

**RESOLUCIÓN No. 423**  
(septiembre 2 de 2022)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado contra la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022, por medio de la cual se declara desierto el Proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22 – 758, para la contratación del mantenimiento de cuatro IPS priorizadas de la Red Prestadora de Servicios de IMSALUD.

**EL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO IMSALUD,**  
en uso de sus atribuciones legales, en especial la conferida en el artículo 10 del Acuerdo No. 024 de septiembre 23 de 2020 – Estatuto de Contratación- y,

**CONSIDERANDO**

Que la E.S.E IMSALUD inició el proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22-758, cuyo objeto es el Mantenimiento, Adaptación y Modernización de la infraestructura física de la IPS Los Olivos; Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud - ESE IMSALUD.

Que en virtud de la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022, se declara desierto el Proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22 – 758, para la contratación del mantenimiento de cuatro IPS priorizadas de la Red Prestadora de Servicios de IMSALUD.

Que el oferente UNION TEMPORAL IPS-4 CUCUTA 2022, oportunamente interpuso recurso de reposición contra la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022.

Que el recurrente, presenta las siguientes razones de hecho y de derecho, resumidas así:

1. Las Empresas Sociales del Estado se encuentran sujetas al régimen contractual de derecho privado, así como a los principios de contratación contemplados en el artículo 13 de la ley 1150 de 2004 y artículos 209 y 267 de la Constitución Política.
2. El contratista no está supeditado a la libre discrecionalidad o arbitrio de la administración pública, la cual debe sujetarse a los principios: de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, **libre concurrencia** e igualdad, entre otros.
3. Los términos de condiciones del proceso SA22 – 758 establecen condiciones ambiguas e incongruentes que conllevan a contradecirse entre sí, además de ser casi nula la legibilidad, lo que dificultó su correspondiente análisis para la presentación de las propuestas.
  - a) En el Acápite de presupuesto no se muestra el análisis cuantitativo del AIU para determinar sus porcentajes y así complementar el presupuesto del proceso
  - b) No se desagregó los conceptos que forman parte del rubro gastos de administración, pero si adjuntan en recuadros, los presupuesto para cada IPS desagregando solo los porcentajes techos (totales) del AIU (guía para presentar la propuesta económica).
  - c) Es confuso que se publiquen formatos de propuesta económica - presupuesto de obra- estableciendo que debe estar acompañado de los respectivos A.P.U.

- d) Induce en error que se soliciten APU y se exprese que serán revisados como requisito habilitante por cuanto los criterios en ese sentido son: capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y organizacional.
4. El término de publicación de la Adenda, ante la ausencia de norma que regule dicho aspecto, debió aplicarse el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015, correspondiente a 3 días.
  5. Ausencia de motivación de la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022.
  6. En la Resolución 405 del 24 de agosto de 2022, se evidencia en su parte resolutive que no está otorgando el recurso de Ley (reposición), evitando que se salvaguardé el debido proceso.
  7. Sin desatar el recurso de reposición instaurado se apertura para los mismos fines del proceso declarado desierto, un nuevo proceso: Al respecto cita Sentencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>

*"No existiendo disposición sobre la irrevocabilidad en relación con el acto de apertura de la licitación pública, se aplica la regla de la posibilidad de su revocatoria directa por parte de la propia Administración, la cual solo puede tener lugar en la forma y términos que la ley exige.*

*(...) la regla general que aplica al acto de apertura de la licitación pública es la de su obligatoriedad y a ella se añade el carácter particular y vinculante que toma el respectivo acto administrativo desde la fecha en la cual se presentan las ofertas y se cierra el plazo de la etapa correspondiente."*

8. Se inicia el proceso SA<sup>1</sup>-793 de menor cuantía, cambiando la modalidad de selección cuando el proceso es de mayor cuantía.
9. Se refiere a los artículos 87 y 89 del CPACA, aludiendo la firmeza y ejecutoria del acto administrativo recurrido.

#### 10. PRIMERA CAUSAL DE RECHAZO DE LA PROPUESTA:

- a. INHABILITACION Y RECHAZO DE LA PROPUESTA por no cumplir el plazo de duración de la U.T. Las características de la figura legal es que surge de un acuerdo de voluntades y que no tienen personería jurídica, sin embargo, *"actúan como si la tuvieran en la presentación de la propuesta y en el posterior desarrollo del contrato, pero una vez liquidado el contrato, estas figuras dejan de tener vigencia alguna"*.
- b. Se refiere a las etapas del proceso contractual: precontractual, contractual y pos contractual, precisando que esta última corresponde a la liquidación del contrato, en el que considera *se "constará la extinción del vínculo contractual y cuya virtualidad es la de cerrar definitivamente la relación entre los contrayentes"*. Adicionalmente plantea que las U. T y CONSORCIOS conforme lo preceptuado por el Consejo de Estado. S.U,<sup>2</sup> ostentan capacidad procesal para comparecer en procesos judiciales generados con posterioridad a la liquidación.
- c. Manifiesta que, aceptando en gracia de discusión el error, el mismo es subsanable, para cuyos fines cita normas que rigen la contratación general del estado y conceptos de la Agencia Nacional para la Contratación Pública.

<sup>1</sup> Expediente 46818

<sup>2</sup> Expediente 19.933. Su. 25/09/2013

- d. Trae a colación la inviabilidad del “rechazo de la propuesta por el término de duración de una de las sociedades que integraban la UT Alumbrado”, según sentencia del 28 de junio de 2019<sup>3</sup>, con base en el artículo 6 de la ley 80 de 1993, correspondiendo a un régimen de contratación especial.

11. **SEGUNDA CAUSAL DE RECHAZO DE LA PROPUESTA:** No desagregar los gastos administrativos de la propuesta, para cuyos fines cita numeral 8.14 condiciones generales de la propuesta.

**“El proponente debe diligenciar y presentar todos los formatos y anexos obligatorios enunciados en este documento, los cuales hacen parte integral de estos términos de condiciones.”**

**“La propuesta económica (presupuesto de obra), debe estar acompañada de los respectivos A.P.U.; documentos que deben diligenciarse en orden riguroso, conforme la estructura establecida por la entidad y presentarse en forma física y en medio digital (formato EXCEL). Para tales fines, se publican formatos” (Pág. 80)..(Negrita adicionada sobre texto original)**

Afirma que no existe metodología reglamentaria para el cálculo del A.I.U, la manera de hacerlo obedece a la costumbre mercantil e influencia de disciplinas técnicas del sector, además de la autonomía de la que dispone cada proponente para hacerlo, cita concepto de Colombia Compra Eficiente con respecto de los conceptos que podrían incluirse en la Administración.

