Código TRD: 4040

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
Fecha: 2024-09-27 12:12:34 Folios:
Radicado: 242123967
Tramite a: DENICE BIBIANA ACERO VARGAS

MEMORANDO

PARA: **DENICE BIBIANA ACERO VARGAS**
Directora de Infraestructura

DE: **SERGIO ALVENIX FORERO REYES**
Subdirector de Gestión Contractual

ASUNTO: **Respuesta observación componente jurídico proceso FTIC-CM-006-2024. Interventoría integral "Conectividad para Cambiar Vidas."**

FECHA: 27 de septiembre de 2024

Cordial saludo:

Adjunto respuesta a observación jurídica presentada en el marco del proceso FTIC-CM-006-2024 que tiene por objeto: ***"Ejercer la Interventoría Integral para llevar a cabo el seguimiento y verificación de las obligaciones técnicas, jurídicas, financieras, y administrativas del Contrato Interadministrativo No 1203 de 2023, correspondiente al Acuerdo especifico No 2, derivado del Convenio Interadministrativo Marco de Cooperación No 790 de 2023 "Conectividad para Cambiar Vidas."***

Atentamente,

(FIRMADO DIGITALMENTE)
SERGIO ALVENIX FORERO REYES
Subdirector de Gestión Contractual

Proyectó: Nancy Stella Patiño León / Abogada Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Angelica del Carmen Ordoñez - Contratista Subdirección Gestión Contractual

C.C. Carpeta contractual

CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO
No FTIC-CM-006-2024

RESPUESTA A LA OBSERVACIÓN / COMPONENTE JURÍDICO

INTERESADO: TBK CONSULTORES S.A.S. - BIC
FECHA: 24/09/2024 **HORA**: 3:50 P.M.
REFERENCIA DEL MENSAJE: CO1.MSG.6869650

OBSERVACIÓN: *¨El numeral 4 del numeral 1.29 "DECLARACIÓN DE DESIERTA" del pliego de condiciones dice:*

"El Representante legal del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o su delegado no acoja la recomendación del comité evaluador y opte por la declaratoria desierta del proceso, caso en el cual deberá motivar su decisión."

Este numeral 4 precitado viola de bulto el ordenamiento legal vigente, toda vez que las causales para declarar desierto un proceso de selección, están señaladas taxativamente en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y la Entidad no está facultada para añadir a su arbitrio o de manera caprichosa otras que no contemple la misma ley.

Se le recuerda a la Entidad que a diferencia de los particulares que pueden hacer todo lo que no les está prohibido, los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que expresamente está estipulado en las normas legales y reglamentarias y en lo que respecta a las causales para declarar desierto un proceso de selección tienen la obligación legal de acatar únicamente las que están en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, de lo contrarios y como mínimo, estarían extralimitando sus funciones sin contar con que pueden incurrir en responsabilidad fiscal e incluso en delitos asociados a la contratación estatal.

Así lo refrendan las sentencias del Consejo de Estado – Sección tercera; una con ponencia de Danilo Rojas Betancourth de 2013 y otra con ponencia de Martha Nubia Velásquez Rico de 2018 cuando insisten en sostener que la declaratoria de desierta únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y nunca a instancias de omisión ilegales de los deberes a cargo de la entidad estatal o de otra causal ajena a las normas, pues el numeral observado riñe claramente con el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y con los principios de la función administrativa (209 superior y 3o de la Ley 489 de 1998), y en particular con los propios de la función administrativa contractual del 23 ley 80 1993.

