RESOLUCIÓN NÚMERO: 12534-11-2022

"Por medio de la cual se sanea el proceso de Selección Abreviada No. DC-GSAP-SAMC-001-2022"

La Gobernadora (E) del Departamento del Cauca, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por el art. 305 de la Constitución Política, 11 y 49 de la ley 80 de 1993, el Decreto Departamental No. 1991-11-2022 del 15 de noviembre de 2022 y

CONSIDERANDO:

Que el Departamento del Cauca pretende adelantar la siguiente contratación: **"EL CONTRATISTA SE OBLIGA CON EL DEPARTAMENTO A PRESTAR SERVICIOS DE APOYO EN EL DESARROLLO DE ESPACIOS PARA LA PARTICIPACIÓN DE JOVENES Y LGTBI –OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA EN EL MARCO DEL PROYECTO "APOYO PARA EL EMPODERAMIENTO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POBLACIÓN JÜVENIL Y LGTBI – OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA"**, de conformidad con los estudios previos elaborados por la entidad, para lo cual publicó el pasado 21 de Octubre de 2022 en el SECOP II www.colombiacompra.gov.co, el aviso, los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones respectivo y documentos que lo respaldan.

Dentro de la oportunidad concedida para la presentación de observaciones, fueron varios los interesados, que observaron puntualmente los requisitos habilitantes de calidad de los participantes y de experiencia general y específica. Lo anterior tal y como se puede evidenciar en la plataforma SECOP II. La observación fue planteada en los siguientes términos:

> *"EXPERIENCIA GENERAL*
>
> *El proponente deberá acreditar experiencia en la ejecución de contratos clasificados en por lo menos dos de cualquiera de las siguientes actividades: 80111600, 93141700, 93141500 80141900, 80141600, 86101700 del Clasificador de Bienes y Servicios, cuyo valor ejecutado expresado en salarios mínimos **sea mínimo del setenta por ciento (70%) del presupuesto oficial** de la presente contratación (expresado en salarios mínimos del año 2022)".*
>
> *"Con relación a la experiencia general debe señalarse que los códigos que se solicita que se incluyan (93141500 y 86101700) Desarrollo y servicios sociales y servicios de capacitación vocacional, respectivamente, están directamente ligados a los proyectos que viabilizan la ejecución de los recursos con los que se adelanta la contratación, por lo que en aplicación de la proporcionalidad que deben guardar los requisitos habilitantes, es más que valida su inclusión".*
>
> *Con respecto a la modificación planteada en el acápite de experiencia específica, encontramos que la misma resulta adecuada y proporcional a la naturaleza y cuantía de la contratación. **Respecto a la experiencia que puede ser acreditada con contratos en ejecución,** vale precisar que Colombia Compra Eficiente, en concepto 4201713000001815 y concepto C-727 de 2021, ha señalado de manera enfatica que esto es posible, soportada en la circular única externa de la Superintendencia de industria y comercio que de manera vinculante le direcciona a las cámaras de comercio la forma en la que deben tener por acreditada la experiencia de los proponentes en los siguientes términos:*
>
> *"Los contratos de tracto sucesivo se considerarán ejecutados en la porción efectivamente cumplida. Para proceder al registro de la experiencia de un contrato de tracto sucesivo en curso, es necesario que el tercero que recibió los bienes, obras o servicios relacionados certifique expresamente la cuantía y objeto del contrato efectivamente ejecutados"*

La respuesta a la observación, emitida por la entidad, la cual fue objeto de expedición de la adenda No.02, dispuso lo siguiente:

> *"En aras de garantizar requisitos habilitantes **adecuados y proporcionales**, que permitan la escogencia objetiva de contratista idóneos, sin poner en riesgo la integra ejecución del contrato, **se acepta parcialmente la observación**, por lo que los requisitos de experiencia general y*

*especifica contenidos en los numerales 5.4.4.1. y 5.4.4.2. del pliego de condiciones, se ajustarán de la siguiente forma, co**nsiderando que los códigos que se incluyen guardan relación directa con los servicios que se pretenden contratar**, circunstancia por la cual se ampliará el objeto y alcance de la experiencia especifica exigida*

