

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

**LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA
EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES**

En ejercicio de sus atribuciones legales y especialmente en las conferidas en la Ley 1324 de 2009 y el Decreto 5014 de 2009, y

CONSIDERANDO

I. Fundamentos Fácticos

El día 17 de marzo de 2016, el ICFES publicó los estudios previos y de mercado, el proyecto de pliegos de condiciones y sus anexos, del proceso de contratación IA-007-2016 cuyo objeto es la *“prestación al ICFES de los servicios de impresión, empaque primario del material de examen y material complementario de las pruebas, suministro de materiales que conforman los kits de aplicación y lectura de las hojas de respuestas para desarrollar las pruebas de Estado para las vigencias 2016, 2017 y 2018.”*

El 8 de abril de 2016, el ICFES dio respuesta a las observaciones presentadas por los interesados en el proceso de contratación respecto del proyecto de pliego de condiciones.

En la misma fecha el ICFES emitió la Resolución No. 246, mediante la cual resolvió ordenar la apertura del proceso de selección por Invitación Abierta ICFES-IA- 007-2016, y se publicaron los documentos definitivos del proceso de contratación.

El día 13 de abril de 2016, el ICFES emitió la Adenda No. 1, mediante la cual modificó el cronograma del proceso, por solicitud de los interesados en dicho proceso.

El día 14 de abril de 2016, el ICFES publicó las respuestas a las observaciones presentadas por los interesados en el proceso de contratación respecto al pliego de condiciones definitivo, y como consecuencia de aquellas, emitió la Adenda No. 2, mediante la cual se modificaron algunos aspectos del pliego de condiciones, los

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

Administración
www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

formatos de declaración de experiencia, innovación, matriz de riesgos, y anexo técnico.

El día 15 de abril de 2016, se emitió la Adenda No. 3, mediante la cual se modificaron otros aspectos del pliego de condiciones definitivo.

El día 18 de abril de 2016, se emitió la Adenda No. 4 mediante la cual modificó el cronograma del proceso de contratación y otros ítems del pliego de condiciones.

El día 21 de abril de 2016, se dio el cierre de la etapa para la presentación de las ofertas, fecha en la cual se recibieron tres (3) propuestas.

II. Fundamentos Jurídicos

2.1. Revocatoria directa, concepto, naturaleza, requisitos y alcance

Sabido es que a la administración, con el propósito de la consecución de los fines que a ella se le han encomendado, cuenta con un instrumento a través del cual manifiesta su voluntad unilateral, y con el cual *ejecuta* los mandatos en forma de ley. Esto es, el acto administrativo.

Deviene de ello, que al tratarse de la ejecución de la ley, la voluntad de la Administración está sometida a su imperio, es decir, no puede la voluntad de la Administración ir más allá o desbordar los mandatos legales. Situación que con claridad vislumbra el carácter democrático que el Estado ha adoptado.

Concepto que como es obvio, aplica también para las reglas, principios y valores contenidos en la Constitución Política.

En ese sentido, las actuaciones de la Administración deben ceñirse no solo a las reglas, principios y valores contenidos en la Constitución Política, sino a lo contemplado por el legislador.

No obstante, la actuación de la Administración en algunas ocasiones sobrepasa los límites establecidos por el legislador, y para solventar dicha situación, ha previsto dos posibilidades: La primera se desarrolla en sede judicial. En esta, los jueces competentes excluyen del ordenamiento jurídico el acto que lo agrede. La segunda

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

Manuscrito

Asesor

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

se encuentra en la misma sede administrativa, en donde la propia Administración, oficiosamente o a petición de parte, expulsa el acto administrativo con fundamento en causales especialmente consagradas para ello (auto control de la función administrativa). Esta última es la llamada *revocatoria directa*.

