



MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

**PARQUES NACIONALES NATURALES DE
COLOMBIA**

RESOLUCIÓN NÚMERO
(0175 del 05 de Junio de 2020)

**“POR LA CUAL SE ORDENA LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LA ORDEN DE COMPRA No. 46786
DE 2020”**

LA DIRECTORA GENERAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto 3572 de 2011 y en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2012, el Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes y afines y,

CONSIDERANDO:

Que el artículo 1 del Decreto 3572 de fecha 27 de septiembre de 2011, crea la Unidad Administrativa denominada Parques Nacionales Naturales de Colombia, del orden nacional, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera, con jurisdicción en todo el territorio nacional en los términos del artículo 67 de la Ley 489 de 1998. La entidad estará encargada de la administración y manejo del Sistema de Parques Nacionales Naturales y la coordinación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Que la Subdirección Administrativa y Financiera de Parques Nacionales Naturales de Colombia a través del Grupo de Procesos Corporativos adelantó el evento de cotización No. 82138, el cual tiene por objeto “Cubrir los tiquetes de las comisiones del nivel central” y cuyo presupuesto fue por la suma de \$889.559.446.

Que el evento en cuestión se publicó el día 10 de marzo de 2020, teniendo como fecha fin el 17 de marzo del mismo año a las 17 horas.

Que una vez cerrado el evento, la Entidad procedió a verificar las propuestas de todos los participantes con el fin de seleccionar al proveedor que ofertara la menor Tarifa Administrativa total Ponderada como lo establece la “Guía para comprar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano a través del Acuerdo Marco de suministro de Tiquetes Aéreos II”.

Que en la selección del proveedor cuya Tarifa Administrativa total Ponderada fuera la menor, la entidad evidenció que los proveedores “Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018, Subatours S.A.S., Recio Turismo S.A. y, Festivaltours S.A.S.”, presentaron ofertas cuyos valores se consideran artificialmente bajos, por lo cual y en cumplimiento del artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, Parques Nacionales Naturales de Colombia requirió el día 17 de marzo de 2019 después de la hora de cierre del evento mediante correo electrónico a los oferentes mencionados anteriormente para que explicasen las razones que sustentaban los valores ofrecidos.

Que, de la solicitud de aclaración mencionada, los cuatro proveedores requeridos respondieron a la misma, expresando las razones que les permitían presentarse a este evento con esos precios, las cuales fueron aceptadas por la Entidad, por lo cual continuó con la selección del proveedor que suministrara los tiquetes aéreos al Nivel Central de Parques Nacionales Naturales de Colombia.

Que posterior a ello, la entidad evidenció un empate entre la tarifa administrativa total ponderada de la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 y Subatours S.A.S., cuyas tarifas fueron de \$0, por lo que se recurrió a lo estipulado en el numeral 6.6 del acuerdo marco de precios de suministro de Tiquetes Aéreos II que dice: “En caso de empate la Entidad Compradora agotará los factores de desempate establecidos en los numerales 1 al 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 (...)”.

"Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020"

Que Parques Nacionales procedió a descargar los documentos de los dos proveedores empatados, con los cuales se presentaron al proceso CCENEG-008-1-2018 en Secop II para la operación primaria y el informe de evaluación realizado por Colombia Compra, esto es, para la adjudicación del acuerdo marco de precios.

Que realizado lo anterior, la entidad aplicó los criterios de desempate persistiendo el mismo para el primer y segundo criterio.

Que al aplicar el tercer criterio, el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 ibídem que estipula "Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.", no es aplicable al caso teniendo en cuenta que el empate es entre una unión temporal conformada en su totalidad por Mipyme nacional y una persona jurídica Mipyme, según lo estipulado en el literal b. Factores de desempate de la GUÍA PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN DE LAS MIPYMES EN LOS PROCESOS DE COMPRA PÚBLICA, el cual reza: "Ahora, cuando el empate es entre una Mipyme nacional y un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura conformado en su totalidad Mipyme nacionales, se debe aplicar el factor de desempate del numeral 4 y no el numeral 3 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 y por tanto, dar aplicación al criterio de desempate según el cual se prefiere al proponente que tenga el diez (10%) de su nómina en condiciones de discapacidad."