12. Aclara que los gastos de administración son variables y modificables, por tanto, deben sujetarse a aprobación del interventor y no requieren aprobación previa por cuanto el monto total es inmodificable y existen riesgos inherentes al tema que deben ser asumidos por el contratista; **“matriz que acepto la UT IPS-4 CUCUTA 2022 al presentar su propuesta y no hacer ningún tipo de observación al respecto.”**<sup>4</sup> Extracta el planteamiento del AIU en pliegos de condiciones utilizados por INVIAS:

**“AIU El Proponente deberá calcular un AIU que contenga todos los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la administración, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo. El valor del AIDU deberá ser expresado en porcentaje (%) y deberá consignarlo y discriminarlo en la propuesta económica. Cuando el Proponente exprese en porcentaje (%) y en pesos, prevalece el valor expresado en (%). El porcentaje del A.I.U que presenten los Proponentes no debe ser superior al porcentaje total del A.I.U establecido en el Formulario 1- Formulario de Presupuesto Oficial. En consecuencia, el Proponente puede configurar libremente el porcentaje individual de la A, de la I y de la U, siempre que la sumatoria de ellos no exceda el porcentaje total definido por la Entidad en el Formulario 1- Formulario de Presupuesto Oficial. Los componentes**

<sup>3</sup> Rad. 88001-23-31-000-2010-00046-01 (42326)

<sup>4</sup> Pág. 33, inciso tercero.

**internos de la Administración (A) deberán ser presentados por el adjudicatario (una vez se adjudique el contrato (...)).**

13. Considera que la desagregación de la Administración (A) no tiene incidencia alguna en el valor total de la propuesta económica, no constituye ningún criterio de selección, no se le otorga puntaje ni es un aspecto que por sí solo sirva de comparación entre las propuestas.
14. Recalca que en la propuesta no se superaron los techos del AIU establecidos en el Acápite 13 vista a folios 88 y 89 de los términos de condiciones.
15. Se refiere a la sentencia del Consejo de Estado de 2011- (...) **6. Falencias que no dan lugar a descalificar la propuesta**, enfatizando: **"Reitera la sala que es inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos formales, nimios e inútiles".**<sup>5</sup>

**(...) Bajo ese entendido, las entidades rechazarán las ofertas solo en los casos definidos por el legislador o la entidad estatal, siempre y cuando se refieran a criterios objetivos definidos con anterioridad en el pliego de condiciones. De este modo, se limita cualquier arbitrariedad por parte de las entidades públicas en el rechazo de una oferta válida para el respectivo proceso de contratación."**

#### PETICIONES

1. Que se sirva Revocar el proceso SA<sup>m</sup>-793 que corresponde a la contratación del Mantenimiento, Adaptación y Modernización de la Infraestructura Física de la IPS Los Olivos, Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud – ESE IMSALUD, por cuanto aún no se encuentra en firme el acto administrativo definitivo de declaratoria desierta del proceso SA<sup>m</sup>-758- Resolución No: 405 del 23 de agosto de 2022- y no se ha desatado el recurso presentado no concedido en dicha resolución.
2. Que la ESE IMSALUD proceda a dar aplicación al control de legalidad sobre todos los actos emitidos en el curso del proceso SA<sup>m</sup>-758, que conllevaron sin sujeción a las normas contractuales, conceptos de la Agencia Nacional para la Contratación Pública (CCE), jurisprudencia del Consejo de Estado y términos de condiciones de dicho proceso a rechazar la propuesta de la Unión Temporal IPS-4 CUCUTA 2022 y por ende recomendar la declaratoria desierta el proceso mediante Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022.
3. Como resultado de lo anterior, se sirva revocar la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022 "Por medio de la cual se Declara Desierta la Convocatoria Pública de Mayor Cuantía No: SA22-758 para la Contratación del Mantenimiento de 4 IPS Priorizadas de la Red Prestadora de Servicios de IMSALUD" - del Mantenimiento, Adaptación y Modernización de la Infraestructura Física de la IPS Los Olivos, Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud"

<sup>5</sup> Sentencia radicado 25000-23-26-000-1997-03924-01 (18293).

4. Una vez revocada la Resolución No. 405 de 2022 conforme las razones expuestas en el presente recurso, se proceda a revocar el informe de evaluación de fecha 17 de agosto de 2022 y revisión del informe de evaluación del 23 de agosto de 2022, procediendo a habilitar y evaluar la propuesta de la Unión Temporal IPS-4 CUCUTA 2022.

### CONSIDERACIONES

A continuación, la ESE IMSALUD abordará cada punto del recurrente, analizando y exponiendo en derecho las razones en las que se fundamenta el recurso y con ello su desarrollo:

1. Las Empresas Sociales del Estado se encuentran sujetas al régimen contractual de derecho privado, así como a los principios de contratación contemplados en el artículo 13 de la ley 1150 de 2004 y artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

En efecto, la ESE IMSALUD, fundamenta la contratación en el régimen de **DERECHO PRIVADO** que rige a las Empresas Sociales del Estado, en virtud del numeral 6 del artículo 195 de la ley 100 de 1993, concordante con el artículo 76 de la ley 1438 de 2011, así como los preceptos aludidos por el recurrente, dada su naturaleza jurídica de entidad pública y la remisión expresa a los principios que rigen la contratación pública; **sin perjuicio de la aplicación de su propio Estatuto y Manual de Contratación.**

2. El contratista no está supeditado a la libre discrecionalidad o arbitrio de la administración pública, la cual debe sujetarse a los principios: de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, **libre concurrencia** e igualdad, entre otros.

De conformidad con el artículo 44 del CPACA, las decisiones administrativas se enmarcan dentro de la **discrecionalidad**, adecuándose a la finalidad legal y proporcional a los hechos que las sustentan.

Con relación a los principios que rigen la administración pública y de manera especial, la contratación estatal, los mismos se tienen en cuenta en todas las actuaciones de la ESE IMSALUD y, como quiera que el recurrente no establece de manera concreta situaciones de las cuales se desprenda su inobservancia, la entidad se abstiene de pronunciarse sobre una eventual vulneración.

Adicionalmente, deben aplicarse el principio constitucional de BUENA FE y la PRESUNCION DE LEGALIDAD de los actos administrativos.

3. Los términos de condiciones del proceso SA22 - 758 establecen condiciones ambiguas e incongruentes que conllevan a contradecirse entre sí, además de ser casi nula la legibilidad, lo que dificultó su correspondiente análisis para la presentación de las propuestas.
  - a) En el Acápito de presupuesto no se muestra el análisis cuantitativo del AIU para determinar sus porcentajes y así complementar el presupuesto del proceso.