Es entonces la revocatoria directa, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar las propias actuaciones al encontrarse incurso en alguna de las hipótesis descritas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, y expulsarlo del ordenamiento jurídico.¹

Al respecto, la doctrina ha mencionado lo siguiente:

“En cuanto a la primera de estas causales, vale la pena resaltar que tiene que ver con la ilegalidad del acto y que la administración, cuando encuentra que éste es contrario a la Constitución o a la ley, lo que hace es retirarlo de la vida jurídica, dejarlo sin efecto mediante el mecanismo de la revocatoria, mas no declarar su inconstitucionalidad o ilegalidad, pues ello es tarea propia de los jueces, previa demostración ante éstos de la existencia de la violación de las normas superiores.”²

El concepto y naturaleza misma de la figura jurídica denota una eminente tensión entre la seguridad jurídica (acto administrativo ya emitido) y el principio de legalidad (revocatoria directa del acto administrativo), el cual, siempre que se cumpla con los requisitos y causales establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, se encuentra inclinado a favor de éste último.

Ahora bien, el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA establece lo siguiente:

ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos

¹ BAQUERO, Oliver, José María, Estudios sobre el acto administrativo, tercera edición, Editorial Civitas Pág. 237 a 338.

² ZAMBRANO BARRERA Carlos Alberto, Revocatoria Directa del Acto Administrativo. Pág. 75.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

Mirraqueo

Handwritten signature

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

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

Nótese como el legislador, dando la importancia a la figura jurídica, impone a la Administración el deber de revocar los actos administrativos que se subsuman en cualquiera de las causales allí mencionadas.

Respecto a la procedencia, la norma establece una única limitante, relacionada con la causal primera, en el sentido que no procederá la revocatoria a solicitud de parte, con fundamento en dicha causal, si el acto a revocar fue objeto de recursos o cuando haya operado el fenómeno de la caducidad.

En cuanto a la oportunidad, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, introdujo una notable innovación, al permitir que la revocatoria se configure en la etapa judicial, incluso.

Finalmente, en cuanto a la viabilidad de la misma se deben tener en cuenta dos escenarios: El primero de ellos, es aquel en el cual el acto administrativo a revocar es general, o no ha dado derechos ni ha creado o modificado situaciones jurídicas particulares, caso en el cual no se hace necesario el consentimiento previo, expreso y escrito del particular. El segundo escenario, se presenta cuando el acto administrativo a revocar ha creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o ha reconocido un derecho, evento en el cual necesariamente debe existir consentimiento previo, expreso y escrito del titular del acto administrativo.

Podemos concluir entonces que *“nadie está obligado a perseverar en su error y que las decisiones no ajustadas a derecho no tienen por qué atar de manera indefectible a quienes las han producido”*³ por lo que el legislador, a través del mecanismo de la

³ ZAMBRANO BARRERA Carlos Alberto, Revocatoria Directa del Acto Administrativo. Pág. 75.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

Nimraup

Quisior

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

revocatoria directa, ha dotado a la administración de la facultad, y en todo caso un deber, de expulsar del ordenamiento jurídico el acto que descansa en una de las causales antes mencionadas.

2.1.1. Manifiesta oposición a la Constitución y la ley

La aplicación del derecho debe concebirse como una actividad integradora de todo el complejo normativo, y, en consecuencia, debe entablarse la correlación que guarda una situación particular y las normas jurídicas aplicables. No obstante, la tarea primordial es encontrar el fundamento constitucional que habilita una determinada norma, o por el contrario la que puede deshabilitar una norma o acto al serle contraria.⁴

Ello en el entendido que, tal y como lo proponía Ronald Dworkin⁵, uno de los efectos del paradigma constitucional es que las reglas, principios y valores contenidos en la Constitución irradian todo el sistema jurídico.

Ello implica que toda norma, acto o conducta debe tener como base o fundamento alguna de las normas emanadas del legislador primario.

Igual razonamiento opera para los actos que, además de estar sometidos al abrigo constitucional, deben estar dentro de los límites de la ley. Por lo que, parafraseando al profesor Dworkin, el contenido de las normas legales irradian los actos administrativos.

Es por eso, que cualquier acto administrativo que no se encuentre dentro de los lineamientos de la Constitución y la ley se encuentra viciado, por lo que, la Administración o el juez están facultados para expulsarlo del sistema jurídico.

