos asociados bajo este programa.

Para las versiones de Microsoft Office 2016 y Office 365 que se comercializan bajo el esquema de Licenciamiento por Volumen (Open, OVS, Select, EA, etc):

- La version Office Standard 2016 incluye Word, Excel, PowerPoint, OneNote, Outlook y Publisher, y Office Professional Plus 2016 incluye Word, Excel, PowerPoint, OneNote, Outlook, Publisher, Access, y el Cliente Skype Empresarial.
- También podrá adquirir en licenciamiento Office 365 ProPlus (2013/2016) o los paquetes que contienen Office 365 Standard Edition como Planes Business, u Office Professional Plus como Planes E3 y E4. Estas versiones son por suscripción y se pueden instalar hasta en 5 dispositivos del mismo usuario. Adicionalmente a través de Office 365, se obtiene 1TB de almacenamiento en la nube (Onedrive) para cada usuario y siempre está actualizado en última versión de producto.

Es importante aclarar que el funcionamiento de Microsoft Office 365 Professional Plus (2013/2016) es diferente al funcionamiento de Microsoft Office Profesional Plus (2013/2016) ya que los mecanismos de instalación y funcionamiento son diferentes, ya que Microsoft Office 2016 Profesional Plus utiliza un mecanismo de instalación basado en MSI y Office 365 Profesional Plus utiliza un mecanismo de instalación basado en C2R (Click to Run) que es una tecnología de virtualización que facilita y disminuye el impacto de instalación y ejecución en la máquina.

El rol de nuestros socios de negocios es crítico, recomendando correctamente el esquema de licenciamiento que más se ajusta a las necesidades su negocio y que nos permita construir una relación a largo plazo. Es importante que su cliente conozca y dimensione las implicaciones de cada modelo de licenciamiento y escoja el que se ajuste a la realidad de su organización.

Esperamos que esta información sea útil para usted. Para obtener información adicional, póngase en contacto con su Gerente de Cuenta de Microsoft o su proveedor de Software Microsoft de confianza,

Que el numeral 2.5.3.5.2 del pliego de condiciones estableció:

“(…)

2.5.3.5.2 **Instalación Del Sistema Operativo**

Para efecto de las pruebas a los equipos de **Muestra**, el **Proponente** deberá entregar, en una memoria USB, los drivers del equipo para Windows 10 Pro for Education de 64 bits.

a. Se formateará el computador portátil y Se instalará el sistema operativo con los siguientes programas: PCMARK 8 v2.6.517 o la última versión liberada, Office 365 Pro Plus de 64 Bits.

b. Se procederá a instalar los drivers necesarios, desde la memoria USB con los drivers entregados por el proponente, se instalarán en el orden especificado por el **Proponente** en el documento allegado. Si no se especifica un orden la **Entidad** o el tercero los ejecutará de manera aleatoria.

c. Se actualizará el sistema operativo desde el Windows Update.

(…)” (subrayado fuera del texto)

Que en el numeral 2.5.3.5.4 del pliego de condiciones establecieron las condiciones en las cuales se realizaría la prueba de benchmark, se transcribe a continuación el mencionado numeral:

“(…) **BENCHMARKS**

Todos los equipos que se reciban como parte del proceso de selección deberán pasar las pruebas del siguiente Benchmark: PCMark 8 Professional v2.6.517 o la última versión liberada, Work Acelerado, Work Convencional y Benckmark Aplicaciones Office.

Se debe anexar una copia física del reporte que genera en formato Pdf el Benchmark por cada prueba. Este documento junto, a con la prueba técnica, constituye un solo requisito, significa ello, que tanto el resultado arrojado por el software Benchmark durante la prueba, como el resultado allegado con la propuesta debe ser igual o superior al puntaje mínimo solicitado:

El puntaje mínimo de "score" que deberán superar los dispositivos son:

Test	PCMark 8 Professional Benckmark	Score
1	Benckmark Aplicaciones Office	1200
2	Benckmark Work Convencional	2100
3	Benckmark Work Acelerado	3200

La prueba se realizará de la siguiente manera:

1. Se apagará completamente el equipo.
2. Se conectará a la red eléctrica
3. Se encenderá el equipo
4. Se establecerá la resolución en 1366x768.
5. Se encenderán todos los dispositivos de comunicación inalámbrica, WIFI.
6. Se conectará el equipo a la red WAN y se verificará la navegación en internet.
7. Se pondrá el volumen de los parlantes (notificaciones y alarma si aplica) en cero (0).
8. Se pondrán las opciones: atenuar pantalla, apagar pantalla y poner el equipo en estado de suspensión, en "nunca", con batería y con corriente alterna.
9. Se pondrá el brillo de la pantalla al 100%.
10. Se ejecutará la prueba PCMARK 8 v2.6.517 o la última versión liberada; Work Acelerado, Work Convencional y Benchmark Aplicaciones Office, durante tres (3) oportunidades para cada tipo de benchmark y se tomará como el resultado final, para cada uno de los Benchmark, el mayor puntaje obtenido de las tres (3) oportunidades antes mencionadas.
11. Se considera la prueba superada cuando el resultado final de cada uno de los tres (3) benchmark es igual o superior a los establecidos en la tabla anterior.
12. Se validarán los componentes internos mediante los resultados arrojados por los benchmark.
(...)"