El recurrente se contradice, manifestando, por una parte, que no se muestra el análisis cuantitativo del AIU y por otra, alegar con posterioridad, la carencia de regulación normativa en el tema y la autonomía de los oferentes en ese sentido; ya que los proponentes acuden a la costumbre para realizar sus cálculos y metodologías utilizadas en el sector constructivo.

Además de establecer el límite total del AIU, se señaló que el valor total del contrato debe incluir **TODOS LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS**.

En el ítem 13. PRESUPUESTO, de los términos de condiciones, se estipuló:

El contrato se realiza bajo el sistema de "PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FÓRMULA DE REAJUSTE Y PLAZO FIJO".

El presupuesto oficial se calculó teniendo en cuenta los precios del mercado, obtenidos a través de cotizaciones, catálogo de precios del sector constructor y visitas en el mercado local.

**El valor del contrato y la justificación del mismo se contemplan en el Presupuesto y A.P.U. respectivos.**

**El valor del contrato incluye todos los costos directos e indirectos, costos fiscales y en general, todos aquellos que se deriven del contrato. El contratista debe cancelar y acreditar los respectivos impuestos y demás costos fiscales que se causen, en su defecto, IMSALUD efectuará las deducciones de ley.**

CONCEPTO	VALOR	OBSERVACION
ICA servicios	3% SOBRE EL VALOR	Aplica para empresas de Cúcuta, facturado antes de IVA
Rte. Fte.	2% SOBRE EL VALOR	Aplica para construcción, facturado antes de IVA
Rte. IVA facturado	15% SOBRE EL IVA	Para quien factura IVA
Contribución especial	5% SOBRE EL VALOR	Contratos de obra pública
<b>ESTAMPILLAS</b>		
Pro Hospital	2% SOBRE EL VALOR	Facturado antes de IVA
Pro Cultura	2% SOBRE EL VALOR	Contratos de obra aplica 2%, facturado antes de IVA
IMRD	2% SOBRE EL VALOR	Facturado antes de IVA
TERCERA-EDAD	2% SOBRE EL VALOR	Facturado antes de IVA

**VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO** \$ 1.135.572.987

**LETRAS: MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE.**

**El presupuesto total se obtiene de la sumatoria de los presupuestos de cada una de las obras. El proponente debe calcular el AIU, teniendo como referente máximo el total contemplado por la entidad.**

**El valor que corresponde a la administración debe tener un anexo de desagregación de cada uno de los gastos proyectados.**

**IPS BUENA ESPERANZA**

TOTAL COSTO DIRECTO		\$
Administración	17,0%	\$
Imprevistos	3,0%	\$
Utilidad	10,0%	\$
IVA sobre la utilidad	19%	\$
<b>TOTAL FINAL</b>		<b>\$ 206.611.553</b>

**IPS CUNDINAMARCA**

<b>TOTAL COSTO DIRECTO</b>		\$
Administración	17,0%	\$
Imprevistos	3,0%	\$
Utilidad	10,0%	\$
IVA sobre la utilidad	19%	\$
<b>TOTAL FINAL</b>		<b>\$ 203.044.197</b>

**IPS EL CONTENIDO**

<b>TOTAL COSTO DIRECTO</b>		\$
Administración	17,0%	\$
Imprevistos	3,0%	\$
Utilidad	10,0%	\$
IVA sobre la utilidad	19%	\$
<b>TOTAL FINAL</b>		<b>\$ 358.463.799</b>

**IPS LOS OLIVOS**

<b>TOTAL COSTO DIRECTO</b>		\$
Administración	17,0%	\$
Imprevistos	3,0%	\$
Utilidad	10,0%	\$
IVA sobre la utilidad	19%	\$
<b>TOTAL FINAL</b>		<b>\$ 367.453.438</b>

El contrato se realiza bajo el sistema de "PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FÓRMULA DE REAJUSTE Y PLAZO FIJO".

El valor del contrato incluye todos los costos directos e indirectos, costos fiscales y en general, todos aquellos que se deriven del contrato, de la celebración, ejecución y liquidación. El contratista debe cancelar y acreditar los respectivos impuestos y demás costos fiscales que se causen, en su defecto, IMSALUD efectuará las deducciones de ley.

- b) No se desagregó los conceptos que forman parte del rubro gastos de administración, pero si adjuntan en recuadros, los presupuesto para cada IPS desagregando solo los porcentajes techos (totales) del AIU (guía para presentar la propuesta económica).

Contradictoriamente, el recurrente plantea autonomía y libertad para calcular el AIU y a la vez manifiesta que NO se desagregó los conceptos que forman parte del rubro gastos de administración.

La apreciación sobre la autonomía para calcular el AIU la comparte la entidad y en razón de ello, no se estableció un formato, pero se fijó el límite, dejando a discrecionalidad del proponente el respectivo cálculo:

"El proponente debe calcular el AIU, teniendo como referente máximo el total contemplado por la entidad."

Adicionalmente, se precisó que el valor de la administración debe tener un ANEXO DE DESAGREGACION de cada uno de los ítems proyectados, no se adjuntó un formato, justamente por dejar a la liberalidad de los proponentes el cálculo del AIU, estableciendo lineamiento en ese sentido.

"El valor que corresponde a la administración debe tener un anexo de desagregación de cada uno de los gastos proyectados"

- c) Es confuso que se publiquen formatos de propuesta económica - presupuesto de obra estableciendo que debe estar acompañado de los respectivos A.P.U.

No es confuso en lo absoluto, habida cuenta que los APU constituyen un documento esencial para la propuesta económica bajo el sistema de precios unitarios. Adicionalmente, se señalan los ítems representativos y generalizados que deben contener y el orden en que se deben registrar, en formato Excel, para facilitar su estudio.

- d) Induce en error que se soliciten APU y se exprese que serán revisados como requisito habilitante por cuanto los criterios en ese sentido son: capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y organizacional.

Los análisis de precios unitarios -APU, proporcionan una herramienta de verificación y cotejo de la información contenida en los estudios previos, con base en las ofertas presentadas.

Sin embargo, solo serán aprobados por el Interventor, de manera previa al inicio de la obra, tal como se aclaró:

**"Los A.P.U, serán revisados como requisitos habilitantes y los del adjudicatario serán sometidos a aprobación del interventor, previo al inicio de la obra."**

Como lo manifiesta reiteradamente el recurrente, los requisitos habilitantes **NO OTORGAN PUNTAJE** y al precisar que serán **APROBADOS** previo **INICIO DE LA OBRA**. La única interpretación posible es que los APU no serán objeto de puntaje, pero se requiere su aporte y su evaluación será con respecto de los presentados por el contratista a quien se le adjudique el contrato.

Por otra parte, se precisa que se le otorga la connotación de habilitantes, ya que su omisión impide continuar en el proceso, en ningún momento se configuraron los A.P.U como requisitos de capacidad jurídica o financiera.