Que conforme lo anterior, se procedió a revisar el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 ibídem que estipuló lo siguiente: "Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta." Para el caso en cuestión, se tomó como base el "Informe de adjudicación de las ofertas" del proceso CCENEG-008-1-2018.

Que posterior a ello, la entidad mantuvo el empate entre la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 y Subatours S.A.S., y aplicó el numeral 5º del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, esto es, un método aleatorio de desempate, tal y como se evidencia en el informe de selección publicado el 01 de abril de 2020 con radicado N°. 20204600017561, emitiendo de esta forma la orden de compra No. 46786 del 01 de abril de 2020 a la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018.

Que después a la emisión de la orden de compra en cuestión, Subatours S.A.S. mediante correo electrónico de fecha 01 de abril de 2020, observó su inconformidad con el informe de selección, manifestando entre otras, lo siguiente: "adicional a esto solicitamos copia del certificado de discapacidad en razón a que el proponente novatours está presentando un certificado de 2018 que fue cuando se cerró el acuerdo marco, y para obtener la ventaja en este criterio el certificado debe estar vigente y además tener el 10% de la discapacidad no el 6.81% como lo presenta el proponente de la unión temporal". En dicha observación adjuntó el certificado de discapacidad vigente expedido por el Ministerio de Trabajo.

Que, atendiendo la observación presentada por el proponente, la entidad requirió a la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 mediante correo electrónico del 03 de abril de 2020 de la siguiente manera: "Muy respetuosamente solicitamos aportar la documentación que permita identificar a la entidad que cumple con el 10% de la discapacidad, tal y como lo estipula el decreto 1082 de 2015, "Artículo 2.2.1.1.2.2.9. Factores de desempate. (...) Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales: (...) 4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta. (...). En caso de no contar con la misma o que la misma no acredite el cumplimiento del requisito la entidad procederá a elaborar la cancelación de la orden de compra número 46786 de 2020 y enviará para su firma el formulario respectivo".

“Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020”

Que el 06 de abril del año en curso, la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 se pronuncia frente al requerimiento de Parques Nacionales, aduciendo en resumen que la misma evaluó de manera correcta el proceso ya que en la evaluación de Colombia Compra Eficiente previa a la adjudicación del Acuerdo Marco de Precios Suministro de Tiquetes Aéreos II, obtuvieron el mismo puntaje que Subatours S.A.S., respecto del personal de planta vinculado a sus respectivas empresas. Adicional a ello, adjunta el informe de adjudicación del proceso CCENEG-008-1-2018, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 392 de 2018, constitución de la unión temporal, relación de la experiencia y “certificación del Ministerio del Trabajo”.

Que la Entidad una vez verificada la certificación del Ministerio de Trabajo en cuanto al personal de planta de Novatours Ltda (integrante con el 70% de participación de la Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018), evidencia que el porcentaje de trabajadores con discapacidad con más de un año de vinculación es del 7,14% por lo que no cumpliría con el requisito solicitado en la norma (10%).

Que, sin embargo, la entidad responde el correo el mismo 06 de abril de 2020 indicando que de acuerdo a lo enviado no se evidencia el cumplimiento del requisito, por lo que se reitera verificar si alguno de los integrantes de la UT acredita el mismo o de lo contrario la entidad adelantará los trámites inherentes a la revocatoria del proceso de adjudicación y se remitirá para el efecto el formato para la firma del proveedor, sin obtener respuesta.

Que desde el día 06 de abril de 2020, la entidad intentó comunicarse en reiteradas oportunidades con el proveedor vía telefónica y mensajes de WhatsApp sin obtener una respuesta.