***No señores, los representantes legales de las entidades públicas no están facultados para expedir actos administrativos para declarar desiertos los procesos de contratación con ninguna otra motivación que no esté dentro de las normas legal acá citadas**, ninguna otra motivación es jurídicamente válida para hacer tal declaración que no esté establecida en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque cualquier otra motivación que no esté consagrada en la ley y la jurisprudencia vigente, **será una falsa y/o indebida motivación de dicho acto administrativo que claramente extralimitaría las competencias del representante legal** llevándolo a ser responsable por sus actuaciones y por los perjuicios económicos que cause.*

Y cuando se habla de vulneración a la selección objetiva para declarar desierto un proceso de selección, hablamos de errores, defectos, impresiones y/o reglas del pliego de condiciones que no permitieron la evaluación objetiva de

las propuestas o de la única propuesta válida presentada, porque recordemos que es completamente legal adjudicar procesos de selección a un solo proponente que cumpla las reglas de los pliegos de condiciones, asunto que nada tienen que ver con la discrecionalidad malintencionada y/o el gusto y/o capricho del representante legal o funcionario de turno.

Recordemos nada más el escándalo jurídico que se suscitó, y es hoy motivo de sanciones de los entes de control respecto de la discrecional determinación tomada por el representante legal de la Cancillería (licitación de pasaportes), cuando, sin apego a las normas declaró desierto un proceso de una manera que hoy es motivo de sanción e investigación, tanto por la Procuraduría General de la Nación como de otros entes de investigación a la cual han compulsado copias. En otras palabras, la entidad en este pliego de condiciones del presente proceso está incorporando una regla que vulnera las normas legales y así lo ha entendido hoy la Procuraduría General de la Nación y es motivo de investigación de otros entes como la Contraloría General de la República, e incluso y eventualmente de la Fiscalía porque habiendo "dolo" es decir conocimiento de la vulneración e "intención" de vulnerar normas y derechos, puede eventualmente convertirse en un delito.

Así que la invención según la cual el representante legal de una entidad a su juicio y por fuera de las taxativas causales del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, (y aunque medie un acto administrativo para ello), pueda declarar desierto este proceso por fuera del marco legal precitado, es ilegal y contraviene además la jurisprudencia vigente al respecto.

Además, porque el representante legal que suscriba un acto administrativo de declaración de desierto que no esté fundamentado estrictamente en las causales del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 o que dándole una interpretación amañada al mismo expida dicho acto de declaración de desierto con una falsa o indebida motivación, podría incluso estar inmerso en un presunto "prevaricato por acción" que les recuerdo se tipifica claramente en el artículo 413 de nuestro Código Penal cuando señala que: "El servidor público que profiera resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses." (Destacados fuera del texto original).

Y lo anterior, reiteramos sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias y hasta penales claramente atribuibles a un funcionario que por vía de capricho llegare a extralimitar sus funciones por el ignorante y presuntuoso intento de modificar una Ley Estatutaria por vía de un acto administrativo invadiendo competencias que solo tiene el Congreso de la República.

Se llama a la reflexión a la entidad contratante en tal sentido, porque no será válida la excusa para el ordenador del gasto el compromiso de su responsabilidad al realizar tal ilegalidad y menos aduciendo que fue alguna instrucción de algún alto funcionario del gobierno. Reitero que por ello posiblemente es que hoy el excanciller (Leyva Durán), está sancionado por la Procuraduría General de la Nación y su conducta es motivos de otras graves investigaciones.

Invitamos a los funcionarios del Mintic que hoy están estructurando este proceso a mirar el documento de respuestas que el mismo Ministerio ya dio con ocasión del proceso No. FTIC- LP-001-2014 cuyo objeto era: "Realizar mediciones técnicas especializadas en relación con la ampliación de cobertura, actualización tecnológica, disponibilidad y la calidad de los servicios prestados por los operadores móviles en todo el territorio nacional.", donde a una observación similar aceptaron los argumentos del observante y dijeron al respecto:

> *"RESPUESTA 1: El Ministerio/Fondo Único de TIC informa que, revisada la observación se acoge parcialmente la misma ajustando el texto del numeral 1.26. Declaración de Desierta del pliego de condiciones ya que la intención*

de la Entidad no es establecer una causal para declarar desierto diferente a las establecidas en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 o demás normas que regulen la materia.