El artículo 28 del manual de contratación de la ESE IMSALUD, también consagra criterios de **interpretación sistemática** de los términos de condiciones que facilitan su comprensión.

Ahora bien, si existía confusión, debió el proponente solicitar **ACLARACIONES** en la respectiva etapa procesal y no, en esta instancia; máxime cuando de la presentación de la propuesta se desprende la aceptación de los términos de condiciones y asumir la responsabilidad por sus interpretaciones erradas.

4. El término de publicación de la Adenda, ante la ausencia de norma que regule dicho aspecto, debió aplicarse el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015, correspondiente a 3 días.

No le asiste razón al proponente por cuanto el Manual de Contratación de la ESE IMSALUD, preceptúa:

**ARTÍCULO 27º.- FASE DE PLANEACION.**

Comprende la justificación de la necesidad, los estudios previos y los términos de condiciones.

**A. TÉRMINOS DE CONDICIONES**

En los casos de convocatoria pública siempre se requerirá la elaboración de los términos de condiciones, para lo cual se debe tener en cuenta:

- k. Condiciones de tiempo, modo y lugar del cierre de la convocatoria. **La entidad podrá realizar las adendas que considere pertinentes, hasta el día previo al vencimiento del cierre de la convocatoria, para cuyos fines deberá plantear las respectivas justificaciones y modificará el cronograma, si a ello hubiere lugar.**

5. Ausencia de motivación de la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022.

La declaratoria de desierta, se fundamenta en el informe de evaluación y su respectiva revisión, en la cual se plasmaron las consideraciones pertinentes.

**CONSIDERACIONES**

**1) OBSERVACIONES PREVIAS AL INFORME DE EVALUACIÓN:**

En primera instancia, el oferente pone de manifiesto el incumplimiento de condiciones generales de presentación de la propuesta, referidas a los siguientes aspectos:

- No separación en cuadernillos.
- Foliatra manual.
- Omisión de copia magnética

Con fundamento en lo expuesto, solicita se **RECHACE LA OFERTA** y consecuentemente, no sea evaluada. En efecto, la propuesta del Sr. JOSE HENRY DUARTE CACERES, carece de los requisitos enunciados por el observante, que no conllevaron su rechazo, sino los incumplimientos referidos en los requisitos habilitantes, técnicos y económicos previstos con antelación.

No obstante no compartir el alcance del incumplimiento planteado, el resultado con base en argumentaciones consideradas por la entidad, sustanciales y por ende, de mayor relevancia, **LA PROPUESTA FUE RECHAZADA.** Razón por la cual resulta inane profundizar en el tema.

**2) OBSERVACIONES DENTRO DEL TRASLADO DEL INFORME DE EVALUACIÓN:**

El observante plantea:

- Vulneración del PRINCIPIO DE ECONOMÍA, CELERIDAD y al artículo 3 del CPACA:

*"12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.*

*13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas."*

Como quiera que el observante se limita a transcribir los PRINCIPIOS, sin argumentar situación fáctica y/o jurídica que sustente su presunta vulneración, la entidad se abstiene de pronunciarse al respecto, considerando que constituye una apreciación subjetiva carente de fundamento legal.

- Violación al PRINCIPIO DE BUENA FE por establecer un anexo de DESAGREGACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN y no elaborar un formato en tal sentido. Por tanto, considera que los términos de condiciones fueron ambiguos, no fueron claros, completos y generaron incongruencia con el formato 7 OFERTA ECONÓMICA.

*"4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes."*

Del texto normativo y la descripción de los hechos se colige, sin hesitación alguna, incongruencia en lo planteado por el observante, toda vez que la presunción de buena fe debe desvirtuarse mediante los medios probatorios legales, situación que no acontece en el caso sub examine.

Al respecto, los términos de condiciones consagran en el acápite 13. PRESUPUESTO, inciso segundo, visto a folio 88:

*"El presupuesto total se obtiene de la sumatoria de los presupuestos de cada una de las obras. El proponente debe calcular el AIU, teniendo como referente máximo el total contemplado por la entidad.*

*El valor que corresponde a la administración debe tener un anexo de desagregación de cada uno de los gastos proyectados." (Subrayado fuera de texto).*

Ahora bien, la entidad no puede suplir los errores de la propuesta imputables a los oferentes, debido a que se prescribió con absoluta claridad el requisito de evaluación económica y un formato de propuesta que contenía el A.I.U, precisando que los gastos de administración (A) debían desagregarse en otro anexo. Es obvio que no todos los requisitos tienen formatos, algunos se presentan en documentos con diseño libre, cuyo contenido debe cumplir las exigencias sustanciales.

En este sentido, los términos de condiciones estipulan:

*"6. PARTICIPANTES Podrán participar en la presente convocatoria todas las personas naturales o jurídicas legalmente constituidas y domiciliadas en Colombia, individualmente o bajo las modalidades de consorcios o uniones temporales, cuyo objeto social esté relacionado directamente con el objeto de la presente convocatoria, de manera que permita la ejecución del contrato requerido; siempre y cuando no estén incursas en las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades consagradas en la Constitución Política*

y la Ley, referidas en el Título V del Manual de Contratación de la E.S.E IMSALUD- y por remisión expresa, los artículos 8 y 9 de la Ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes. Los miembros del Consorcio o de la Unión Temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al Consorcio o Unión Temporal y definir las condiciones de facturación.

**En general, deberán señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.** Las personas jurídicas y/o naturales, y las personas integrantes de un consorcio o unión temporal deben acreditar individualmente la identificación tributaria e información sobre el régimen de impuesto a las ventas al que pertenece y el Certificado de Existencia y Representación Legal." (Folio 17)

**"RESPONSABILIDAD DEL PROPONENTE.**

Los PROPONENTES al elaborar su PROPUESTA, deben incluir los aspectos y requerimientos necesarios para cumplir con todas y cada una de las obligaciones contractuales y asumir los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato, así mismo deben tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos sean, se deben basar estrictamente en sus propios estudios y estimativos técnicos, bajo su cuenta y riesgo. De manera especial y respecto de los aspectos técnicos, deben tener en cuenta la obligatoriedad de cumplir con los estándares mínimos establecidos en esta invitación. Por tanto, es entendido que el análisis de la información ofrecida y obtenida de conformidad con lo establecido en este numeral y de cualquier otra información que los PROPONENTES estimen necesaria para la elaboración y presentación de sus PROPUESTAS es responsabilidad de ellos. La presentación de la PROPUESTA implica que el proponente ha realizado el estudio y análisis de dicha información, que recibió las aclaraciones necesarias por parte de la E.S.E IMSALUD sobre inquietudes o dudas previamente consultadas, que ha aceptado que esta convocatoria es completa, compatible y adecuada; que ha tenido en cuenta todo lo anterior para fijar los precios, plazos y demás aspectos de la propuesta necesarios para el debido cumplimiento del objeto contractual. En razón de ello, se entiende para todos los efectos que el proponente conoce y acepta los términos y condiciones planteados por la E.S.E IMSALUD. Todas las interpretaciones equivocadas que, con base en sus propios juicios, conclusiones, análisis, etc., obtenga el PROPONENTE respecto de esta invitación, son de su exclusiva responsabilidad, por tanto, ésta no será extendida A IMSALUD."(Folio 18)