Que, como se indicó, en el momento de la publicación del pliego de condiciones definitivo, así como durante la ejecución del protocolo de pruebas; el paquete de ofimática denominado comercialmente office 365 pro plus de 64 bits contaba con la versión de aplicaciones 2013 y 2016, las cuales se encuentran vigentes, soportadas y disponibles para el uso del público en general.

Que este escenario presenta una perspectiva de transición en el mercado de aplicaciones de este tipo entre las versiones 2013 y 2016, por lo cual los interesados en el presente proceso pudieron haber preparado sus muestras utilizando cualquiera de las versiones mencionadas.

Que en entornos altamente intensivos en evolución tecnológica, como es el caso del ecosistema conformado para el presente proceso; el mercado de hardware y software es imperfecto y asimétrico brindando la oportunidad a los interesados en participar en el presente

proceso para realizar diferentes configuraciones con combinaciones de software y hardware lo cual repercute directamente sobre los parámetros de evaluación objetiva e igualitaria diseñados por la entidad.

Que al presentarse oferentes con muestras configuradas bajo diversas combinaciones en hardware y software hacen ambivalente la posición del evaluador, máxime cuando el momento de transición del mercado está por fuera del dominio y control de la entidad, pero si afecta la búsqueda de la selección objetiva.

Que, en conclusión no es posible establecer, en igualdad de condiciones, el cabal cumplimiento de las características técnicas solicitadas, con la aplicación del protocolo de pruebas establecido en el pliego de condiciones y por ende se estaría incumpliendo con los principios de selección objetiva e igualdad.

Que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 consagra el deber de selección objetiva "Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...)".

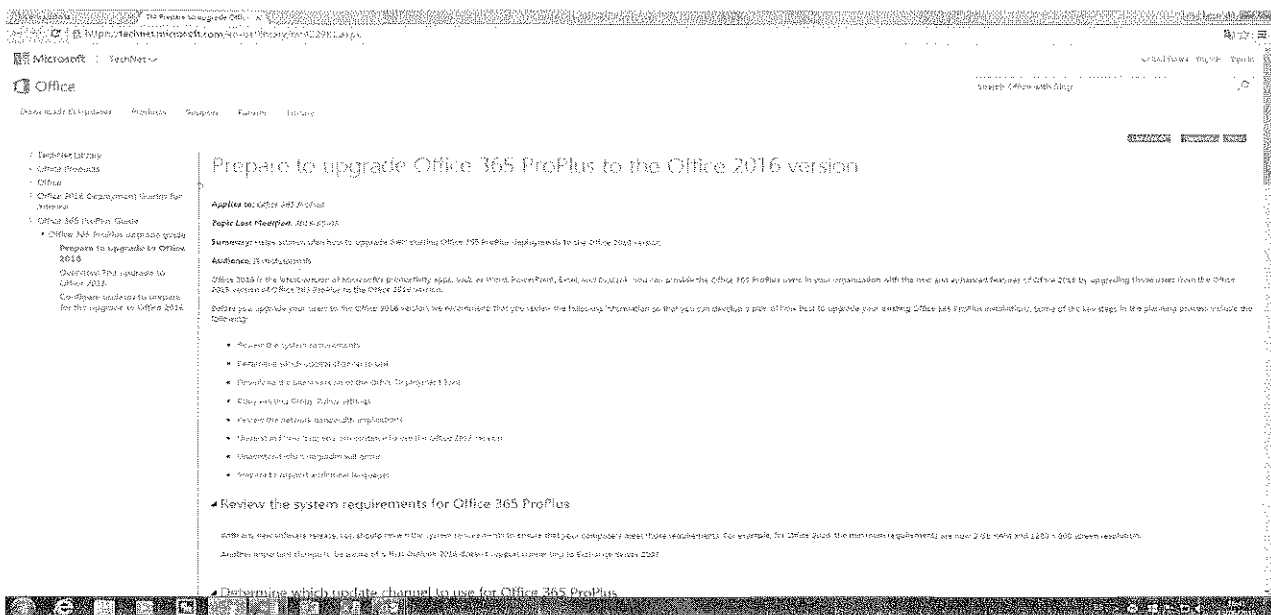
Que Computadores para Educar considera que no es posible escoger la oferta más favorable para la entidad, toda vez que se presentaron muestras con el paquete de ofimática denominado comercialmente office 365 pro plus de 64 bits con las versiones de aplicaciones 2013 y 2016, resultando imposible compararlas de manera objetiva, mediante la aplicación de una única prueba que permita definir que cumple con las condiciones que demanda la entidad de cara a la información de mercado suministrada por Microsoft en las comunicaciones del 27 de mayo y 9 de junio pasado, no obstante estar en el mercado las dos versiones vigentes

Que, en efecto, en la aplicación del protocolo la entidad estaría haciendo la interpretación según la cual la muestra debía cumplir en cualquiera de las dos versiones, escogiendo una de ellas y excluyendo al proponente que no la cumplió, a pesar de argumentar que cumple en la otra versión disponible en el mercado —la cual el pliego no tuvo como invalida para presentar la oferta—.

