

Neiva, 23 de Abril de 2015

Señor (es)

**INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS
TÉCNICOS EN EL EXTERIOR - ICETEX**
Bogotá D.C.

Ref. Proceso de Selección Pública del Contratista No. 003 de 2015.

Asunto: Replica a observaciones presentadas por los proponentes.

GINA PAOLA LEGUIZAMO RAMÍREZ, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 26.424.702 de Neiva, en mi calidad de representante legal de la empresa **INGINERADOS DEL HUILA - INCIHUILA S.A E.S.P.**, con Nit. 813.005.241-0, de manera respetuosa y en atención a las observaciones presentadas por los proponentes **ASEAR S.A. E.S.P, FLÓREZ & ÁLVAREZ S.A., Y SOLMEX DEL CARIBE S.A.S.**, me permito presentar replicas a las observaciones presentadas por estos dentro del proceso contractual del asunto, observaciones que fueran publicadas en el SECOP el día 22 de Abril del presente año.

OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

Solicitan los observantes que la entidad declare desierto el presente proceso contractual teniendo en cuenta que este indujo en error a todos los proponentes al establecer dentro de los pliegos definitivos que:

*“ El proponente deberá diligenciar el ANEXO No. 10 “Propuesta Económica” y ANEXO No. 17, que hace parte integral del Anexo No. 10 “, **sin efectuar modificaciones de orden ni contenido del mismo**, indicando en pesos colombianos, el valor de su propuesta económica, incluyendo el valor del IVA, si es responsable de éste.” (Negrilla y resalto fuera de contexto)*

Instituyó además como causal de rechazo en el numeral 5.10 literal (e) que fuera modificado mediante adenda número 3 que indica:

“Cuando no se presente diligenciado **o sea modificado o alterado en alguno(s) de su(s) ítem(s)** o no se oferte la totalidad de los ítems incluidos en el Anexo No. 10 – Propuesta Económica o no siga las instrucciones precisas para el diligenciamiento del citado anexo.” (Negrilla y resalto fuera de contexto)

Una vez analizada esta observación y al revisar el anexo 10 propuesta económica se observa que la entidad separó los valores correspondientes a San Andrés Islas del resto de los Departamentos, en razón de la exclusión del cobro del impuesto sobre las ventas estatuido en el artículo 22 de la ley 47 de 1993, pero no lo hizo con el Departamento de Amazonas el cual se encuentra excluido de este impuesto en razón a lo indicado en el artículo 270 de la ley 223 de 1995.

En tal circunstancia y al no permitirse alterar el contenido ni orden del anexo 10 propuesta económica **por encontrarse establecido como causal de rechazo dentro de los pliegos de condiciones definitivo**, y al no separarse el Departamento de Amazonas tal como se hizo con el Departamento de San Andrés, aun estando enterada la entidad de la existencia de la exclusión legal del impuesto sobre las ventas para este Departamento, **se indujo a que todos los proponentes cometieran el mismo error**, aún, cuando estos se percataron de la exclusión legal que tenía este Departamento, se les imposibilitaba excluirlo de manera real y efectiva teniendo en cuenta que esto llevaría a modificar el anexo 10 propuesta económica incurriendo en la causal de rechazo establecida en el literal “e” del punto 5.10 que fuera modificado mediante adenda número tres ya transcrito con anterioridad, aun habiendo los oferentes indicado en este anexo el “hecho o circunstancia” que excluía del impuesto sobre las ventas al Departamento de Amazonas.

Los procesos de selección de contratistas del Estado están concebidos para que de ordinario culminen en el acto de adjudicación al proponente que hizo la oferta

más favorable, decisión que debe estar debidamente razonada y motivada¹. **Sin embargo, pueden sobrevenir circunstancias excepcionales que trunquen o hagan imposible la selección objetiva del contratista y que generan el fracaso del proceso de contratación.**

En desarrollo del principio de economía la Ley 80 de 1993², prevé que la **declaratoria desierta de un proceso contractual únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista** y se adoptará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Consultada la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición **se tiene que para el legislador era claro que la medida excepcional de declaratoria de desierta únicamente procedería por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva**, *“de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido”*.³

Con esta perspectiva, el estatuto general de contratación de la administración pública exige que en los pliegos de condiciones se **definan en forma precisa y clara las reglas que permitan la selección del contratista, que eviten condiciones que puedan frustrar la escogencia del mismo** y precipiten la declaratoria desierta del proceso de selección ante situaciones excepcionales⁴. De suerte que la Ley 80 de 1993 cambió lo establecido en el Decreto 222 de 1983, en el que se establecía la procedencia de esta figura excepcional, entre otros eventos, por motivos de conveniencia (art. 42), siendo en la actualidad únicamente procedente la declaratoria desierta de un proceso en el evento en que se impida la selección objetiva del contratista, situación establecida por el ICETEX dentro de