En este orden de ideas, se precisa que dentro de la etapa de formulación de observaciones a los términos de condiciones (3 al 5 de agosto) el proponente NO SE PRONUNCIÓ EN NINGÚN SENTIDO, a contrario sensu, suscribió la carta de presentación de la propuesta, en la cual declara, entre otras cosas:

1. Que conozco y acepto los Documentos del Proceso, tuve la oportunidad de solicitar aclaraciones y modificaciones a los mismos, y recibí de la E.S.E IMSALUD respuesta oportuna a cada una de las solicitudes.
2. Que estoy autorizado para suscribir y presentar la Oferta en nombre del Proponente y estoy autorizado para suscribir el contrato si el Proponente resulta adjudicatario del Proceso de Contratación de la referencia.
3. Que la Oferta que presento cumple con la totalidad de los requisitos y especificaciones técnicas del Anexo 7 de los términos de condiciones del proceso contractual de la referencia.
4. Que la oferta económica y la oferta técnica están adjuntas a la presente comunicación y han sido elaboradas de acuerdo con los Documentos del Proceso y hacen parte integral de la Oferta.
5. Que los documentos que presento con la Oferta son ciertos y han sido expedidos por personas autorizadas para el efecto.
6. Que la oferta económica adjunta fue elaborada teniendo en cuenta todos los gastos, costos, derechos, impuestos, tasas y demás contribuciones que se causen con ocasión de la presentación de la Oferta, suscripción y ejecución del contrato y en

*consecuencia, de resultar adjudicatario no presentaré reclamos con ocasión del pago de tales gastos. (...) (Negrita fuera de texto).*

Ahora bien, la entidad salvaguarda todos los principios que regulan la gestión contractual y la función pública, estacando la RESPONSABILIDAD, IMPARCIALIDAD, IGUALDAD, PLANEACIÓN y EFICACIA.

La omisión de los gastos relacionados con la ADMINISTRACIÓN, así como la variación que se generaría de las diferentes propuestas, dado que los porcentajes del A.I.U tienen fijado solamente un techo, constituye un aspecto económico esencial que determina el precio y por ende, reviste carácter sustancial para la selección de la mejor oferta, por ende, no es un mero requisito verificable dentro de la ejecución. Además, la justificación de los gastos debe analizarse y valorarse dentro de la propuesta económica ya que de lo contrario se podría configurar un detrimento patrimonial del erario público.

La interventoría no está facultada para determinar la viabilidad de gastos que deben haberse previsto en la propuesta económica, la cual junto con el contrato y los términos de condiciones es ley para las partes contratantes, en virtud de la autonomía de la voluntad de las mismas y la obligatoriedad de las reglas impuestas por la entidad pública dentro del respectivo proceso contractual.

Corolario, es el proponente quien alega su propio error, al omitir un requerimiento claro, expreso y aceptado expresamente.

Bajo esta perspectiva, se aplica en sentido contrario el aforismo: "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans".

- Considera que cumple los requisitos habilitantes por subsanar la conformación de la unión temporal que en su criterio, es subsanable por ser habilitante y no conceder puntaje.

A mutuo propio, modifica la CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL, extendiendo la duración al tiempo exigido en los términos de condiciones; es decir, cambia la conformación inicial, según documento aportado para la fecha del cierre, sin habersele concedido dicha facultad, toda vez que la CAPACIDAD JURÍDICA no obstante constituir un requisito HABILITANTE, no es SUBSANABLE.

### 3).- SUBSANABILIDAD DE LA CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL:

Mediante oficio calendado **19 de agosto**, hogaño, anexa documento de CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL, pretendiendo subsanar el documento presentado con antelación (**cierre 12 de agosto**) por considerar que es habilitante y no concede puntaje. Es decir, cambiando la duración, para cumplir con la exigencia contemplada en los términos de condiciones. En consecuencia, modifica la propuesta.

No le asiste la razón al proponente en el alcance jurídico de la modificación de la capacidad jurídica, ya que la determinación de la subsanabilidad no solo depende de si otorga o no puntaje, si es requisito habilitante o factor de ponderación.

Para dilucidar este aspecto, se trae a colación el concepto de la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente.<sup>6</sup>

#### **"SUBSANABILIDAD - Aplicación - Improcedencia - Circunstancias posteriores - Cierre del proceso**

*Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» 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*

<sup>6</sup> Concepto C - 391 de 2020, 10/08/2020 N° Radicado: 2202013000007273

*norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.*

**2.3 Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección. Unificación de criterio.**

*A continuación, se reiterará el concepto unificado de esta Subdirección en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*

*En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad. De igual forma, en los conceptos con radicados No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019 reiteró el desarrollo normativo y jurisprudencial para subsanar los errores de los documentos presentados en la oferta. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación:*

*La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.*

*En un primer momento, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.*

*En un segundo momento se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.*

*En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:*

*15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*

*Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran "necesarios para la comparación de propuestas". De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las*

propuestas, y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7<sup>7</sup>, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8<sup>8</sup>, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un tercer momento, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el párrafo 1° del artículo 5, determinó lo siguiente:

**Parágrafo 1°.** La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: "en cualquier momento, hasta la adjudicación". El Consejo de Estado, con particular *sindéresis*, concluyó que a partir del párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos: Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o

<sup>7</sup> Ley 80 de 1993, art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables».

<sup>8</sup> Ley 80 de 1993, art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas».

*insubsanable se definió a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente<sup>9</sup>.*

*Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.*

*En un cuarto momento, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:*

*Artículo 5º. De la selección objetiva.  
(...)*

*Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*

*Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e iii) introduce modificaciones en relación con cuatro aspectos que se analizarán a continuación.*

*El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta<sup>10</sup>; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.*

*Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser*

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804).

<sup>10</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4º: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».

subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: **“deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección”**.

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que se refiere a la subsanabilidad de las ofertas. (...)

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: **«los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»**. Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008<sup>11</sup>, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. **El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha:**

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que se cierra el proceso con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir

<sup>11</sup> Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO): «art. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, *ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*». (Cursivas fuera de texto).

después del cierre del proceso contractual. O sí, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar<sup>12</sup>.