Con relación a la posibilidad de acreditar experiencia especifica mediante contratos de tracto sucesivo que se encuentren en ejecución, debe precisarse que no se acepta la observación, toda vez que la circular de la SIC hace referencia al proceso de acreditación de experiencias ante las cámaras de comercio previa inscripción en el RUP, sin embargo, para efecto de acreditar de manera fehaciente la ejecución integra de un contrato, la única forma de corroborarlo es a través del acta de liquidación, recibo final o constancia de cumplimiento. Por lo anterior, los numerales de experiencia general y específica quedarán de la siguiente forma (...)

Como se observa, la entidad **ACEPTÓ PARCIALMENTE** la observación, porque su espíritu fue aceptar íntegramente lo propuesto como requisito de experiencia general respecto de los códigos, el número de códigos que tenían que acreditar y el presupuesto oficial que deben acreditar como ejecutado, pero **NO ACEPTAR** lo relacionado con la experiencia especifica que pretendía el observante, con respecto a que esta pudiera ser acreditada mediante contratos de tracto sucesivo que se encontraran en ejecución. Sin embargo, por un mero error de digitación, se guardó absoluto silencio respecto al porcentaje de ejecución que se tenía que acreditar como experiencia general, la cual había sido observada para que fuera del 70% del presupuesto oficial. Es decir lo único con lo que no estuvo de acuerdo la entidad, fue respecto de la experiencia específica y su forma de acreditarla con contratos de tracto sucesivo en ejecución.

La respuesta a la observación, fue estructurada atendiendo las directrices de Colombia Compra eficiente para la determinación y estructuración de requisitos habilitantes, por lo que el espíritu de la respuesta a la observación, en garantía de los principios de selección objetiva, pluralidad de oferentes y transparencia, buscó aceptar la observación de experiencia (general y especifica), la general de manera íntegra, pero no la específica, porque con la experiencia general planteada, se garantizaba un requisito **ADECUADO Y PROPORCIONAL**. Dicha guía señaló lo siguiente:

"La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra".

Conforme a lo anterior, es claro que el silencio que guardó la Entidad, respecto al porcentaje de ejecución que debía ser acreditado en la experiencia general, generó una ambigüedad, falta de claridad e inducción a error al proponente, circunstancia que afecta la eficacia en la prestación del servicio público.

Mediante Resolución No. 12062-10-2022 del 31 de octubre de 2022 se dio apertura al proceso de Selección Abreviada a través de Subasta Inversa la cual, fue publicada junto con el pliego de condiciones definitivo el pasado 02 de Noviembre de 2022.

El proceso de la referencia fue estructurado en el marco del proyecto inversión denominado **PARTICIPACIÓN DE JOVENES Y LGTBI –OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA EN EL MARCO DEL**

PROYECTO "APOYO PARA EL EMPODERAMIENTO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POBLACIÓN JUVENIL Y LGTBI – OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA" que pretenden ser ejecutado en beneficio de una población juvenil y LGTBI-OSIGD.

De conformidad con lo dispuestò en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, es fin máximo de la contratación, lograr el **cumplimiento de los fines del estado y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados**, en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 3.-** De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*
>
> *Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".*

El artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, que hace referencia a los fines del estado, dispuso que:

> *"**ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: **servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*
>
> *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".*

Que como se puede evidenciar en la plataforma SECOP II, la observación iba encaminada a que la experiencia general pudiera ser acreditada con más códigos y hasta por el 70 % del presupuesto oficial, aspecto que fue aceptado íntegramente por la entidad, pero por un mero error de digitación, no fue incluido ni en la respuesta a la observación ni en la adenda No.02 expedida por la entidad. Que el único aspecto que no se aceptó en la observación fue lo relacionado con la forma de acreditar experiencia especifica mediante contratos de tracto sucesivo que se encuentren en ejecución, circunstancia por la cual todo lo que difiera de esto, fue aceptado íntegramente.