Que lo procedente sería impartir una regla de verificación de la propuesta que sea homogénea para todos los participantes: correr la prueba en las dos versiones, tanto en la 2016 como en la 2013, para todos los proponentes, de manera que sea claro que la funcionalidad exigida en el pliego de condiciones estaba en capacidad de ser soportada en cualquiera de las dos versiones, siendo discrecional del proponente en cuál de ellas presentó la oferta.

Que la entidad sería coherente tanto en el requisito como en la forma de evaluarlo porque estaría generando un criterio de igualdad: todas las propuestas serían evaluadas tanto en la versión 2013, como en la versión 2016, por estar las dos vigentes en el mercado. El resultado supondría que aquella muestra que no pase alguna de las dos, sería descalificada en tanto no se adecua a las condiciones técnicas exigidas en el pliego y vigentes en el mercado de tecnología.

Que esa regla no la contempló el pliego de condiciones, y tampoco podría aplicarse porque técnicamente ofrece dos dificultades (i) la configuración de una y otra es diferente y (ii) se estaría contando con una versión que pronto saldrá del mercado, de acuerdo con la información que se encuentra publicada en el sitio web oficial de Microsoft, en el siguiente link: <https://technet.microsoft.com/en-us/library/mt422981.aspx>.



Que, el Consejo de Estado ha sido enfático al reiterar la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y al analizar la importancia de tal documento, así como la fuerza vinculante como ley del contrato a celebrar. Así, ha indicado recientemente que:

“(…) En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes(…)”¹

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

Que el mismo Consejo de Estado ha sido categórico al poner de presente la ausencia de discrecionalidad administrativa cuando se está en presencia de un proceso de selección. Al respecto, ha dicho:

*"(...) En el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal– en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos. En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias (...)"*²

Que, ahora bien, según lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de desierta solamente procede en caso que no se pueda realizar la escogencia objetiva de los proponentes y se declarará en acto administrativo motivado en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Que el pliego de condiciones numeral 3.2 consagra:

"(...)"

3.2 TERMINACIÓN DEL PROCESO O DECLARATORIA DE DESIERTA

*"(...) La **Entidad** podrá declarar desierta la presente CONTRATACIÓN, únicamente por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de una **Oferta**. En el caso de la Subasta, la presentación de la totalidad de las **Ofertas** iniciales de precio por sumas superiores al presupuesto asignado para esta contratación, dará lugar a la declaratoria de desierta. (...)"*

Que sobre ese particular el Consejo de Estado³ ha manifestado que la declaratoria de desierta no es una facultad de las entidades, en razón a la obligatoriedad que le otorga la Ley sobre la adjudicación de la oferta más favorable. Igualmente, la Alta Corporación ha dicho que esta decisión tiene que estar motivada y tiene que fundamentarse en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así:

"Ahora bien, la decisión de declarar desierto un procedimiento administrativo de selección contractual –dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico–, también se encuentra debidamente reglada y, por tanto, a su

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Radicación No.: 24059. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

adopción sólo podrá procederse cuando se configuren las causales o hipótesis fácticas previstas expresamente en las normas vigentes para el efecto; así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades:

*"(...) La facultad de adjudicar la licitación o no adjudicarla, que se reserva la Administración, entonces, debe entenderse en el sentido de que, eventualmente, el proceso de selección adelantado podría culminar sin la escogencia de un contratista, a pesar de constituir ésta su objeto esencial, pero ello sólo sucedería excepcionalmente, en los eventos expresa y taxativamente previstos por la norma."*⁴ (Se subraya).

En consecuencia, al puntualizar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultad legal para declarar desierta una licitación por razones diferentes a las expresamente señaladas en la ley, se reafirma que en todas aquellas circunstancias en las cuales no se configure un específica causal de declaratoria de desierta, la entidad estatal competente debe efectuar la adjudicación a la oferta más favorable, tal como lo ha puesto de presente la Jurisprudencia de esta Sala:

*"(...) la decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional, sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda la selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente."*⁵

Esta postura se reiteró en la sentencia 15.235 proferida el 24 de junio de 2004:

*"La regla de la adjudicación compulsoria⁶ obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable."*⁷

(...)

De esta manera, al ocuparse de regular la declaratoria de desierta de los procedimientos de selección contractual, la Ley 80 precisó i) que el acto administrativo que contenga la declaración de desierta de una licitación debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y ii) que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683 C.P. Alter Eduardo Hernández Enríquez.

⁵ Sentencia 3335 del 20 de junio de 1983 citada en la sentencia 13.683 de 2004, ya referida.

⁶ Cita original de la providencia transcrita: "La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993)".

⁷ Sentencia 15.235 del 10 de diciembre de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD GEOMINAS S.A.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal⁸ y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁹, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar¹⁰.

Que de esta forma, la declaratoria de desierta es una decisión reglada la cual tiene que estar fundamentada en los principios de contratación pública, en especial el de la selección objetiva, y en las causales taxativamente plasmadas en la ley.

Que esta alternativa resulta garantista de cara a todos los actores del proceso, porque reconoce que el pliego de condiciones tiene un vacío frente a la forma de evaluar las propuestas, provocado por el estado del mercado de tecnología al momento de la evaluación de las propuestas, aspecto que de plano impide la selección objetiva del proponente.