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; 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.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» 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 presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo:

i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso;

ii) si un oferente presentó la propuesta sin aportar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar<sup>13</sup>;

iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe desde antes del cierre del proceso<sup>14</sup>;

iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso;

v) si un oferente no aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas, y

vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 2008-00079-00(1927).

<sup>13</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

<sup>14</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

*Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.*

*Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»<sup>15</sup>. En tal sentido, esta Subdirección, en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. En tal sentido, indicó que no es relevante que, al subsanar dichos documentos, su fecha de actualización sea posterior a la del cierre, sino que las circunstancias que acrediten hayan ocurrido antes.*

*Esta tesis fue reiterada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado 4201912000008198, en el que indicó que las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditará experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que «[...] el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso», pero que «Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta».*

*Una reiteración de la postura de esta Subdirección, según la cual la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento, se encuentra en los conceptos: 2201913000008048 del 28 de octubre de 2019 –que indicó que no era posible, so pretexto de subsanar, modificar el porcentaje de participación en un consorcio o unión temporal, porque esto comportaba cambiar la oferta, acreditando circunstancias posteriores al cierre–; 2201913000008850 del 29 de noviembre de 2019 –en el que sostuvo que un proponente podría subsanar la experiencia, en tanto requisito habilitante, o sea, que no otorgara puntaje, aportando nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se probara una experiencia que no se tenía antes del cierre–; 2201913000009373 del 17 de diciembre de 2019 –en el cual se expresó que la carta de conformación de un consorcio es un documento subsanable, bajo la condición de que el documento aportado permita constatar que el consorcio se conformó antes del vencimiento del término para la presentación de las propuestas–; 2201913000008049 del 28 de octubre de 2019 –en el que se iteró que no es posible variar el porcentaje de participación en una unión temporal, porque implicaría una modificación de la oferta y la acreditación de un aspecto que es posterior al cierre del procedimiento de selección–.*

*Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe*

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992).

**preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.**

*Finalmente, el párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.*

En mérito de lo expuesto, se considera que cambiar la duración de la CONFORMACIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL, es un hecho ocurrido con posterioridad al CIERRE del proceso; por tanto, deviene INSUBSANABLE modificar la propuesta con respecto a las condiciones inicialmente pactadas por el proponente plural que afectan la capacidad jurídica exigida.

6. En la Resolución 405 del 24 de agosto de 2022, se evidencia en su parte resolutiva que no está otorgando el recurso de Ley (reposición), evitando que se salvaguarde el debido proceso.
7. Sin desatar el recurso de reposición instaurado se apertura para los mismos fines del proceso declarado desierto, un nuevo proceso: Al respecto cita Sentencia del Consejo de Estado<sup>16</sup>

***“No existiendo disposición sobre la irrevocabilidad en relación con el acto de apertura de la licitación pública, se aplica la regla de la posibilidad de su revocatoria directa por parte de la propia Administración, la cual solo puede tener lugar en la forma y términos que la ley exige.***

***(...) la regla general que aplica al acto de apertura de la licitación pública es la de su obligatoriedad y a ella se añade el carácter particular y vinculante que toma el respectivo acto administrativo desde la fecha en la cual se presentan las ofertas y se cierra el plazo de la etapa correspondiente.”***

Le asiste razón al recurrente, motivo por el cual se profirió la RESOLUCIÓN No. 414 del 29 de agosto de 2022, “Por medio de la cual se revoca el Proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MENOR CUANTÍA No: SA22-793 para la contratación del mantenimiento de cuatro IPS priorizadas de la Red Prestadora de Servicios de IMSALUD.”

8. Se inicia el proceso “SA-793” de menor cuantía, cambiando la modalidad de selección cuando el proceso es de mayor cuantía.

<sup>16</sup> Expediente 46818

Con relación al cambio de modalidad de selección objetiva, se sustenta en el artículo 41 del Manual de Contratación de la ESE IMSALUD:

**"PARÁGRAFO:** *En el evento de que se declare desierto la convocatoria pública de mayor cuantía, si persiste la necesidad de contratar y la entidad estatal no decide adelantar un nuevo proceso de convocatoria pública de mayor cuantía, podrá iniciar un proceso de convocatoria pública de menor cuantía.* No obstante, cuando la declaratoria de desierto revista carácter parcial, y no exceda la mínima cuantía, podrá contratarse mediante la modalidad de selección de mínima cuantía.

*La entidad podrá modificar los elementos de la futura contratación que a su criterio hayan sido determinantes en la declaratoria de desierto, sin que en ningún caso se cambie el objeto de la contratación, sin perjuicio de ajustes en las cantidades y el presupuesto."*

9. Se refiere a los artículos 87 y 89 del CPACA, aludiendo la firmeza y ejecutoria del acto administrativo recurrido.

El fundamento principal es: **otorgarle firmeza a la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022**, mediante la cual se declaró desierto el proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22-758, cuyo objeto es el Mantenimiento, Adaptación y Modernización de la infraestructura física de la IPS Los Olivos, Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud - ESE IMSALUD, acto administrativo contra el que se interpuso oportunamente recurso de reposición, para lo cual es imperativo revocar el proceso contractual SS22-793, derivado de la declaratoria de desierto del proceso contractual SS22-758, desatando el respectivo recurso impetrado y salvaguardando el derecho de contradicción del otro proponente participe

#### 10. PRIMERA CAUSAL DE RECHAZO DE LA PROPUESTA:

INHABILITACION Y RECHAZO DE LA PROPUESTA por no cumplir el plazo de duración de la U.T.

- a. Las características de la figura legal es que surge de un acuerdo de voluntades y que no tienen personería jurídica, sin embargo, **"actúan como si la tuvieran en la presentación de la propuesta y en el posterior desarrollo del contrato, pero una vez liquidado el contrato, estas figuras dejan de tener vigencia alguna"**.

Si bien es cierto que las Uniones Temporales y los Consorcios, carecen de personería jurídica y que tienen capacidad procesal, no le asiste la razón al recurrente en cuanto a que liquidado el contrato dejan de tener vigencia, ya que pueden surgir obligaciones post contractuales, algunas de ellas derivan en la exigibilidad de garantías y solo al vencimiento de éstas se produce el cierre del expediente contractual.

- b. Se refiere a las etapas del proceso contractual: precontractual, contractual y pos contractual, precisando que esta última corresponde a la liquidación del contrato, en el que considera se **"constará (sic) la extinción del vínculo contractual y cuya virtualidad es la de cerrar definitivamente la relación entre los contrayentes"**. Adicionalmente plantea que las U. T

y CONSORCIOS conforme lo preceptuado por el Consejo de Estado. S.U,<sup>17</sup> ostentan capacidad procesal para comparecer en procesos judiciales generados con posterioridad a la liquidación.

