

11.-

Fusagasugá, 2021-11-22

Doctora:

JENNY ALEXANDRA PEÑALOZA MARTÍNEZ

Jefe de Oficina de Compras

Universidad de Cundinamarca

Ref. Respuestas a reiteración de 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 las respuestas a la reiteración de las observaciones, presentadas por parte de **UT 2021 CUNDINAMARCA**, las cuales son:

1.1 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

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

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/ Para iniciar a dar respuesta a sus inquietudes, es importante precisar que El Ministerio de Salud y Protección Social, expide la Resolución No. 1913 de 2021 en el mes de noviembre, donde se resuelve prorrogar la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, esta prórroga será hasta el 28 de febrero de 2022, compilando que esta emergencia fue prorrogada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222, 738 y 1315 de 2021.

Adicional no está de más recordar que las etapas del proceso de contratación se han dado mientras está vigente el Decreto 551 de 2020, esto en su etapa precontractual, 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, en esta medida y una vez dejando claro el tema continuamos con la exposición frente a los temas planteados.

Enmarcado en lo anterior y frente a la observación, la entidad no las tendrá en cuenta por lo siguiente:

La contratación pública en el ordenamiento jurídico se rige por los principios de transparencia, publicidad, economía, planeación y selección objetiva entre otros. Respecto del principio de selección objetiva, el mismo refiere a que como resultado del procedimiento de selección sea escogido aquel proponente que haga el ofrecimiento más favorable para la entidad y para el interés general.

La Ley 1150 de 2007, estableció la siguiente definición de la Selección objetiva:

Artículo 5o. De la 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.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que la selección objetiva es uno de los principios transversales de la contratación pública colombiana, y la ha definido en los siguientes términos:

“La selección de contratistas será objetiva”, que “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”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, 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” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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.”

De esta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección¹.

Como se evidencia del desarrollo del principio de selección objetiva realizado por el Consejo de Estado, el mismo se garantiza a través de ciertas prácticas de la Universidad de Cundinamarca, como lo son el garantizar la libre concurrencia de proponentes, escoger la mejor oferta, establecer normas claras en sus términos de condiciones y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

La prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como garantía del principio de selección objetiva se materializa principalmente en la figura de la subsanación de la oferta, la cual se encuentra regulada en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, hoy en día modificado por la Ley 1882 de 2018.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp: 18.118.
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

Ahora bien, como punto claro, lo que a la Universidad le llevo al rechazo de la propuesta, es frente al siguiente ítem;

(...)

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 respeta el 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, ya que la misma no podrá complementarse, adicionarse, modificarse o mejorarse, una vez presentada.

Ahora, frente al tema de los conceptos Jurídicos proferidos por entidades públicas, en este caso Colombia Compra, tienen su origen en el Derecho Fundamental de Petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y desarrollado en el artículo 14 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, toda persona tiene derecho a formular consultas a sus autoridades y a obtener pronta solución dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

A su turno, el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con respecto al alcance de los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas, establece que *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*.

Conforme lo anterior, se evidencia que los conceptos jurídicos proferidos por las entidades públicas como respuesta a las consultas formuladas en ejercicio del derecho de petición, en principio, no tienen fuerza vinculante.

Al respecto, la Corte Constitucional puntualizó: "Los conceptos emitidos por las entidades

públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. De llegar a establecerse una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces, esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley².

1.2 Si se considera que se cometió un error con la aplicación del Iva, el mismo no es causal de rechazo o inhabilitación de la oferta.

Por otro lado, en el caso que la entidad señale que se cometió un error aplicando a IVA a productos exentos transitoriamente, (aún cuando ello sea un error de acuerdo con lo expresado en el numeral 2.1. de este escrito), debe tenerse en consideración que ello en ningún momento implica el rechazo de la oferta.

Debido a que la evaluación debe sujetarse a las reglas de participación consagradas en la invitación, lo que debe hacer la entidad en el caso concreto es aplicar lo dispuesto en la página 29 de la invitación, que en su numeral tercero indica:

“Si el oferente no discrimina el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el bien causa dicho impuesto, la Universidad lo considerará INCLUIDO en el valor de la oferta y así lo aceptará el oferente con la sola presentación de su oferta.