¹ Artículos 24 numeral 7 y 30 numeral 11 de la Ley 80 de 1993

² Artículo 25 y numeral 9 del artículo 30

³ Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

⁴ Numeral 5 letra b) del artículo 24 Ley 80 de 1993

los pliegos definitivos al establecer en el punto 2.18 que el presente proceso de selección pública del contratista se declarará desierto:

“ En caso que no sea posible la adjudicación, ICETEX declarará desierto el presente Proceso de Selección por los motivos o causas que impidan la selección objetiva de la propuesta más favorable para la Entidad, ya sea porque las propuestas no cumplan con las condiciones señaladas en este Pliego de Condiciones para ser objeto de adjudicación, porque no se presenten propuestas, o por cualquier otra causa que impida su escogencia, mediante acto administrativo debidamente motivado en el que se señalarán, en forma expresa y detallada, las razones que han conducido a esa decisión y lo notificará a todos los Proponentes. Contra dicho acto procede únicamente el recurso de reposición.

...” (Negrilla y resalto Fuera de Contexto)

Como ya lo manifesté, Según la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ las entidades públicas no tienen la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales o circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada, para el presente caso declarar desierto este proceso contractual tendría sustento legal en el parágrafo segundo del artículo 37 del manual de contratación del ICETEX el cual regula este proceso al establecer que:

“Artículo 37°. Selección Pública del Contratista. Para celebrar contratos cuya cuantía sea igual o superior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv), el ICETEX seleccionará al contratista mediante un procedimiento de selección pública de contratista en el que se observarán las siguientes reglas:

...

Parágrafo segundo: En caso de no lograrse la adjudicación, la entidad declarará desierto el proceso mediante Acto Administrativo que se publicará en EL SECOP y/o la página web de la entidad. ...”

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), CP Ruth Stella Correa Palacio.

De acuerdo con tal planteamiento, es lógico concluir que el presente proceso de selección pública de contratista no puede lograrse adjudicar, pues las actuales condiciones no permite posibilidad alguna de lograr objetivamente la selección del contratista que ejecute de manera correcta y en las condiciones técnicas exigidas en los pliegos definitivos, pues es claro que no puede quedar al libérrimo arbitrio de la Entidad decidir si opta o no por esta medida excepcionalísima, solo basta con establecer que no se puede lograr la selección objetiva para llevar la declaratoria desierta del proceso contractual que nos ocupa, el no hacerlo, pone no sólo en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella sino en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3º; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1º, 2º y 3º; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993).

No debe perderse de vista que, como lo ha sostenido el más alto tribunal de lo contencioso administrativo⁶, los artículos 23, 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993 ordenan que las actuaciones de quienes intervienen se desarrollen con arreglo al principio de transparencia (desarrollo del principio de imparcialidad de la función administrativa, arts. 209 Constitucional), **por cuya virtud en los términos de referencia se definirán ab initio las reglas objetivas, justas claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación** (lit. b num. 5 del art 24 ley 80 de 1993); con sujeción a los principios de economía y publicidad (art. 209 C. N). Todo ello, en orden a asegurar la selección objetiva (num. 1 del art. 5 *eiusdem*), pero cuando dentro de los pliegos no se ha sido claro para llegar a este objetivo, genera confusión entre los proponentes y como consecuencia de ello no permite una selección objetiva, sin existir más camino que realizar la declaratoria desierta del proceso afectado en pro de proteger la necesidad a satisfacer con la ejecución del contrato, contrario sensu, el adjudicar en esos términos afectaría la necesidad que se ha querido suplir con el proceso contractual aquí debatido.

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, rad. 76001-23-31-000-1996-02716-01, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Por todo lo anteriormente expuesto, al no haber proponente que cumpla con las condiciones técnicas y económicas exigidas en el pliego de condiciones definitivo, solicito de manera respetuosa a esa Entidad declarar desierto el presente proceso contractual y se proceda conforme lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 37 del Manual de Contratación del ICETEX.

REVOCATORIA DIRECTA RESOLUCIÓN No. 0277 DEL 12 DE MARZO DE 2015.

El artículo 93 de la ley 1437 de 2011 establece la posibilidad de que la administración proceda a la revocatoria de un acto propio que ha sido expedido en contra de los propósitos del ordenamiento jurídico, que atente contra el orden público, o que cause un agravio injustificado a una persona en particular.