Que COMPUTADORES PARA EDUCAR encuentra que no cuenta con elementos que permitan habilitar objetivamente para el evento de subasta a las mejores ofertas presentadas, en tanto se genera un vacío de evaluación en el pliego de condiciones que impide esa posibilidad, de acuerdo con las consideraciones de orden técnico antes mencionadas. La condición del mercado de tecnología viabiliza las dos versiones de aplicaciones de Office sin que de cara al pliego de condiciones sea viable señalar que una de ellas no es apta.

Que como consecuencia de lo anterior, adopta la decisión de inhabilitar a todas las propuestas

⁸ "Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección". Gaceta del Congreso.

Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

⁹ Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)" (Destaca la Sala)

¹⁰ Ley 1474 de 2011, artículo 88. FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. "En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

"a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

"b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

"PARAGRAFO. Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".

presentadas para el evento de subasta, bajo el entendido que no es posible garantizar la comparación objetiva de las propuestas en tanto el mercado ofrece dos versiones de aplicaciones de Office vigentes que no pueden ser comparadas de cara al proceso de selección en revisión.”

10. Que JORGE HUMBERTO VERGEL RODRIGUEZ Representante legal de la UNIÓN TEMPORAL SAVERA TALENTO CPE 2015, integrada por las sociedades SAVERA S.A.S y TALENTO COMERCIALIZADORA S.A., en adelante LA UNIÓN TEMPORAL o recurrente, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 054 del 13 de junio de 2016 (Por medio de la cual se declara desierto el proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta No. 02 de 2016).

11. Que los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la solicitud de revocar la decisión de declarar desierta se destacan a continuación. Acto seguido la entidad se pronunciará frente a cada uno de ellos en el mismo orden en que son enlistados en este numeral:

PRIMER CARGO INCLUIDO EN LOS HECHOS:

“7. Entre las observaciones se destaca que en la medida que el pliego de condiciones no establecía con cuál versión del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits (2013 o 2016) se correrían las pruebas, se dejaba abierta a la interpretación al uso de cualquiera de las dos versiones de forma que era necesario repetir la prueba con la versión 2013 de Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits.

“8. Con fundamento en lo anterior, la entidad decidió que en la única prueba realizada, no se podía realizar una selección objetiva del proponente por cuanto no era posible establecer en igualdad de condiciones el cabal cumplimiento de las características técnicas solicitadas”

Que a propósito de los argumentos expuestos por el recurrente, COMPUTADORES PARA EDUCAR debe precisar que de acuerdo con el acto administrativo mediante el cual se decidió la declaratoria de desierta, se indicó que:

“Que este escenario presenta una perspectiva de transición en el mercado de aplicaciones de este tipo entre las versiones 2013 y 2016, por lo cual **los interesados en el presente proceso pudieron haber preparado sus muestras utilizando cualquiera de las versiones mencionadas.**

Que en entornos altamente intensivos en evolución tecnológica, como es el caso del ecosistema conformado para el presente proceso; el mercado de hardware y software es imperfecto y asimétrico **brindando la oportunidad a los interesados en participar en el presente proceso para realizar diferentes configuraciones con combinaciones de software y hardware lo cual repercute directamente sobre los parámetros de evaluación objetiva e igualitaria diseñados por la entidad.**

Que **al presentarse oferentes con muestras configuradas bajo diversas combinaciones en hardware y software hacen ambivalente la posición del evaluador,** máxime cuando el momento de transición del mercado está por fuera del dominio y control de la entidad, pero si afecta la búsqueda de la selección objetiva.

Que, en conclusión **no es posible establecer, en igualdad de condiciones, el cabal cumplimiento de las características técnicas solicitadas, con la aplicación del**

protocolo de pruebas establecido en el pliego de condiciones y por ende se estaría incumpliendo con los principios de selección objetiva e igualdad (Resaltado fuera del texto)

Que de acuerdo con lo anterior, es claro que la causa de afectación de la selección objetiva obedece a situaciones que impiden que la comparación se haga con fundamento en una única prueba que permita definir que cumple con las condiciones que demanda la entidad de cara a la información de mercado suministrada por Microsoft en las comunicaciones del 27 de mayo y 9 de junio pasado, no obstante estar en el mercado las dos versiones vigentes.

Que teniendo claridad sobre lo anterior, a continuación se pasa a analizar cada uno de los cargos sustentados en el recurso de reposición.

PRIMER CARGO

Que en relación con el Capítulo B. Sobre la posible escogencia objetiva de la mejor propuesta, incluido en el recurso de reposición, se indicó:

"(...) Sobre la posible escogencia objetiva de la mejor propuesta.

(...) Cabe recordar que de acuerdo al acto administrativo que se repone, en vista que existen dos versiones de Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits (2013 y 2016) que se encuentran vigentes y que el pliego de condiciones no establece cuál de las dos versiones sería usada, arrojando en la realización del protocolo de prueba valores diferentes para uno y otro, no es posible realizar una selección objetiva de la mejor propuesta. De esta manera y considerando que el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 que indica que solo se podrá declarar desierta la licitación o proceso de selección por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva, la entidad procedió a declarar esta situación.