Debe tenerse en cuenta que la Universidad de Cundinamarca realiza descuentos por los demás impuestos y estampillas aplicables” (Negrillas fuera de texto) Regla similar se encuentra en el documento de condiciones contractuales, que en la cláusula segunda “Valor” indica: **“Igualmente, dentro de estos valores están incluidos los costos proyectados al plazo de ejecución del presente Contrato y la utilidad razonable que el CONTRATISTA pretende obtener, en consecuencia, no se aceptarán solicitudes de reajustes invocados con base en estas circunstancias. El valor total cubre los costos directos e indirectos, impuestos, y los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato”**. (Negrillas fuera de texto) La claridad de estas disposiciones elimina, de plano, toda posibilidad de interpretación, de tal forma que la entidad en el caso que nos ocupa debe proceder a aplicar la regla señalada en la invitación y entender que los precios ofertados ya.

Rta/ No se acepta la observación, basado en los siguientes: Dentro del presupuesto estimado de los procesos de selección, normalmente se incluye la asunción por parte de los proponentes de los impuestos que deban ser cancelados por la prestación del servicio o la venta del bien. En el marco de dichos impuestos se encuentra el Impuesto al Valor Agregado o IVA, el cual está reglado por la normativa tributaria nacional, en el presente caso y como ya se describió anteriormente, el decreto 551 de 2020 exceptuó 211 ítems para el cobro del referido impuesto, condicionado por la sentencia C-292 de 2020 a la presente vigencia fiscal del 2021, lo que se debe tener en practica mientras subsista esta disposición, situación que se aprecia a la vista en el proceso en su etapa precontractual.

² Sentencia C-542 de 24 de mayo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

Teniendo en cuenta lo anterior y frente a lo solicitado referente a la aclaración de las ofertas citado por el oferente, es importante traer a colación lo que se menciona en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, donde la Subsección B³ señaló que no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo. Así mismo, se distinguió entre requisitos habilitantes y de calificación de ofertas. Donde se destaca lo siguiente:

"... Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración. Contrario sensu, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos v documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables.

Así mismo en sentencia de 3 de junio de 2015⁴, la Subsección C precisó:

"Se hace distinción entre subsanar y aclarar o explicar. Señalando que (..) aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que, si se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene". Y, por último, sostuvo que si la oferta no se ajusta a lo pedido en el pliego, la entidad optara por: "a) permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley; **b) rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia que produce esa consecuencia y es insubsanable,** o c) evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración".

Subrayado y en negrilla fuera de texto.

De lo anterior se concluye que, las autoridades no pueden rechazar las propuestas alegando omisión o deficiencias habilitantes, con la connotación de subsanables. Así mismo, la posibilidad de aclaración o explicación parte del supuesto de que el requisito se cumpla, en tanto no es posible aclarar o explicar lo inexistente. De ese modo se confirma la modificabilidad de las propuestas. Cabe diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen, lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito en si mismo considerado, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Esto supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por nuestra normatividad.

³ M.P. Danilo Rojas Betancourt, exp. 27896.

⁴ M.P. Olga Valle de De La Hoz, exp. 31211.

Ahora bien, frente a lo que menciona en las reglas de participación consagradas en la invitación, lo que debe hacer la entidad en el caso concreto es aplicar lo dispuesto en la página 29 de la invitación, que en su numeral tercero que indica:

“Si el oferente no discrimina el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el bien causa dicho impuesto, la Universidad lo considerará INCLUIDO en el valor de la oferta y así lo aceptará el oferente con la sola presentación de su oferta.

Si observamos con claridad el ítem planteado es puntual, *“cuando no se discrimina el IVA” la Universidad lo considerara INCLUIDO en el valor de la oferta*, en el presente caso, el Impuesto a las Ventas (IVA) ya venía relacionado en la oferta económica, ya venía causado, ya venía descrito como tal en el anexo 3, lo que nos conlleva a que si se deja inhabilitado el oferente, le daremos paso a una subsanación, lo que desembocaría en una mejora de la oferta, violando los principios de transparencia y selección objetiva que tanto se han hablado y comentado en las observaciones.

En este orden de ideas, se evidencia una línea clara por parte del Consejo de Estado⁵, en la cual advierte que la entidad, en garantía de la selección objetiva, deberá evaluar si es un error formal o sustancial, y de no ser sustancial la entidad podrá corregirla y llevar a las propuestas a un punto de comparación para que se garantice el principio de selección objetiva, situación que no sucede en el presente caso, ya que al exponernos a corregir como entidad contratante en este punto de la oferta, su precio variaría sustancialmente, modificando el mismo y violando los principios que nos rigen desde la contratación en la entidad.

Cordialmente,



CLAUDIA VIVIANA SANCHEZ SERNA
Directora Jurídica

Proyectó: Hendrich Friedrich 

11-46.8

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 36054B, M.P. Enrique Gil Botero.
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