Esta disposición encuentra su sustento normativo **en el hecho de que Colombia es un Estado Social de Derecho**, según el decir del artículo primero de la Carta Política, lo cual significa que las actuaciones del Estado deben estar enmarcadas dentro de un ordenamiento jurídico y un sentido social previamente definidos, que establecen los raseros con los cuales se medirán todas sus actuaciones.

Al decir de VIDAL PERDOMO, se puede sostener que “la actividad de la administración debe estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores”, para agregar luego que “la consecuencia que se deriva de la existencia de este principio es la de que la violación del orden jurídico por un acto administrativo puede dar lugar a su anulación por el juez que ejerce el control legal”.

En este orden de ideas, la legislación en materia contencioso administrativa no guarda silencio respecto a la posibilidad de que la administración obre por fuera de tales parámetros, **sino que le otorga la posibilidad a los particulares de atacar los actos administrativos que consideren contrarios a derecho ante los**

jueces de la República, a fin de que se declare la nulidad de ellos. Además, se afirma el derecho fundamental de acceso a la justicia para que se entablen todas las acciones judiciales pertinentes que tengan por objeto discutir la legalidad y la justicia de las actuaciones administrativas, contractuales y extracontractuales que emanan del Estado.

Empero, se debe destacar que no solo la vía judicial es la única que se ha establecido para ajustar los actos de la administración al ordenamiento jurídico, sino también se ha dispuesto que la misma administración revoque, de manera directa, los actos que considere contrarios al ordenamiento jurídico por alguna de tres razones especificadas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Esta revocatoria tiene la facultad de dejar sin efecto, de pleno derecho, los actos administrativos cuestionados cuando se ha incurrido en alguna de las causales de revocatoria, las cuales pueden ser alegadas por la misma administración, o por una parte que tenga interés en ello.** Así, se recuerda el texto de la norma citada, en la cual se dispone que:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”

Se debe destacar que este control de legalidad que realiza la administración al evidenciar que uno de sus actos contraría lo establecido dentro de normas jurídicas superiores debe tener justificación en alguna de las tres causales establecidas en el transcrito artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ello es así, por cuanto el Estado no puede

emitir ningún tipo de acto que no encuentre justificación en norma jurídica previa que lo autorice a incurrir en dicho proceder, lo cual se conoce bajo el nombre de principio de legalidad. Establecer simplemente la posibilidad de que el Estado contraríe sus actos propios por mero capricho de sus funcionarios contraviene cualquier idea de Estado de Derecho que se tenga, puesto que tal proceder se tornaría arbitrario y aún más lesivo de los intereses de los administrados que lo que podría ser el mantenimiento del acto revocado, puesto que se derivaría en una constante situación de incerteza jurídica que concluiría en el caos y la alteración del orden público.

Que sobre la Revocatoria Directa la Corte Constitucional en sentencia C.-742 de 1999 señalo:

“...La revocación directa tiene un propósito diferente: el de dar a la autoridad la oportunidad de corregir lo actuado por ella misma, inclusive de oficio, ya no con fundamento en consideraciones relativas al interés particular del recurrente sino por una causa de interés general que consiste en la recuperación del imperio de la legalidad o en la reparación de un daño público. Según el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que guarda relación con el demandado: “...Artículo 69. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona...”.

En el asunto que nos ocupa, se encuentra que se configura la primera de las causales mencionadas, toda vez que se estaría contrariando la ley en materia de contratación (Numeral 5 letra b) del artículo 24 Ley 80 de 1993) al publicar la entidad contratante pliegos de condiciones que no **definía en forma precisa y clara las reglas que permitan la selección objetiva del contratista**, pues como ya lo manifesté al inicio del presente escrito, la entidad no permitía que el anexo

10 propuesta económica fuera modificado por ser una causal de rechazo, y por otra, este mismo anexo no permitía excluir de manera real y efectiva del impuesto de ventas a los servicios prestados en el Departamento de Amazonas aun cuando los proponentes indicaron en su oferta la norma que lo excluía, pues de hacerlo de la misma forma en que esa entidad lo hizo con el Departamento de San Andrés, se estaría modificando dicho anexo e incurriendo en la causal de rechazo establecida en el numeral 5.10 literal (e) de los pliegos definitivos y que fuera modificado mediante adenda número 3.

Por todo lo anteriormente expuesto, y en caso que la entidad no considere declarar desierto el presente proceso, solicito de manera respetuosa revocar la resolución No. 0277 DEL 12 DE MARZO DE 2015 mediante la cual esa entidad ordenó dar apertura al presente proceso contractual.

Atentamente,



GINA PAOLA LEGUIZAMO RAMÍREZ
REPRESENTANTE LEGAL