

33.

Fusagasugá, 2021-12-20

Doctora:

JENNY ALEXANDRA PEÑALOZA MARTÍNEZ

Jefe de Oficina de Compras
Universidad de Cundinamarca

Ref. Respuestas a observaciones dentro de la invitación No. 059 de 2021 cuyo objeto es:
“ADQUISICIÓN DE LOS ELEMENTOS REQUERIDOS PARA MITIGAR LA EXPOSICIÓN A LOS DIFERENTES RIESGOS PRESENTES EN LAS INSTALACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA”

Respetada Doctora:

- Con toda atención, me permito enviar la respuesta a la observación de carácter jurídico, presentadas por parte de **UDEC UT INGENIERIA**, las cuales son:
1. La entidad rechaza nuestra oferta según decreto 551 de 2020 por ítems que están exentos de IVA, este decreto rigió hasta el 30 de noviembre de 2021 teniendo en cuenta lo anterior y la respuesta que nos da la entidad; nuestra oferta fue presentada el 02 de diciembre de 2021 por lo anterior y para la fecha este decreto 551 ya no es vigente.

Por consiguiente y para beneficio de la entidad al retirar este impuesto del 19% a los ítems expuestos por ustedes, la entidad se ve beneficiada en una oferta económica más favorable donde se podrán adquirir más cantidades con el ajuste de IVA de los productos que no conllevan este impuesto. Solicitamos muy amablemente a la entidad se tenga en cuenta nuestra observación con el fin de ser habilitados ya que cumplimos financiera, jurídica y técnicamente según la calificación emitida del día 09 de diciembre de 2021

Rta/ El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 1913 de 2021 del 25 de Noviembre, resolvió prorrogar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, la cual fue declarada inicialmente mediante la Resolución 385 de 2020.

Esta prórroga será hasta el 28 de febrero de 2022, según explicó Fernando Ruiz Gómez, ministro de Salud y Protección Social, así mismo, el jefe de la cartera de Salud recordó que esta emergencia fue prorrogada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222, 738 y 1315 de 2021, también se señala que dicha emergencia sanitaria podrá ser finalizada

antes de la fecha indicada en la Resolución 1913 de 2021, cuando se desaparezcan las causas que dieron origen que, en este caso, tiene que ver con la pandemia de covid-19.

Así las cosas, el Decreto 417 del 17 de marzo 2020 señaló en su artículo 3 que: el Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en su parte considerativa, todas aquellas «adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.» Que la adopción de medidas de rango legislativo autorizada por el Estado de Emergencia busca fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, mediante la protección a la salud de los habitantes del territorio colombiano, así como la mitigación y prevención del impacto negativo en la economía del país.

Así las cosas, al continuar la Emergencia Sanitaria hasta este momento, el Decreto 551 de 2020, sigue vigente, por tanto, su observación no es aceptada.

Frente al tema de la oferta económica y de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso».

Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» nos lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo.

En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Así las cosas, la observación frente al ajuste del IVA de los productos por parte de la entidad, es una actividad que no es de su competencia y no es de aceptación por parte de la Universidad, ya que este documento parte de la elaboración del oferente y sus proyecciones, los ajustes acá nombrados serían un favorecimiento a una propuesta y basados en la selección objetiva y los principios de contratación, no son factibles estas solicitudes.

2. • Por otra parte, solicitamos aclaración del porque el oferente C.I. WARRIORS COMPANY SAS es habilitado ya que el día 09 de diciembre de 2021 en la calificación emitida son inhabilitados según el reporte allegado por la entidad donde claramente no cumple según la evaluación jurídica

Rta/ Frente a la observación relacionada anteriormente se aclara que la oferta presentada C.I. WARRIORS COMPANY SAS no continua su proceso teniendo en cuenta lo expuesto por el oferente donde indica claramente que NO CUMPLIO con la evolución jurídica, lo cual es causal para la no continuidad a la fase de evaluación de puntaje, y se considera INHABILITADO en el proceso de la invitación pública 059.