Esta decisión se fundamentó en la existencia de dos versiones de Microsoft Office 360 Pro Plus de 64 bits, tal como lo certifico Abraham Martinez de Microsoft Colombia en escrito el 9 de junio de 2016. A pesar de esto, el escrito citado por la entidad no conduce a determinar la diferencia que existe entre la versión 2013 y 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits; el documento en cuestión se limita a establecer que el Microsoft Office tiene diferentes alternativas para el licenciamiento, entre ellas el licenciamiento por volumen que sería el ideal para los fines perseguidos por la entidad. Esta clase de licenciamiento permite adquirir dos tipos de paquetes: el Office Standard 2016 o el licenciamiento de Microsoft Office 365 Professional Plus (Pro Plus) en sus versiones 2013 o 2016. Explica Microsoft que la diferencia entre los dos radica en que las versiones 2013 y 2016 de Microsoft Office 365 Pro Plus utilizan un mecanismo de instalación basado en C2R (Click to Run), mientras Microsoft Office Profesional Plus utiliza un mecanismo de instalación basado en MSI.

Considerando que el Pliego de Condiciones exige la instalación de un Office 365 Pro Plus de 64 bits, no podemos entender algo diferente a que se habla del licenciamiento que utiliza el mecanismo de instalación basado en C2R. Al no explicar adicionalmente que existe una diferencia clara entre la versión 2013 y 2016, no es posible establecer que haya una diferencia real entre uno y otro que afecte el rendimiento en la realización del Protocolo de Prueba.

Desde otra perspectiva, es necesario revisar el numeral 2.5.3.5. sobre el Protocolo de Pruebas que está en las páginas 69 y 70 del Pliego de Condiciones. Dicho numeral indica que "La Entidad o el tercero contratado para la ejecución del protocolo de pruebas, podrá instalar cualquier aplicación o software en los computadores portátiles, que le permita determinar o verificar cualquier atributo, dato, parámetro o especificación de las mismas." (Subrayado por fuera del texto original) De acuerdo a este párrafo del numeral 2.5.3.5. del pliego de condiciones, la entidad podría para las pruebas instalar cualquier aplicación o software tendiente a determinar la idoneidad de los equipos ofertados.

Ante esta situación y si en realidad los oferentes son expertos en el tema, como se presume en especial por la interpelación realizada por el señor Juan Daniel Mateo Figueroa, Gerente General de Hewlett Packard Colombia S.A.S., **debían conocer que hace cerca de cinco (5) meses se emitió la nueva versión de Office 365 Pro Plus de 64 Bits. En este sentido, y sabiendo que la entidad podía utilizar cualquier aplicación o software que permitiera saber la idoneidad de los computadores al como el Office 365 Pro Plus de 64 bits en su versión de 2016, debían preparar muestras acordes a esta exigencia realizada por la entidad.** No pueden oponer los oferentes que presentaron equipos de la marca Hewlett Packard que no podían conocer la posibilidad de aplicar la última versión del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits, sabiendo de su existencia y sabiendo que la entidad podía utilizar dicho software o aplicaciones para la realización del protocolo de prueba.

El proceso de selección, a diferencia de lo establecido por el señor Juan Daniel Mateo Figueroa, es claro en lo que exige; no existe manera de entender que existe una ambigüedad sobre la utilización de diferentes versiones de Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits cuando el pliego de condiciones así lo establece, máxime cuando estos oferentes acreditan una experiencia de 8 años en la fabricación o venta de cómputo y/o comercialización y/o integración de equipos de cómputo. **Conociendo la existencia de la versión 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits, y que actualmente Microsoft solo está comercializando la versión 2016, los oferentes tenían la obligación de adaptar sus muestras para que cumpliera con los estándares establecidos por la entidad, so pena de ser calificados como no cumplidos como efectivamente sucedió.**

Así, es claro que el principio que debe utilizarse en este proceso es el que indica que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o culpa; siendo expertos en el tema, era plenamente previsible que en el marco del proceso de selección que nos ocupa, en la realización del protocolo de pruebas, la entidad o el tercero contratado para este fin, podía utilizar la versión 2016 del programa y sus aplicaciones. Esto es aún más determinante ya que para cuando el proceso se abriera en abril de 2016, el producto Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits ya estaba en circulación y hoy únicamente circula en su versión 2016, como lo estableció el señor Raúl Grisales Hidalgo en su calidad de Account Executive de Microsoft Colombia, en la comunicación del 25 de mayo de 2016.

La situación es tan previsible que varios oferentes pasaron la prueba, de tal manera que era previsible que la entidad fuera a usar la versión 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits en su versión 2016. Así se entiende que los oferentes entraron en las mismas condiciones de igualdad a ofertar y los bienes ofertados por ciertos oferentes no fueron idóneos para los estándares del proceso y consecuentemente no fueron habilitados.

Es importante resaltar que el Consejo de Estado indico en sentencia del 31 de enero de 2011 y radicado 17767 que la selección objetiva se refleja en el principio de responsabilidad de manera que "la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa." En este sentido, al establecer los parámetros que deben cumplir los equipos en la realización del protocolo de pruebas en el pliego de condiciones se otorga la selección objetiva necesaria. Los equipos que no pasen bajo las condiciones descritas anteriormente no serán aptas y serán apartadas, tal como se hizo en su momento.