Todo lo anterior conduce a que con dicho ajuste que propende sanear ese mero error formal de digitación, se garantizaría plenamente el fin máximo de la contratación estatal (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), aclarando que de mantenerlo incólume atentaría contra dicha finalidad toda vez que se erigiría en un requisito de imposible cumplimiento.

El literal b del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dispone entre otras reglas de imperativo cumplimiento que, los pliegos de condiciones deben:

> *"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y **eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso**.*
>
> *d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Que en ese mismo sentido, el inciso final del citado artículo 24, refiere que cualquier condición que vaya en contravía de los postulados citados, debe entenderse por no escrita en el pliego, al sancionársele como de *ineficaz de pleno derecho.* Así lo dispuso la norma:

> *"**Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral**, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados".*

El consejo de Estado[1], ha referido de manera reiterada que, por ejemplo, *"ante varias interpretaciones posibles y no existiendo otros criterios hermenéuticos de mayor jerarquía, los documentos del contrato deben interpretarse en favor del sujeto que no participó en su redacción, esto es, contra la parte -en estos casos la entidad- que los pre dispuso".* Y continuó señalando:

> *"Esta conclusión también se apoya, adicionalmente, en los principios de la contratación estatal, específicamente el de concurrencia, según el cual ante diferencias interpretativas debe optarse por el sentido más favorable a los oferentes, ya que no hacerlo implica descartar una propuesta que podría ser la más favorable a la entidad.*
>
> *El anterior criterio simplemente apoya la regla sentada en el artículo 1624 del Código Civil, al que se acude por la remisión que hace la Ley 80 de 1993 a las normas civiles y comerciales -artículo 13-, que es el principal argumento para optar por la dirección hermenéutica defendida, ya que es la entidad la que confecciona el negocio y la forma de seleccionar al contratista, en vista de que los contratos estatales son principalmente adhesivos, y las disposiciones del contrato, al igual que los documentos anteriores, se itera, no existiendo un criterio hermenéutico de mayor jerarquía, se interpretan contra la entidad, que debe soportal dicha carga al ser la parte que escribe las estipulaciones, limitándose los proponentes a aceptar y por tanto interpretando en su favor".*

El artículo 49 de la Ley 80 de 1993 permite sanear los vicios que no constituyan causales de nulidad, en aras de tutelar las buenas reglas de la administración, para tal efecto dispuso que:

> ***"ARTÍCULO 49. DEL SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO O DE FORMA.** Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio".*

El artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 refiere que:

> ***"ARTÍCULO 41. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.** La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla".*

Así las cosas y con el ánimo de dar prevalencia a lo dispuesto a los principios de selección objetiva, transparencia y pluralidad de oferentes, resulta necesario sanear el error de digitación, referido en la experiencia general del lote 2.

En mérito de lo expuesto,

[1] Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C. Radicado 25.341 del 6 de mayo de 2015. C.P. Olga Melida Valle de La OZ.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Sanear el proceso de Selección Abreviada No. DC-GSAP-SAMC-001-2022 cuyo objeto es: ***"EL CONTRATISTA SE OBLIGA CON EL DEPARTAMENTO A PRESTAR SERVICIOS DE APOYO EN EL DESARROLLO DE ESPACIOS PARA LA PARTICIPACIÓN DE JOVENES Y LGTBI –OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA EN EL MARCO DEL PROYECTO "APOYO PARA EL EMPODERAMIENTO PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA POBLACIÓN JUVENIL Y LGTBI – OSIGD EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA"***, por lo que para todos los efectos, la experiencia general debe ser acreditada con el 70% del presupuesto oficial.

ARTÍCULO SEGUNDO: Contra la presente resolución no proceden recursos, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011.

ARTICULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Popayán a los

LAURA OLINFA AMU VENTÉ
Gobernadora (E) del Departamento del Cauca

Revisó: Juan Fernando Ortega Olave - Jefe Oficina Asesora Jurídica del Departamento
Andres Leguizamo Madrigal – Contratista Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Lucely Gutiérrez Tao – Jefe Oficina Gestión Social y Asuntos Poblacionales
Proyectó: María Antonia García H - Abogada Contratista Gestión Social y Asuntos Poblacionales