Diagonal 18 No. 20-29 Fusagasugá – Cundinamarca
Teléfono: (091) 8281483 Línea Gratuita: 018000180414
www.ucundinamarca.edu.co E-mail: info@ucundinamarca.edu.co
NIT: 890.680.062-2

*Documento controlado por el Sistema de Gestión de la Calidad
Asegúrese que corresponde a la última versión consultando el Portal Institucional*

- Con toda atención, me permito enviar la respuesta a la observación de carácter jurídico, presentadas por parte de **-UT 2021 CUNDINAMARCA**, las cuales son:

El comité financiero de la Universidad de forma errada procedió a calificarnos como no hábil en lo que se refiere a la presentación de la oferta económica, indicando que este aspecto no era subsanable en razón a que en la oferta se aplicó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a varios ítems, cuando en virtud del decreto 551 de 2020 que estos ítem señalados no tenían IVA.

Al respecto se destaca que la posición adoptada por la entidad no es la correcta, dado que existe una aplicación errónea de las normas tributarias, administrativas y constitucionales; en este sentido, lo que debió hacer la entidad fue proceder a inhabilitar a los proponentes que no aplicaron IVA a este producto. Frente a ello se le solicita a la entidad que tenga en cuenta que el año de ejecución de contrato es el 2022.

2. HABILITACIÓN OFERTA PROPONENTE UT 2021 CUNDINAMARCA

2.1 Sobre el Decreto 551 de 2020 y su vigencia.

El decreto 551 de 2020 dispuso una serie de medidas transitorias en materia tributaria con ocasión del estado de emergencia económica y sanitaria derivado de la pandemia por COVID 19, en donde se excluyeron del pago del IVA a varios productos relacionados con insumos de aseo, médicos, de protección, etc.

Inicialmente la vigencia de este decreto perduraba hasta que continuara el estado de emergencia sanitaria y sus prorrogas expedidas por el Ministerio de salud.

No obstante, dicha interpretación fue modificada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C- 292 de 2020 en donde su parte resolutive señala lo siguiente:

“ Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto Legislativo 551 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, salvo el artículo 1º que se declara **EXEQUIBLE DE MANERA CONDICIONADA**, en el entendido de que las medidas tributarias estarán vigentes durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social **y dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal**, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.”

(Negrillas fuera de texto)

(...)

Como quiera que el Congreso de la República no ha expedido norma sobre la ampliación de las exenciones tributarias adoptadas en el estado de emergencia sanitaria y económica, particularmente sobre los bienes descritos en el decreto 551 de 2020 y en virtud de que el próximo periodo de legislatura comienza el 16 de marzo de 2020 es imposible que se expida una Ley de esta naturaleza en el corto plazo, se concluye, inexorablemente, que el Decreto 551 de 2020 en lo que concierne a las exenciones tributarias ya no estará vigente el otro año. En vista de lo anterior y teniendo en cuenta que el contrato se ejecuta durante el año 2022, es más adecuado incluir en la oferta económica el IVA de estos productos, pues el mismo será plenamente aplicable y el futuro contratista tendrá que adicionarlo al valor ofertado, dado que las normas tributarias son de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, la inclusión del IVA en la oferta económica responde tanto a una planeación más estratégica por parte nuestra en aras de evitar futuros riesgos en materia tributaria, como al cumplimiento de dos obligaciones fundamentales: facturar los productos con IVA (Dado que son recursos de obligatorio recaudo) y atender la directriz de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad condicionada del Decreto 551, dado que los pronunciamientos de la Corte Constitucional también son de obligatoria aplicación de acuerdo con el ordenamiento colombiano.