Adicionalmente, resulta totalmente improcedente considerar que existió violación alguna al principio de igualdad, como se adujo erróneamente por Hewlett Packard, cuando a todos los proponentes se les practico exactamente la misma prueba con exactamente el mismo software, estando además dentro de los parámetros del pliego de condiciones, por lo que al garantizarse una efectiva igualdad material, resulta desacertado asumir que porque las condiciones uniformes que se aplicaron no le fueron favorables a los equipos de marca Hewlett Packard, que esto constituye una vulneración al principio de igualdad.

Que de acuerdo con el primer cargo, corresponde en primer término hacer las siguientes precisiones de orden técnico en relación con la afirmación según la cual "Esta decisión se fundamentó en la existencia de dos versiones de Microsoft Office 360 Pro Plus de 64 bits, tal como lo certificó Abraham Martínez de Microsoft Colombia en escrito del 9 de junio de 2016. A pesar de esto el escrito citado por la entidad no conduce a determinar la diferencia que existe entre la versión 2013 y 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits; el documento en cuestión se limita a establecer que el Microsoft Office tiene diferentes alternativas para el licenciamiento, entre ellas el licenciamiento por volumen que sería el ideal para los fines perseguidos por la entidad".

Que el documento enviado por el fabricante del paquete de ofimática, utilizado en la ejecución del protocolo de pruebas, es usado como sustento técnico para la entidad para demostrar la existencia de dos versiones de aplicaciones vigentes, disponibles y soportadas técnicamente, las cuales se encuentran contenidas en el paquete office 365 pro plus de 64 bits; bajo ninguna perspectiva puede hacerse ver que dicho escrito fue usado como sustento para declarar desierto el proceso de la referencia. Máxime cuando la entidad ha argumentado los criterios de la imposibilidad de establecer una selección objetiva sobre las muestras presentadas por los diferentes oferentes.

Seguidamente el recurrente indica: "el escrito citado por la entidad no conduce a determinar la diferencia que existe entre la versión 2013 y 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits"

Al respecto es importante aclarar nuevamente que la declaratoria de desierto del presente proceso, no se da por las diferencias que puedan existir entre las dos versiones de aplicaciones contenidas en el paquete de ofimática denominado comercialmente office 365 pro plus de 64 bits, si no que por el contrario; la motivación principal se esgrime en la no existencia de una regla clara que le permitiese a la entidad realizar una evaluación objetiva sobre el rendimiento de las muestras presentadas por los oferentes con una u otra versión de las aplicaciones del paquete ofimático, por tal motivo solo se establecieron unos únicos puntajes de benchmark, como criterio de evaluación, que no permiten calificar el comportamiento de las máquinas en ambas versiones de aplicaciones.

Ahora bien, como lo describe el recurrente, sobre su percepción del tipo de licenciamiento, en lo cual manifiesta:

"el licenciamiento por volumen que sería el ideal para los fines perseguidos por la entidad. Esta clase de licenciamiento permite adquirir dos tipos de paquetes: el

Office Standard 2016 o el licenciamiento de Microsoft Office 365 Professional Plus (Pro Plus) en sus versiones 2013 o 2016. Explica Microsoft que la diferencia entre los dos radica en que las versiones 2013 y 2016 de Microsoft Office 365 Pro Plus utilizan un mecanismo de instalación basado en C2R (Click to Run), mientras Microsoft Office Profesional Plus utiliza un mecanismo de instalación basado en MSI”.

Que frente a la argumentación indicada, no le asiste razón al recurrente dentro del recurso de reposición interpuesto, dado que la entidad adelantó el proceso de selección para la adquisición de portátiles y no para la compra de ningún software ni de licenciamiento alguno. Por lo anterior, Computadores para Educar no basó su esquema y modelo de licenciamiento en el presente proceso, debido a que este es un ejercicio que se realiza según la planeación de oferta y demanda de terminales a donar en las sedes educativas y dicho modelo puede ser variable, ya sea por volumen o por suscripción según las necesidades presentes. Por ello, es confuso querer desvirtuar la decisión de declaratoria de desierto para el presente proceso, tomada por la entidad, argumentando un modelo de licenciamiento “ideal para los fines de la entidad”. La entidad en ningún momento dispuso que los mecanismos de instalación como lo son el C2R y el MSI fueran criterios a tener en cuenta durante la evaluación de las muestras.

Que la diferencia notoria de la versión de las aplicaciones 2013 y 2016, sobre las cuales la entidad esgrime su posición de ambivalencia tecnológica no precisada en los pliegos, implicó ambigüedad en la presentación por parte de los oferentes de las muestras, por cuanto implicó que dicha falta de objetividad llevara a que las máquinas se configuraran bajo diversas combinaciones de hardware y software, sin que para el universo de interesados en la licitación fuera clara y objetiva la regla de configuración de la muestra, lo que hace reiterar la posición de la administración de no contar con argumentos de selección objetiva.

En efecto, teniendo en cuenta que las versiones 2013 y 2016 de aplicaciones del paquete de ofimática office 365 pro plus de 64 bits según certificación de Microsoft se encontraban vigentes, soportadas y disponibles, no era clara y objetiva la regla respecto de la cual los oferentes debían configurar la máquina objeto de propuesta.