Se dice entonces que:

“Es cierto que dentro de un Estado Social de Derecho deben protegerse los derechos adquiridos, de ahí que el ordenamiento jurídico propenda por dar la característica de estabilidad a aquellos

⁴ MORESO, José Juan, *La Constitución un modelo para armar*, Marcial Pons Filosofía y Derecho, Barcelona, 2009. PP. 251-289 (Tercera parte: la aplicación de la Constitución)

⁵ DWORKIN Ronald, *Los Derechos En Serio*. Ariel, Barcelona, 1984.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

Amirajoy
Al
Quisio

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

actos administrativos que lo reconocen, sin embargo, esta regla no es absoluta y debe admitir excepciones cuando las ventajas conseguidas se derivan del desconocimiento de la Constitución y la Ley.”⁶

Tales razonamientos avalan, teleológicamente, la causal primera del artículo 93 *ibídem*, esto es, cualquier acto administrativo contrario a la Constitución o la ley debe ser desterrado del sistema jurídico colombiano.

No obstante, *“como lo indica la norma, no basta cualquier clase de oposición con las normas superiores, sino que debe tratarse de una oposición “manifiesta”, entendida por tal la que surge de bulto, en forma evidente, de la simple comparación de textos y sin necesidad de interpretación jurídica alguna.”⁷*

Así entonces, son dos las condiciones que la norma requiere para que proceda la revocatoria del acto administrativo, a saber: i) *Oposición* a la Constitución o a la Ley, y ii) Que dicha oposición sea *manifiesta*.

Oposición hace referencia a incompatibilidad, discrepancia o contradicción, esto es, contradicción entre el acto administrativo a revocar y la Constitución o la ley. Es por ello, que para determinar si existe o no una oposición entre el acto administrativo y la Constitución o la ley, debe efectuarse una comparación o parangón entre ellas.

Oposición que de presentarse, no debe provenir de una interpretación extensamente escalonada, o de argumentos derivados de una cadena de premisas prolongadas, sino que por el contrario, de la simple comparación, resultar de bulto o evidente. No obstante, ello no significa que la utilización de herramientas hermenéuticas concluya con la inexistencia de la notoriedad que la norma requiere, ya que hasta la más sencilla subsunción de un hecho en una regla de derecho, implica un razonamiento jurídico. Y más teniendo en cuenta, que en el caso de la Constitución, el sistema jurídico se encuentra colmado de normas en forma de principios y valores.

⁶ Memorias nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo CONTENCIOSO Administrativo. Pág. 227.

⁷ ZAMBRANO BARRERA Carlos Alberto, Revocatoria Directa del Acto Administrativo. Pág. 77.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

NUMERO 297

Handwritten signature and stamp in the bottom right corner.

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

2.2. Marco jurídico del sistema de contratación del ICFES.

Como una excepción sustentada principal, pero no únicamente, en la sentencia C-547 de 1994⁸, el legislador tiene la potestad de establecer regímenes especiales⁹ de contratación para determinadas entidades estatales. Es decir, regímenes de contratación en donde la Ley 80 de 1993, no es ni principal ni prevalente frente a las disposiciones comerciales y civiles. Estos son, por ejemplo, los casos del régimen de contratación de las universidades públicas¹⁰ y de las empresas de servicios públicos¹¹.

Pero, ¿qué significa o qué alcance tiene un régimen de contratación especial? Contrario a lo que sucede con los contratos estatales propiamente dichos, los contratos bajo un régimen especial tienen como referentes, en su orden y a falta del anterior, las normas especiales que lo regulen, las disposiciones comerciales y civiles, y las estipulaciones acordadas bajo el principio de la autonomía privada de la voluntad.

Sin embargo, y a pesar de que los contratos estatales propiamente dichos, como los contratos bajo un régimen especial tienen una regulación disímil, existe entre ellos una *zona común de contratación pública*.¹² Ciertamente, a pesar de sus diferencias, debido a que una de las partes del contrato es una entidad estatal, el mismo siempre conlleva una *función administrativa*.

En palabras del Consejo de Estado:

⁸ Según dicha sentencia, "Así las cosas, a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del mencionado estatuto general de contratación de la administración pública; sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, de las cuales, justamente, hacen parte las demandadas (...) En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos".

⁹ La doctrina ha distinguido, dentro del concepto de contratos con régimen especial, los contratos de derecho privado y los contratos de Ley especial. Sin embargo, para los fines del presente escrito no es relevante tal bifurcación.

¹⁰ Es la Ley 30 de 1992 la que contiene el régimen especial en el caso de las universidades públicas.