Por estas razones, sorprende la posición adoptada por la entidad en torno al rechazo de la oferta, ya que era más sensato declarar como no habilitados a los proponentes que no incluyeron IVA sobre dichos productos teniendo en cuenta el panorama normativo descrito, pues esta situación puede comprometer y afectar el desarrollo del contrato. En conclusión, la entidad no puede proceder al rechazo de una oferta que se elaboró con base en el cumplimiento de las normas tributarias vigentes para el año 2022 y la sentencia citada de la Corte Constitucional, la cuál es de obligatorio cumplimiento.

2.2 Las causales de rechazo son Taxativas.

Sin perjuicio de lo establecido en el punto anterior y aun cuando la entidad mantuviera su posición en torno a la necesidad de señalar los productos exentos de IVA, se establece que esta circunstancia no es suficiente para decidir el rechazo de la oferta presentada.

En efecto, el numeral noveno de la página 6 de la invitación para presentar ofertas indica que para el presente proceso existen trece causales para el rechazo de las ofertas y dentro de las mismas en ningún momento se menciona que la ausencia de IVA en los productos sea una causal de rechazo, por lo que la decisión de la entidad plasmada en el informe de evaluación carece de sustento jurídico.

De otro lado el manual de contratación de la entidad en su artículo doce señala que se debe respetar la selección objetiva. Observamos que la causal de inhabilitación que al no ser subsanable es una causal de rechazo tácita y la cual no estaba prevista en la invitación. Por último, es importante precisar, tal y como lo hace la entidad en su Manual de Contratación, que tanto la presentación de la oferta como la futura selección del proponente se encuentran guiadas por el principio de buena fe. Por ello, todos los oferentes, al presentar su propuesta, confían en que la misma sea evaluada de conformidad con las reglas que se encuentran pactadas –ex ante-, sin que sea posible modificar las reglas durante el transcurso del proceso, pues como se señaló anteriormente, ello vulnera el principio de selección objetiva. Justamente es la aplicación de estos principios la que genera que la entidad no pueda crear nuevas causales de rechazo, ni dar una interpretación extensiva a las que ya existen, pues el rechazo de una oferta es un aspecto sumamente sensible en todo proceso de selección.

Por ello, tanto en el régimen privado como público, las causales de rechazo son taxativas y de interpretación restrictiva. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente frente a las causales de rechazo “La objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones”. En esa misma línea Colombia Compra eficiente ha manifestado que las causales de rechazo del pliego de condiciones son taxativas por ende las entidades no pueden ampliar deliberadamente una causal de rechazo en perjuicio de un proponente. En el caso que nos ocupa, se observa que la entidad en el informe de evaluación no señala

cual es la causal de rechazo concreta que aplica para tomar su decisión, omitiendo su deber de claridad y desconociendo los principios de buena fe y selección objetiva, conforme lo señalado anteriormente.

Rta/ No se aceptan sus observaciones bajo los siguientes parámetros, El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 1913 de 2021 del 25 de noviembre, resolvió prorrogar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, la cual fue declarada inicialmente mediante la Resolución 385 de 2020.

Esta prórroga será hasta el 28 de febrero de 2022, según explicó Fernando Ruiz Gómez, ministro de Salud y Protección Social, así mismo, el jefe de la cartera de Salud recordó que esta emergencia fue prorrogada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222, 738 y 1315 de 2021, también se señala que dicha emergencia sanitaria podrá ser finalizada antes de la fecha indicada en la Resolución 1913 de 2021, cuando se desaparezcan las causas que dieron origen que, en este caso, tiene que ver con la pandemia de covid-19.

Ahora bien, frente a lo mencionado por el oferente, así:

No obstante, dicha interpretación fue modificada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C- 292 de 2020 en donde su parte resolutive señala lo siguiente:

*“ Declarar **EXEQUIBLE** el Decreto Legislativo 551 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, salvo el artículo 1º que se declara **EXEQUIBLE DE MANERA CONDICIONADA**, en el entendido de que las medidas tributarias estarán vigentes durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social **y dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal**, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.”*
(Negrillas fuera de texto)

(...)