Conforme lo anterior, el ajuste se verá reflejado en el Pliego de Condiciones Definitivo."

Como consecuencia apenas lógica y jurídica de todo lo señalado, se solicita amablemente eliminar la causal 4 del numeral 1.29 del pliego de condiciones tratado en esta observación. ¨

RESPUESTA: Se aclara al observante que la declaratoria de desierta procede únicamente por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista. Al revisar el numeral 4 se evidencia que la misma no debe ubicarse en este numeral, toda vez que esta corresponde a la facultad que se otorga por ley a la ordenadora del gasto en cumplimiento del artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que*: ¨**En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión¨.*** Es decir, este articulado reconoce que el representante legal puede apartarse de la recomendación del comité evaluador, si considera que hay razones suficientes para considerar que el informe de evaluación es equivocado, pero tiene una carga de motivación de la decisión.

Con base en lo anterior se acoge la observación y se modificar el numeral 1.29. DECLARATORIA DE DESIERTA eliminado el subnumeral 4. El cambio se verá reflejado en el pliego de condiciones definitivo quedando de la siguiente manera:

¨

1.29. DECLARACIÓN DE DESIERTA

De conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Adicionalmente se declarará desierta cuando

1. *No se hayan recibido propuestas.*
2. *Cuando se presente colusión entre oferentes.*
3. *Ninguna de las propuestas presentadas, luego de agotar los términos correspondientes, cumpla con los requisitos exigidos en el presente pliego de condiciones.*
4. *Las demás previstas en la Ley.*

¨

Aprobó: Sergio Alvenix Forero Reyes – Subdirector de Gestión Contractual
Revisó: Angelica Ordoñez Rodríguez - Contratista SGC
Proyectó: Nancy S. Patiño León – Contratista SGC

REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS

242123967

Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones
gestionado por: azsign.com.co

Id Acuerdo: 20240927-121447-d857b2-36451780

Estado: Finalizado

Creación: 2024-09-27 12:14:47

Finalización: 2024-09-27 12:26:00

Escanee el código para verificación

Firma: Sergio Alvenix Forero Reyes



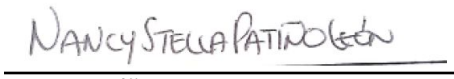
SERGIO A FORERO R
79990312
sforero@mintic.gov.co
Subdirector Gestión Contractual
Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones

Revisión: Angelica del Carmen Ordoñez Rodríguez



Angelica Ordoñez R
52192445
acordonez@mintic.gov.co
Contratista
Subdirección de Gestión Contractual

Elaboración: Nancy Stella Patiño León



Nancy patiño
37557646
npatino@mintic.gov.co
Contratista Subdirección Contractual

REPORTE DE TRAZABILIDAD

242123967

Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones
gestionado por: azsign.com.co

Id Acuerdo: 20240927-121447-d857b2-36451780

Creación: 2024-09-27 12:14:47

Estado: Finalizado

Finalización: 2024-09-27 12:26:00

Escanee el código para verificación

TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Elaboración	Nancy patiño npatino@mintic.gov.co Contratista Subdirección Contractual	Aprobado	Env.: 2024-09-27 12:14:50 Lec.: 2024-09-27 12:15:15 Res.: 2024-09-27 12:15:24 IP Res.: 179.32.7.74
Revisión	Angelica Ordoñez R acordonez@mintic.gov.co Contratista Subdirección de Gestión Contractual	Aprobado	Env.: 2024-09-27 12:15:24 Lec.: 2024-09-27 12:16:29 Res.: 2024-09-27 12:16:33 IP Res.: 181.61.209.168
Firma	SERGIO A FORERO R sforero@mintic.gov.co Subdirector Gestión Contractual Ministerio de Tecnología de la Informaci	Aprobado	Env.: 2024-09-27 12:16:33 Lec.: 2024-09-27 12:25:49 Res.: 2024-09-27 12:26:00 IP Res.: 181.59.3.64