¹¹ La Ley 142 de 1994 es la que establece el régimen especial.

¹² El termino es extraído del texto "Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana", de Ospina Garzón Andrés Fernando, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2013.pag. 139.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Marín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

“En consecuencia, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral).”

A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

*2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, **es el ejercicio pleno de una función administrativa**, de conformidad con el art. 82 del C.C.A. antes referido.*

De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

Handwritten signature and date: 7/10/17

RESOLUCIÓN No 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

1° Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

2° Contratos estatales especiales.¹³ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así entonces, si bien los contratos con régimen especial escapan a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, son celebrados bajo la función administrativa, pues a pesar de no ser contratos estatales propiamente dichos, mantienen una naturaleza pública.

Es por ello que a pesar de su régimen especial, en muchas ocasiones de régimen privado, sobre aquel se aplican figuras propias del derecho administrativo. Por ejemplo, i) Algunas controversias suscitadas con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación del contrato son conocidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, ii) Son aplicables los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política (principios de la función administrativa), iii) Son aplicables los principios consagrados en el artículo 267 de la Constitución Política (principios de la gestión fiscal), y iv) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

La posición del Consejo de Estado, fue plasmada en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, según el cual, las entidades estatales bajo un régimen especial de contratación aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En el caso del ICFES, éste se encuentra cobijado bajo un régimen de especial de contratación, dado que el artículo 12 de la Ley 1324 de 2009, así lo determinó. Al respecto, estableció lo siguiente:

Régimen jurídico. Los actos que realice el ICFES para el desarrollo de sus actividades, estarán sujetos a las disposiciones del derecho público. Los contratos que deba celebrar y otorgar el ICFES como

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, expediente No. 14202.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

Handwritten signature and date: 7/5/16

Handwritten signature: M. M. M. M. M.

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.

En ese sentido, y teniendo en cuenta los párrafos precedentes, se puede concluir respecto al régimen contractual del ICFES: i) Conforme a la Ley, tiene un régimen especial, con sujeción a las disposiciones del derecho privado, respecto de los contratos otorgados o celebrados en desarrollo de su objeto; ii) A pesar de su régimen especial, son celebrados bajo función administrativa por lo que, a pesar de no ser contratos estatales propiamente dichos, mantienen una naturaleza pública; iii) Le son aplicables figuras propias del derecho administrativo, tales como los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993¹⁴.

Ahora bien, el artículo 209 de la Constitución Nacional establece:

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Subrayado fuera de texto).

Algunos de los principios que menciona la norma transcrita, y que son aplicables al régimen de contratación del ICFES, son la igualdad, moralidad e imparcialidad, los cuales son especialmente importantes en lo que en materia de contratación se trata.

Sobre el principio de la igualdad y el proceso de contratación en entidades públicas, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

¹⁴ Es por ello que el Consejo de Estado ha indicado que "no puede afirmarse que tales contratos (refiriéndose a los contratos especiales) sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir, iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público".

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co  @ICFEScol  ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

“En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.”¹⁵

Es entonces el principio de igualdad el que garantiza una selección objetiva, dado que, al estar todos los proponentes en igualdad de condiciones, pueden compararse las ofertas de forma simétrica, lo que da como resultado que se seleccione con base en parámetros objetivos, sin tintes de irracionalidad o discrecionalidad.

Por su parte, el principio de imparcialidad, aplicado al proceso de contratación, indica que la Administración, al momento de efectuar el juzgamiento de las propuestas presentadas deberá realizarlo sin subjetividades, apegado al texto de las condiciones establecidas, y sin inclinar, arbitrariamente y sin justificación alguna, su favor hacia algún proponente.

Por último, el principio de moralidad tiene relación con la conducta proba, honesta y recta que debe guiar las actuaciones de la Administración en todas las etapas del proceso contractual, esto es, en la etapa previa de planeación, preparación, evaluación y adjudicación del contrato.

2.3. Pliegos de condiciones. Documentos anexos al pliego (formatos)

Ha sido pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado en indicar que el pliego de condiciones de los procesos de contratación de las Entidades Públicas tienen una

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 DE 2012.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

As. Quintero

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

doble naturaleza¹⁶, a saber: De una parte, como un acto administrativo *de contenido general* expedido en ejercicio de la función administrativa, al inicio, y ii) Como un negocio jurídico, posterior a su adjudicación y suscripción del respectivo contrato.