Adicionalmente, dado que entre las versiones 2013 y 2016 de aplicaciones del paquete de ofimática office 365 pro plus de 64 bits existen nuevos desarrollos tecnológicos y un salto de generación que es propuesto por parte del fabricante en un periodo de 3 años, implica la existencia de nuevos desarrollos basados en optimizaciones de las versiones de software anteriores. Dicha diferencia constituye argumento de peso para afectar los resultados de las pruebas de benchmark realizadas por el tercero idóneo durante la ejecución del protocolo de pruebas, y en donde al presentarse muestras con diferentes alternativas en la versión de aplicaciones los rendimientos son disímiles y los resultados no permiten un parámetro objetivo y comparativo de comportamiento en su rendimiento para la entidad, sobre las muestras allegadas por los diferentes oferentes. Situación que el pliego de condiciones no contempló y llevó a la interpretación ambivalente de los participantes en el proceso de selección, haciendo técnica y jurídicamente evidente la falta de criterios que permitieran una selección objetiva, dando como único resultado la imperiosa necesidad de declarar desierto el proceso de selección.

Que con base en el análisis técnico expuesto, y en relación con las afirmaciones adicionales del recurrente, debe precisarse que el pliego de condiciones y, en general, la selección de los contratistas del Estado debe responder a criterios objetivos de análisis de las propuestas. En ese sentido, el espacio de interpretación que se abre ante la existencia de dos versiones de software en el mercado, no fue contemplado en el criterio de evaluación, de donde surge la imposibilidad de exigir sólo una u otra versión para hacer el análisis. Sería el mismo ejemplo, en el caso de que la entidad hubiese optado por realizar la prueba con la versión 2013, descartando la versión 2016. Vale decir, el argumento incluido en el recurso parte de un supuesto erróneo porque se podría utilizar, entonces, la versión 2013, justamente porque el pliego no precisó y debería seguirse la lógica según la cual las versiones en 2016 estarían por fuera de la

prueba técnica, en el evento en que no la sobrepasara.

Que en efecto, de acuerdo con el análisis de la resolución recurrida, la entidad fue enfática al señalar que en la aplicación del protocolo, la entidad estaría haciendo la interpretación según la cual la muestra debía cumplir en cualquiera de las dos versiones, escogiendo una de ellas y excluyendo al proponente que no la cumplió, a pesar de argumentar que cumple en la otra versión disponible en el mercado —la cual el pliego no tuvo como inválida para presentar la oferta—.

Que frente a ese particular, es clara la argumentación incluida en el acto recurrido en relación con el límite de la discrecionalidad frente a la interpretación del pliego de condiciones, de donde surge que la interpretación adoptada es la que más garantías representa para todos los interesados en el proceso, porque parte de reconocer el vacío que se genera en el pliego de condiciones frente a la existencia de dos versiones del software al momento de la evaluación de las ofertas.

Que en el asunto en revisión no se argumenta la falta de igualdad, sino la eventual violación del principio de selección objetiva por las razones técnicas referidas anteriormente. La condición del mercado de tecnología viabiliza las dos versiones de Office sin que de cara al pliego de condiciones sea viable señalar que una de ellas no es apta a pesar de que las condiciones técnicas del mercado pudiesen hacer inclinar el criterio de evaluación hacia una de ellas.

SEGUNDO CARGO

Que en relación con el segundo cargo contenido en el Capítulo C. En subsidio, de la posible multiplicidad de pruebas, se indicó en el recurso lo siguiente:

"C) En subsidio, de la posible multiplicidad de pruebas.

Es importante destacar que en el marco del numeral 2.5.3.5. del pliego de condiciones se establece que "Al momento de realizar las recepciones y validaciones de los bienes adquiridos, la Entidad se reserva el derecho a realizar, la totalidad del protocolo de pruebas o aquellas que considere estrictamente necesarias." Según lo anterior, en la realización del protocolo de prueba, sería posible adelantar las pruebas con la versión 2013 del Microsoft Office 365 Pro Plus, a la vez que las de la versión de 2016, pruebas que serían absolutamente comprehensivas al cumplir con todas las posibilidades que caben dentro de lo contemplado en el pliego al señalar "Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits", al estarse aplicando una prueba de todas sus versiones posibles, las cuales deberían aprobar todos los proponentes (tanto las de 2016 como las de 2013). De cumplir con los parámetros definidos en el pliego de condiciones, estos deben ser habilitados, en caso contrario se deben mantener como no habilitados. En este sentido se garantizaría la selección objetiva y la pluralidad de oferentes al verificar unos requisitos mínimos del pliego de condiciones y habilitar oferentes bajo las dos versiones y con las pruebas previas que realizaron los oferentes.

Que en relación con lo anterior, al desvirtuar técnicamente la viabilidad de hacer la evaluación conforme sólo una de las versiones existentes en el mercado dada la aclaración formulada por HP, se reitera —tal como se indicó en el acto de declaratoria de desierta— que lo procedente hubiese sido impartir en el pliego de condiciones una regla de verificación de la propuesta homogénea para todos los participantes, de manera que fuera claro que la funcionalidad exigida en el pliego de condiciones estaba en capacidad de ser soportada en cualquiera de las dos versiones, siendo discrecional del proponente en cuál de ellas presentó la oferta, situación que no se acredita en los pliegos, generando la dualidad a la interpretación de la regla de calificación, haciendo por consiguiente imposible acreditar un criterio de evaluación para la selección objetiva.