Retomando la respuesta anterior, se aclara que la ESE se rigen por los lineamientos expedidos por el Ministerio de Salud, contemplados en la Resolución No: 5185 del 2013, dentro de los cuales se establecieron las fases de los procesos contractuales, desvirtuando la apreciación del recurrente con respecto a que la vigencia de la Unión Temporal solo es exigible hasta la liquidación; con mayor razón teniendo en consideración que la misma puede superar el año, extendiéndose hasta 30 meses posteriores al vencimiento del plazo de ejecución contractual.

*"Artículo 9°. Fase de Planeación. Comprende, entre otras, las siguientes actividades (...)*

*Artículo 10. Fase de selección. La Empresa Social del Estado debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista. En los procesos de contratación por convocatoria pública, la Empresa Social del Estado podrá conformar un comité de apoyo a la actividad contractual.*

*Artículo 11. Fase de contratación. Corresponde al período comprendido entre la suscripción del contrato y la publicación en el Secop, pasando por la obtención del registro presupuestal y la aprobación de las garantías si las hay.*

*En el estatuto de contratación se deberán definir las garantías que deberá solicitar la Empresa Social del Estado de acuerdo con la modalidad, naturaleza, objeto, riesgos y cuantía del contrato, con ocasión de la presentación de las ofertas, los contratos y su liquidación y los riesgos a los que se encuentra expuesta la entidad.*

*Artículo 12. Fase de ejecución. Corresponde al período comprendido entre la legalización del contrato hasta su liquidación. El estatuto de contratación deberá regular las siguientes acciones: (...)*

*Artículo 13. Fase de liquidación y obligaciones posteriores. La Empresa Social del Estado, determinará las condiciones relacionadas con la liquidación de los contratos.*

- c. Manifiesta que, aceptando en gracia de discusión el error, el mismo es subsanable, para cuyos fines cita normas que rigen la contratación general del estado y conceptos de la Agencia Nacional para la Contratación Pública.

Como quiera que se argumentó ampliamente este aspecto en la fundamentación de la revisión del informe de evaluación, la entidad retoma lo expresado, aclarando que dentro de los criterios actuales de subsanabilidad se tiene que considerar que no se genere un hecho posterior al CIERRE del proceso, que para el caso corresponde a modificar la duración de la unión temporal exigida después de vencido el plazo para la presentación de la oferta, caso distinto es subsanar un documento omitido con el aporte del mismo, con fecha de expedición previa al cierre.

- d. Trae a colación la inviabilidad del "rechazo de la propuesta por el término de duración de una de las sociedades que integraban la UT Alumbrado", según sentencia del 28 de

<sup>17</sup> Expediente 19.933. Su. 25/09/2013

junio de 2019<sup>18</sup>, con base en el artículo 6 de la ley 80 de 1993, correspondiendo a un régimen de contratación especial.

De conformidad con el numeral 4 del acápite 11.1 CAPACIDAD JURÍDICA de los términos de condiciones, se estipuló la duración del consorcio por un (1) año, adicional al plazo del contrato, debido a que es necesario disponer de un tiempo razonable para dirimir no solo la liquidación del contrato sino eventuales controversias contractuales, antes de vencer la duración de este tipo de proponentes plurales, consideración que también se ajusta a los preceptos del Estatuto General de Contratación Pública.

**"DOCUMENTO FORMAL QUE ACREDITE LA CONFORMACIÓN DEL  
CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL**

*Debe señalarse la duración del Consorcio o Unión Temporal, la cual no será inferior a la del plazo del contrato y UN (1) años más.*

*En caso de Unión Temporal, al menos uno de sus integrantes deberá tener una participación como mínimo del cuarenta por ciento 40%."*

Por otra parte, se precisa que el caso objeto de la sentencia señala no se adecua a las circunstancias del proceso contractual de márras; dado que una Empresa de Servicios Públicos domiciliarios que aplica régimen excepcional de contratación, aplicó el inciso tercero del artículo 6 de la ley 80 de 1993, sin tener disposición alguna en los respectivos pliegos de condiciones o normas que le son aplicables. A contrario sensu, la ESE IMSALUD dispuso en los términos de condiciones la duración mínima de las Uniones Temporales y Consorcios, aplicando por analogía la precitada norma, dado que aunque carezcan de personería jurídica, se obligan como tales, ante la entidad pública contratante.

**11. SEGUNDA CAUSAL DE RECHAZO DE LA PROPUESTA:**

No desagregar los gastos administrativos de la propuesta, para cuyos fines cita numeral 8.14 condiciones generales de la propuesta.

***"El proponente debe diligenciar y presentar todos los formatos y anexos obligatorios enunciados en este documento, los cuales hacen parte integral de estos términos de condiciones."***

***"La propuesta económica (presupuesto de obra), debe estar acompañada de los respectivos A.P.U.; documentos que deben diligenciarse en orden riguroso, conforme la estructura establecida por la entidad y presentarse en forma física y en medio digital (formato EXCEL). Para tales fines, se publican formatos" (Pág. 80)..(Negrita adicionada sobre texto original)***

Afirma que no existe metodología reglamentaria para el cálculo del A.I.U, la manera de hacerlo obedece a la costumbre mercantil e influencia de disciplinas técnicas del sector, además de la

<sup>18</sup> Rad. 88001-23-31-000-2010-00046-01 (42326)

autonomía de la que dispone cada proponente para hacerlo, cita concepto de Colombia Compra Eficiente con respecto de los conceptos que podrían incluirse en la Administración.

No es un argumento objeto de controversia, la entidad comparte las apreciaciones del proponente, extractadas de los conceptos de CCE.

12. Aclara que los gastos de administración son variables y modificables, por tanto, deben sujetarse a aprobación del interventor y no requieren aprobación previa por cuanto el monto total es inmodificable y existen riesgos inherentes al tema que deben ser asumidos por el contratista; ***“matriz que acepto la UT IPS-4 CUCUTA 2022 al presentar su propuesta y no hacer ningún tipo de observación al respecto.”***<sup>19</sup>

Extracta el planteamiento del AIU en pliegos de condiciones utilizados por INVIAS:

***“(...) Los componentes internos de la Administración (A) deberán ser presentados por el adjudicatario (una vez se adjudique el contrato (...)).”***

El recurrente admite la omisión, pero controvierte el requerimiento previsto en los términos de condiciones y sugiere aplicar lo previsto en los pliegos de condiciones de un proceso contractual de INVIAS, lo cual es claramente inadmisibles, dada la autonomía de cada entidad para estipular las condiciones de los procesos contractuales, con mayor razón, rigiéndose la ESE IMSALUD por el derecho privado y tener su propio Estatuto y Manual de Contratación.