Igualmente, el Alto Tribunal ha colmado su jurisprudencia estableciendo el carácter vinculante que posee el pliego de condiciones, entendiendo por tal concepto, el deber que tiene tanto la Administración como los oferentes en acatar las disposiciones que allí se plasman, impidiendo que, tanto el uno como el otro, puedan modificarlas, *“con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación”*¹⁷.

Igualmente, *“no debe perderse de vista que los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.”*¹⁸

Como puede inferirse, todos los principios antes mencionados (igualdad, moralidad e imparcialidad) deben concretarse en el pliego de condiciones. Esto es, el pliego de condiciones debe estar redactado y concebido de tal forma que plasme en su cuerpo los principios de igualdad, imparcialidad y moralidad.

¿Cómo se logra ello? A través de los siguientes criterios:

- i) *Los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección*
- ii) *Las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las*

¹⁶ “En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, medida que avanza el proceso de selección”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2008, exp. 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

Handwritten signature and initials in the bottom right corner.

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad,

- iii) *Las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato*
- iv) *Se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes,*
- v) *Se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública,*
- vi) *Se indicarán las fechas y plazos para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar.¹⁹*

Véase como los puntos i), ii) y v) lo que buscan es la aplicación de los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, respectivamente.

En una perspectiva negativa, un pliego de condiciones no debe contener lo siguiente:

- i) *fijar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento,*
- ii) *establecer o prever exenciones de responsabilidad,*
- iii) *consignar reglas que induzcan a error a los proponentes,*
- iv) *consagrar reglas que permitan la presentación de ofrecimientos de extensión limitada,*
- v) *fijar reglas que dependan única y exclusivamente de la voluntad de la entidad contratante,²⁰*

Contrariu sensu, nótese como lo que se busca con estos criterios es que el proceso de contratación no se desplome en la desigualdad, parcialidad e inmoralidad.

El pliego de condiciones y la forma como está concebido, debe guiarse por la objetividad, por la claridad, dado que éstos son los que aseguran que el principio de igualdad realmente tenga aplicación en el proceso de contratación, puesto que un texto susceptible de interpretaciones conculca en la forma de presentación de las

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

unm...

Handwritten signature and date: 2016

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 5 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

ofertas, y con ello se genera desigualdad en los proponentes. Así lo ha indicado el Consejo de Estado:

“La jurisprudencia reseñada evidencia con total claridad, que el pliego de condiciones al constituir la ley del contrato, se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas, con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación. El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.”²¹

Este principio que se encuentra íntimamente relacionado con el criterio de selección objetiva, dado que es gracias a un trato igual a los proponentes que podemos afirmar que la selección se hizo de manera objetiva, esto es, conforme a las reglas establecidas en el pliego de condiciones y sin preferencias injustificadas.

En cuanto al principio de imparcialidad, este también tiene una relación estrecha con la forma en la cual se redacta el pliego de condiciones, dado que tanto la Administración como los oferentes deben estarse a lo que en el fue plasmado, y así la evaluación de las ofertas deberán hacerse con estricto apego a tales disposiciones, lo que garantiza que tantos unos como otros sean evaluados con las mismas disposiciones contenidas en los pliegos, esto es, imparcialidad por parte de la Administración, evitando el riesgo de caer en juicios parcializados o subjetivos.

Ahora bien, como es sabido el pliego de condiciones se encuentra acompañado, además, de otros documentos que forman parte de aquel, puesto que también se erigen como condiciones o requisitos para participar y ser evaluado en el proceso de contratación. Este es el caso de los *formatos* que deben ser diligenciados por los proponentes. 7

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2008, exp. 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

Es por ello, que al igual que lo exigido para los pliegos de condiciones, estos documentos anexos también deben cumplir con los criterios antes mencionados. Esto es, los formatos, anexos y demás documentos que hacen parte del pliego de condiciones, deben ser claros, objetivos, completos, y con reglas exentas de errores.