Por otra parte, el recurrente presenta las siguientes conclusiones:

"D) Conclusiones

*Queda claro que con fundamento en lo expuesto anteriormente, **no hay motivación para la declaratoria de desierto del proceso. Siendo que los oferentes son expertos que debían conocer la versión 2016 del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits y que en el pliego de condiciones se tenía la claridad sobre la posibilidad de instalar este software y las aplicaciones para probar la idoneidad de los equipos, no existe razón para entender que no se pueda realizar la selección objetiva.** Ha sido tan evidente que los términos son claros y que era necesario estar preparado para ambas versiones que otros oferentes si pasaron la prueba, haciendo plenamente previsible el uso del Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits versión 2016. En este sentido, es necesario reponer el acto administrativo en su totalidad puesto que no se está vulnerando la selección objetiva del proceso de selección.*

Que contrario a lo afirmado por el recurrente, la entidad encuentra que tras la respuesta dada por Microsoft, la entidad no contaba con los elementos contemplados expresamente en el pliego de condiciones que le permitieran realizar la selección objetiva de las propuestas habilitadas para el evento de subasta, entendiendo que se genera un vacío de evaluación en el pliego de condiciones que impide esa posibilidad, dado que la condición del mercado de tecnología viabiliza las dos versiones de Office sin que de cara a las previsiones contenidas en el pliego de condiciones —ley del proceso de selección— sea viable señalar que una de ellas no es apta.

Que frente a la declaratoria de desierto, tal como se indicó en la resolución recurrida, el Consejo de Estado ha señalado —frente a la adjudicación— que el acto de adjudicación no corresponde a uno discrecional porque esa decisión debe estar fundamentada en la selección de la mejor propuesta, hecho que en el asunto en revisión no tenía la potencialidad de configurarse porque el mismo pliego ofrecía un vacío que dejaba por fuera a un número significativo de propuestas, sin que la forma de presentación de aquellas estuviera proscrita en la ley del proceso de selección.

EN RELACIÓN CON LAS PETICIONES

Que en el recurso el otrora proponente incluyó las siguientes peticiones:

III. PETICIONES

Con mérito en lo expuesto anteriormente, elevo a ustedes las siguientes peticiones frente a la Resolución 054 de 2016, en uso del recurso de reposición:

1) *Que se reponga la Resolución 054 de 2016 en el sentido que no se configura la declaratoria de desierto del proceso de selección por vulneración de la selección objetiva.*

Que en subsidio de lo anterior:

2) *Que se reponga la Resolución 054 de 2016 en el sentido que no se configura la declaratoria de desierto del proceso de selección por vulneración de la selección objetiva.*

3) *Que se adelante el protocolo de pruebas con la versión de Microsoft Office 365 Pro Plus de 64 bits de 2013 al igual que la de 2016 y se valore la aprobación de las*

dos por parte de los proponentes.

4) Que una vez realizada la prueba se habilite a los oferentes que hayan cumplido con las dos pruebas realizadas, con la versión 2013 y 2016.

5) Que como consecuencia de lo anterior, que se continúe con el proceso de selección con la posibilidad de subsanar y su posterior adjudicación.
(...)"

Que comoquiera que el sustento del recurso frente a los presuntos errores del acto de declaratoria de desierto refiere a una forma de interpretación del pliego de condiciones y no a una circunstancia de nulidad del acto administrativo, los argumentos presentados como sustento del recurso no están llamados a prosperar, aspecto que hace inviables las peticiones incluidas en la solicitud.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 054 de 13 de junio de 2016, "Por medio de la cual se declara desierto el proceso de contratación bajo la modalidad de selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes por subasta No. 02 de 2016", según las motivaciones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar el presente acto administrativo a la UNIÓN TEMPORAL SAVERA TALENTO CPE 2015, integrada por las sociedades SAVERA S.A.S y TALENTO COMERCIALIZADORA S.A., o a su apoderado legalmente constituida o a la persona que éste autorice, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 al 69 y 71 de la Ley 1437 del 2011.

ARTÍCULO TERCERO. Una vez en firme el presente acto administrativo, publíquese de acuerdo con los términos establecidos en la ley.

ARTÍCULO CUARTO. El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición y contra él, de conformidad con la Ley, no procede recurso alguno.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 22 AGO 2016

El Director Ejecutivo,


REYNEL FERNANDO BEDOYA RODRÍGUEZ

Aprobó: Alexander Jaimes Rodríguez – Secretario General

Revisó: Felipe de Vivero – Asesor Jurídico Externo DE VIVERO & ASOCIADOS S.A.
María Catalina Guerrero Cárdenas – Asesora Jurídica Externa DE VIVERO & ASOCIADOS S.A.
Mauricio Quiñones Montealegre – Asesor Jurídico Externo GAIDO LTDA.
Diana Marlen Perez Liberato – Asesora Dirección Ejecutiva

Proyectó: Juan Pablo Ceballos Ospina – Subdirector Operativo
María Alexandra Sandoval Concha – Coordinadora Grupo de Contratación
Sandra Lizarazo – Profesional Grupo de Contratación