Es importante aclarar que las etapas del proceso de contratación se han dado mientras subsiste el Decreto 551 de 2020, y en su etapa precontractual se da acorde al principio jurídico donde se establece que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad a nadie. Conocerla es presupuesto tanto para gobernantes como para gobernados. De no ser así, habría la posibilidad de que cualquier persona evadiera su compromiso de observar las disposiciones jurídicas ya sea por negligencia, malicia o cualquier otra circunstancia alegando ignorancia de la norma legal, adicionalmente la sentencia C-292 de 2020 también menciona:

También señaló que, considerando que la obligación tributaria en el IVA se determina por la diferencia entre el impuesto generado y los impuestos descontables legalmente autorizados¹, “la posibilidad de imputar los saldos a favor en las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los periodos siguientes se encuentra en armonía con dicha disposición normativa, toda vez que los saldos a favor se podrán tomar contra los impuestos sobre las ventas generados, una vez

¹ Estatuto Tributario, art. 483 “Determinación del impuesto para los responsables del régimen común. El impuesto se determinará: || a. En el caso de venta y prestación de servicios, por la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas, y los impuestos descontables legalmente autorizados. [...]”.

*culmine la emergencia sanitaria referida anteriormente. De esta forma, se conserva la naturaleza de valor agregado del tributo*².

Lo anterior implica que ese resultado de la exención de IVA aplicada a la oferta ganadora del proceso se aplicaría en las siguientes vigencias de presentación de la declaración correspondiente ya que el esquema de reporte no genera sobrecosto para el contribuyente, pues ya tiene la información solicitada a su disposición, pues esta debe reposar y conservarse en sus archivos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 632 del Estatuto Tributario³ y en el artículo 19 del Código de Comercio⁴, además de que en la declaración del IVA se deben reportar y declarar las operaciones sobre los bienes que son exentos.

En consideración de las medidas del Decreto Legislativo 551 de 2020, resulta relevante destacar que su contenido es bastante similar a lo determinado por los artículos 1º a 3º del Decreto Legislativo 438 de 2020, que fue objeto de control automático e integral por la Corte Constitucional, decidido en la sentencia C-159 de 2020. Debido a la coincidencia de contenidos normativos, y a que no existen razones o circunstancias fácticas o jurídicas que permitan inaplicar el precedente contenido en la sentencia C-159 de 2020 (diferenciación de los asuntos) o que justifiquen apartarse del mismo (cambio de regla), estima esta Corte que el razonamiento y lo allí decidido, deberá reiterarse en la presente sentencia.

Así mismo en la sentencia C-158/20, la Corte aclaró que las sentencias proferidas en el control automático de decretos legislativos, no constituyen decisiones que hagan tránsito a cosa juzgada respecto de posteriores decretos legislativos, con contenidos normativos coincidentes, ya que *“aunque pueda existir coincidencia literal en cuanto a los contenidos normativos juzgados y respecto del parámetro de control, cada decreto legislativo tiene identidad causal propia, que radica en las circunstancias en las que fue expedido y en los motivos en los que se fundó. Ello implica que, a diferencia de lo que ocurre en el control rogado en el que la cosa juzgada se constituye por la identidad de dos elementos, norma juzgada y parámetro de control, la cosa juzgada del control realizado respecto de decretos legislativos involucra un elemento adicional, que consiste en la causa de la norma. Por lo tanto, en el control de decretos legislativos las decisiones que se profieran no inhiben la competencia de la Corte Constitucional para desarrollar integralmente el control automático, por no existir la triple identidad que conformaría la cosa juzgada y, por lo tanto, por tratarse de un asunto diferente al previamente juzgado. Por lo tanto, es perfectamente posible que se profieran decisiones distintas respecto de contenidos normativos idénticos, en razón de las particularidades causales de cada decreto legislativo”*.