Es así como, al referirnos a los pliegos de condiciones, también lo hacemos a los documentos que lo acompañan, pues unos y otros tienen como objetivo y finalidad una misma, establecer reglas y condiciones para la participación y evaluación de las propuestas.

2.4. Formatos de económicos del pliego de condiciones en oposición manifiesta a la Constitución y la ley. Revocatoria directa del acto de apertura del proceso de contratación

Tenemos pues, como resultado de los acápites anteriores, las siguientes premisas:

- El legislador dotó a la Administración de un instrumento a través del cual puede revocar los actos por él mismo proferido cuando, por ejemplo, se encuentran en oposición manifiesta a la Constitución y la ley.
- El régimen de contratación del ICFES es especial, por cuanto se rige por las normas del derecho privado, sin embargo en sus actuaciones contractuales éste debe ceñirse, entre otras normas, por los principios de la función administrativa, tales como la igualdad, la imparcialidad y la moralidad.
- El pliego de condiciones y los documentos anexos, para cumplir con los principios de igualdad (que conlleva a una selección objetiva), imparcialidad y moralidad, deben ser claros, objetivos, completos y exentos de error.

Para efectos del proceso de contratación IA-007 DE 2016, uno de los formatos que el ICFES elaboró para ser diligenciado por los proponentes es el formato económico, en el cual debían plasmar la oferta económica dentro del proceso de contratación ya mencionado.

Ummang

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Marín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

Sección 1

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

Sin embargo, de un oteo del mismo se deduce sin mayor esfuerzo que presenta irregularidades que no permiten que la evaluación cumpla con los principios de igualdad, imparcialidad y moralidad.

Ciertamente, haciendo una revisión de la oferta económica se encontró lo siguiente, advirtiendo que esta oferta está conformada por 5 formatos:

En el formato - Servicio de lectura de hojas de respuesta, el oferente debía diligenciar el precio unitario para el servicio de lectura, sin embargo, de las indicaciones incluidas en el formato no es posible determinar inequívocamente que la única casilla que deben diligenciar es la "PRECIO UNITARIO SIN IMPUESTOS", para la vigencia 2016, para que de dicho valor se derive la oferta para las vigencias 2017 y 2018.

Esta circunstancia aunada a que las filas 1 y 2 del mismo formato, para la vigencia 2016, no hacen parte del objeto del proceso de selección, por tratarse de la lectura y almacenamiento de hojas de respuestas de la prueba Saber 11 calendario B, que se contrató y se encuentra en ejecución con otro operador, no permiten al oferente hacer una propuesta ajustada al objeto del proceso de selección.

Es contradictorio y equívoco para los oferentes hacer un ofrecimiento para una actividad que no hace parte del contrato y que éste ofrecimiento sea el fundamento para el cálculo del ofrecimiento de esta misma actividad para las vigencias 2017 y 2018.

En este punto es oportuno mencionar, que el Pliego de Condiciones establece la obligación para los futuros oferentes de proyectar su oferta teniendo en consideración todos los costos directos e indirectos que se desprendan de la prestación de los servicios requeridos por el ICFES, obligación que se ve menoscabada por la propia Administración al imponer a los proponentes ofertar servicios no requeridos, para que con este ofrecimiento se sustente la oferta para el mismo servicio en otras vigencias, desvirtuando la preparación que cada uno de los oferentes debe hacer de su ofrecimiento económico de acuerdo con la estructura financiera implementada para participar en este proceso.

De otra parte, el último formato de la oferta económica, contiene el valor total por vigencia de los servicios requeridos. En dicho formato se lee:

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

“Registre el valor nominal de los impuestos para cada aplicación y cada vigencia”.

No existe instrucción alguna en el formato que indique que se debe sumar la oferta de cada vigencia para tener un valor total de la oferta económica. No obstante lo anterior, el numeral 6.3., del pliego de condiciones establece:

“6.3. Factor Económico.

6.3.1. La evaluación del factor económico se realizará sobre el valor total de la oferta consignada en el Formato No. 10 – Oferta Económica, antes de IVA”.