Cabe recalcar que los términos de condiciones solo son susceptibles de modificación, de oficio o a petición de los posibles proponentes, a través de adendas y en los momentos procesales previstos en el cronograma del proceso. En consecuencia, las condiciones que se fijan son de obligatorio cumplimiento.

El recurrente pretermite la oportunidad para hacer observaciones y las realiza en instancias dentro de las que resulta inviable jurídicamente su estudio y eventual aceptación.

En este orden de ideas, se retoma lo planteado por el proponente en el sentido que aceptó la matriz de riesgos al presentar la propuesta y no hacer ningún tipo de observación, presupuesto aplicable a los términos de condiciones en su integridad, toda vez que no realizó ninguna observación a los mismos.

13. Considera que la desagregación de la Administración (A) no tiene incidencia alguna en el valor total de la propuesta económica, no constituye ningún criterio de selección, no se le otorga puntaje ni es un aspecto que por sí solo sirva de comparación entre las propuestas.

No le asiste razón al recurrente como quiera que cada uno de los costos directos e indirectos repercuten en el valor total de la propuesta, afectando el criterio de selección de mayor peso en el proceso objeto de estudio – el precio-, cuyos cálculos son de responsabilidad exclusiva del

<sup>19</sup> Pág. 33, inciso tercero.

proponente y por tanto, es él quien debe asumir las consecuencias de los eventuales errores u omisiones de la oferta.

En este sentido, Colombia Compra Eficiente plantea:<sup>20</sup>

**"PRECIOS UNITARIOS – APU – AIU – Diferencias**

[...] en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que **separe en su propuesta los costos directos** –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, **de los costos indirectos** –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que **integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia**–. En tal sentido, mientras que los **costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–**, como la sumatoria de los valores de los ítems según su unidad de medida, **los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–**, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos.

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que cuentan con un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, **cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra**. Por ende, la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía, postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

(...) Ahora bien, nada obstaría para que las partes le dieran otros efectos particulares a la forma en que pagan el precio estructurado con AIU. Por ejemplo, podrían incluir cláusulas o reglas bajo las cuales se estableciera que el valor de alguno o de todos los componentes de la Administración o los Imprevistos solo se paguen si el contratista demuestra que incurrió en algunos costos específicos. Así, podrían pactar que algunos de los ítems o costos que conforman la Administración solo se paguen si el contratista acredita que incurrió en ellos y bajo el monto que este logre demostrar. (...)

<sup>20</sup> Concepto C – 714 de 2020

**Este porcentaje del valor del contrato también lo determina cada oferente-contratista con libertad, pues a él incumbe establecer cuánto ascienden sus gastos de administración, y si al final resultan superiores no puede exigir de la entidad, por esa sola circunstancia, un reembolso, porque para ella se trataba de un dato indicativo sobre la manera como se halla el valor total de la obra, de ninguna manera determinante de la forma como se paga cada actividad. A la inversa sucede lo mismo, si el gasto es inferior al presupuestado la entidad no puede pagar menos de lo pactado, sino los precios unitarios acordados por la A- y dicho sea de paso, también por la I y la U-**

**Tal es la forma usual como se pacta el precio en los contratos estatales cuyo valor se define con base en la metodología del AIU. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes en el contrato establezcan las cláusulas que a bien tengan, pues se trata de un aspecto en que la autonomía de la voluntad de que gozan las entidades estatales -y sus contratistas- despliega importantes efectos, por tratarse de un aspecto que no regula de forma específica el EGCAP.**

De las respuestas se extrae:

Como se indicó en las consideraciones de este concepto, al ser el AIU un elemento que integra el precio que se paga al contratista, este goza, en principio, de libertad en la destinación de la partida, salvo que las partes hayan acordado una metodología especial en el contrato, que le imponga al contratista algunas restricciones, en virtud de la autonomía de la voluntad. (Negrita y subrayado fuera de texto).

14. Recalca que en la propuesta no se superaron los techos del AIU establecidos en el Acápite 13 vista a folios 88 y 89 de los términos de condiciones.

Teniendo en cuenta que no es un fundamento del rechazo de la propuesta, la entidad no se pronuncia al respecto.

15. Se refiere a la sentencia del Consejo de Estado de 2011- (...) 6. Falencias que no dan lugar a **descalificar la propuesta**, enfatizando: **"Reitera la sala que es inadmisibile el rechazo de proponentes por requisitos formales, nimios e inútiles".**<sup>21</sup>

La entidad disiente radicalmente de la apreciación del recurrente, toda vez que los costos de la Administración no constituyen un requisito formal, nimio ni inútil, por ende, se descontextualiza el análisis jurisprudencial de la circunstancias fácticas y jurídicas del caso.

El AIU, corresponde a los costos indirectos que innegablemente inciden en el precio de la propuesta, criterio esencial de su evaluación.

Bajo esta óptica, se aclara que para la entidad es vital pagar los gastos efectivamente causados y previamente proyectados por el oferente.

Que en mérito de lo expuesto;

<sup>21</sup> Sentencia radicado 25000-23-26-000-1997-03924-01 (18293)

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO:** CONFIRMAR la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022, por medio de la cual se declara desierto el Proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22 – 758, para la contratación del mantenimiento, adaptación y modernización de la infraestructura física de la IPS Los Olivos, Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud - ESE IMSALUD.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** NEGAR las peticiones formuladas por la UNIÓN TEMPORAL -U.T IPS-4 CUCUTA 2022, dentro del recurso de REPOSICIÓN instaurado en contra del precitado acto administrativo, por las razones expuestas.

**ARTÍCULO TERCERO:** Previa firmeza de la Resolución No: 405 del 24 de agosto de 2022, por medio de la cual se declara desierto el Proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MAYOR CUANTÍA No: SA22 – 758, iniciar proceso de CONVOCATORIA PÚBLICA DE MENOR CUANTIA para el mantenimiento, adaptación y modernización de la infraestructura física de la IPS Los Olivos, Contento, Cundinamarca y Buena Esperanza de la Red Prestadora de Servicios de Salud - ESE IMSALUD.

**ARTÍCULO TERCERO:** El presente acto administrativo rige a partir de su expedición y debe publicarse en la página Web de la institución y en el SECOP II.

**PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en San José de Cúcuta, a los cinco (5) días del mes de septiembre de 2022.

  
\_\_\_\_\_  
**JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA**  
GERENTE

Aprobó: Adolfo Isauro Yango José Rodríguez Beltrán, Subgerente Administrativo y Financiero.

Revisó: Mauricio Pinzón Barajas, Jefe de Servicios Generales.

Proyectó: Judith Magaly Carvajal Contreras, Asesora Jurídica Externa.