Las normas de los Decretos Legislativos 438 y 551 de 2020 resultan equivalentes en tanto que establecen: (i) la exención al IVA en todo el territorio nacional, sin derecho a devolución y/o compensación (art. 1); (ii) la posibilidad de imputar los saldos generados en las declaraciones del IVA a las declaraciones de períodos siguientes, así como la imposibilidad de devolución o compensación de impuestos (art. 1 par. 1); (iii) el derecho a impuestos descontables en el IVA, previo cumplimiento de lo establecido en el artículo 485 del ET (art. 1, par. 2); (iv) la facturación de las operaciones exentas, con inclusión de una leyenda descriptiva (art. 2, num. 2.1.); (v) la aplicación de la exención sujeta a la importación, venta y entrega dentro del término de duración de la medida (art. 2, num. 2.2.); (vi) el deber de rendir un informe detallado de las ventas y de las declaraciones de los bienes importados,

² <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=14848>, p. 21.

³ Artículo referido al “deber de conservar informaciones y pruebas” en cabeza de las personas o entidades, contribuyentes o no contribuyentes, por un periodo de 5 años.

⁴ Código de Comercio, art. 19, obligaciones del comerciante: “Es obligación de todo comerciante: || [...] 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; || 4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades [...]”.

con corte a último día del mes, dentro de los 5 primeros días del mes siguiente, con destino a la DIAN (art. 2, num. 2.3. y 2.4.); (vii) la previsión de las consecuencias del incumplimiento de los deberes contemplados en los numerales 2.1. y 2.2. del artículo 2, particularmente, la inaplicación de la exención y la consecuente aplicación del régimen ordinario dispuesto en el ET (art. 3, inc. 1); (viii) igualmente, la consecuencia del incumplimiento de los deberes de reporte contemplados en los numerales 2.3. y 2.4., de la presentación extemporánea de los mismos o del aporte de información errada, que consiste en la imposición de la sanción establecida en el artículo 651 ET (art. 3, inc 2). Todas estas disposiciones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-159 de 2020, por lo que la presente sentencia acudirá a los razonamientos allí realizados, para llegar a tal conclusión.

Lo anterior es tomado de la Sentencia C-292/2020.

Enmarcado en lo anterior no se da viabilidad a su primera observación, ahora, frente a las siguientes, se les da las razones también de no tenerlas en cuenta por lo siguiente:

Frente al rechazo de la propuesta, la Universidad podrá realizarlo frente a los siguientes casos;

(...)

13. Cuando la propuesta no se presente con estricta sujeción a lo establecido en el numeral 6 LUGAR Y FORMA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA del MODULO IA ASPECTOS GENERALES, o cuando no se pueda revisar la información o *exista errores en el documento enviado.*

Lo anterior en consonancia con lo que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 se dice, **lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas;** eso es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso».

Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Resaltado y Negrilla fuera de texto original

Así mismo la posibilidad de subsanar las ofertas respeto al principio de igualdad, en cuanto no crea una situación discriminatoria en favor exclusivo de algunos sujetos sobre otros; por el contrario, todos los proponentes podrán y tendrán derecho, en igualdad de condiciones, para que se les permita subsanar sus ofertas, por regla general, la falta de entrega o los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables, la oferta económica no se da como subsanable dentro de los procesos, por tal motivo se rechaza la oferta, la propuesta económica, no podrá complementarse, adicionarse, modificarse o mejorarse, una vez presentada.

2. Situación con el proponente C. WARRIOR S.A.S – Solicitud de rechazo del mismo por no haber subsanado en oportuno término ni cumplir con lo solicitado por la entidad.

Rta/ Frente a la observación relacionada anteriormente se aclara que la oferta presentada C.I. WARRIORS COMPANY SAS no continua su proceso teniendo en cuenta que NO CUMPLIO con la evolución jurídica, lo cual es causal para la no continuidad a la fase de evaluación de puntaje, y se considera INHABILITADO en el proceso de la invitación pública 059.

Cordialmente,



OLGA LUCIA PERILLA SALAMANCA
Coordinadora de SG-SST

32.3.12