Se evidencia entonces, una contradicción palpable entre lo que indica el formato y el pliego de condiciones, sumado a que el pliego de condiciones nada dice sobre la imposibilidad de hacer adjudicaciones parciales, y es así porque la Entidad nunca pretendió adjudicar este proceso por vigencias, su interés al incluir las vigencias futuras es lograr una sola adjudicación para conseguir no solo una mejor relación costo – calidad, pero también para tener una comunicación estratégica con el contratista y de esta manera lograr un mejor servicio.

Esta situación ambigua se agrava al momento de aplicar el método de evaluación, que para este proceso es la media geométrica con presupuesto oficial, método en el cual la mínima variación en el valor ofertado, afecta la asignación del puntaje por este factor y por lo tanto, el orden de elegibilidad del concurso.

La forma como se diseñó el formato, enfrenta al Comité Evaluador con dos posibilidades, hacer la sumatoria de las ofertas de cada vigencia y aplicar el método de evaluación sobre el total obtenido o aplicar el método de media geométrica a la oferta de cada vigencia.

En conclusión, las anteriores observaciones no evidencian una clara garantía de imparcialidad de la evaluación, lo que podría verse reflejado en un favorecimiento ausente de los principios que deben orientar esta actividad, para uno u otro oferente.

El formato de la oferta económica mencionado, antes de ser claro, es por decirlo menos, ambiguo, lo que da pie a que las interpretaciones se multipliquen, desdibijando las reglas objetivas e imparciales que deben orientar los pliegos de

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

*Unm...
10/10/16*

RESOLUCIÓN No. 000297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

condiciones de cualquier proceso de selección tantas veces mencionadas, lo que resulta en desventaja para unos o ventaja para otros según el querer o el capricho de la Administración al desentrañar la forma correcta de su diligenciamiento e interpretación.

Es un deber y una obligación de la Administración, velar porque el proceso de contratación garantice para los oferentes la aplicación de los principios que orientan la función pública, para el proceso que nos ocupa existe oposición entre los principios que rigen la función administrativa y el pliego de condiciones, específicamente el formato económico.

Si bien es cierto que el pliego y sus anexos pueden ser objeto de interpretaciones con el fin de que el proceso de contratación llegue a buen fin, también lo es que tal interpretación tiene límites, y que en ocasiones por más esfuerzos hermenéuticos que se efectúen el yerro no puede subsanarse. Lo contrario linda con la discrecionalidad o arbitrariedad.

¿Cuál es el límite de interpretación de los pliegos de condiciones? Para el Consejo de Estado ese límite se encuentra demarcado por los principios de igualdad y selección objetiva. Es decir, la interpretación es procedente siempre que, con su aplicación, no se afecte el derecho a la igualdad de los proponentes. Así lo ha indicado:

“Como se aprecia, la ley avala la posibilidad de que la administración interprete el pliego de condiciones, con miras a que ciertas formalidades no sacrifiquen la eficiencia y eficacia del proceso de escogencia del contratista; corresponderá, por ende, a la entidad respectiva la valoración de la respectiva disposición para determinar si el requisito inobservado es sustancial o simplemente formal y, por lo tanto, si es posible su subsanación sin afectar los principios de igualdad y de selección objetiva.”²²

Como consecuencia de lo anterior, el Comité Evaluador recomendó a la ordenadora del gasto abstenerse de continuar con el proceso de selección IA-007 de 2016. 

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 12025, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES ● Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia
Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858

RESOLUCIÓN No. 00297 DE 05 MAYO 2016

Por la cual se declara la revocatoria de un proceso de contratación

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Revocar la Resolución No. 246 del 8 de abril de 2016 de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. Comunicar la presente resolución a los oferentes dentro del proceso de contratación IA-007-2016.

ARTÍCULO TERCERO. Contra la presente decisión no proceden recursos.

Dada en la ciudad de Bogotá D.C., el 5 de mayo de 2016.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

XIMENA DUEÑAS HERRERA
Directora General ICFES

Revisó: Francia María Jiménez
Álvaro Alfonso Pérez
Sandra Paola Zaldúa
Martha Bibiana Lozano
María Sofía Arango

Decisión
M. Arango

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES

www.icfes.gov.co @ICFEScol ICFES Carrera 7 No. 32-12 Edificio San Martín, Torre Sur - Piso 32, Bogotá, Colombia

Líneas de atención al usuario: Bogotá: (571) 307 7008 - Gratuita Nacional: 018000 110858