Que teniendo en cuenta lo anterior, la entidad mediante correo electrónico de fecha 07 de abril de 2020, remite consulta al administrador del acuerdo marco de tiquetes de Colombia Compra Eficiente respecto a las actuaciones desplegadas por la entidad en el proceso, quien mediante correo de fecha 13 de abril de 2020 indica entre otras “(...) Así las cosas, atendiendo a que el documento “Guía para las Entidades Compradoras en el Proceso de Compra del suministro de Tiquetes Aéreos, a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano”, pretende orientar técnica y tecnológicamente las acciones correspondientes a las transacciones de bienes y/o servicios que se negocian a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano durante la operación secundaria, es procedente y pertinente la aclaración de estos puntos en el referido documento. Se deja constancia que la Entidad Compradora deberá tener en cuenta el informe de evaluación de la operación principal con el fin de identificar los proveedores que obtuvieron puntaje adicional por concepto de oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros”.

Que teniendo en cuenta la respuesta dada por Colombia Compra Eficiente y toda vez que la guía no fue clara con la indicación de los documentos a tener en cuenta por parte de la entidad para la aplicación de los criterios de desempate se requiere el mismo 07 de abril de 2020 indicaciones de cómo proceder para la cancelación de la orden, quien mediante correo de fecha 17 de abril de 2020 indica “La Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente – le recuerda que la colocación de una Orden de Compra, es un acto administrativo mediante el cual se adjudica el contrato de conformidad con lo establecido en el inciso 3 del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150/2007, por lo anterior se reitera que las transacciones de bienes y/o servicios que se negocian a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano en la operación secundaria son responsabilidad exclusiva de la Entidad Compradora y el proveedor seleccionado. Finalmente se aclara que la terminación de las órdenes de compra derivadas del Acuerdo Marco de Precios para el suministro de Tiquetes Aéreos CCE-853-1-AMP-2019 proceden por (i) la culminación de la vigencia del término de ejecución; o (ii) por mutuo acuerdo entre las partes”.

Que mediante meet de google calendar la entidad convocó a reunión al proveedor para el día 21 de abril de 2020 a las 9: A.M, correo electrónico remitido el día 20 de abril de 2020. Siendo este rechazado por el proveedor.

Que mediante oficio 20204600021711 de fecha 23 de abril de 2020 la entidad solicita nuevamente aportar el documento que le permita evidenciar que alguno de los integrantes de la unión temporal acredite que el 10% de la nómina está en condición de discapacidad. En caso de que la unión temporal no pueda acreditar el cumplimiento de dicho requisito, la entidad solicita la aprobación con el fin de tramitar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano de Colombia Compra Eficiente, la terminación de la orden de compra del asunto.

Que mediante correo electrónico de fecha 27 de abril de 2020 el proveedor remite respuesta a la entidad en el que indica que Colombia Compra Eficiente asigna el mismo puntaje de la UT y a Subatours SAS y adjunta el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo acreditando el 7,14 porcentaje de trabajadores con discapacidad.

“Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020”

Que mediante oficio 20201000023061 de fecha 30 de abril de 2020 la entidad solicita al proveedor la aprobación con el fin de tramitar en la Tienda Virtual del Estado Colombiano la terminación de la orden de compra del asunto, ya que la misma no podrá iniciar su ejecución toda vez que fue suscrita sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 1082 de 2015, sin obtener respuesta.

Que al no obtener respuesta por parte del proveedor, la entidad se comunica con Colombia Compra Eficiente con el fin obtener orientación frente al caso en particular y es por ello que Colombia Compra Eficiente, mediante correo electrónico de fecha 06 de mayo de 2020 requiere al proveedor en el sentido de recordarle el deber de considerar a la entidad como cliente prioritario y resalta la obligación de responder oportunamente los reclamos, consultas y/o solicitudes que realicen las entidades compradoras; por lo anterior le recuerda que al aportarse un documento que incumplía la vigencia requerida para definir el desempate de las ofertas allegadas en la solicitud de cotización 46786, deberá realizarse el trámite elevado por Parques Nacionales antes del viernes 8 de mayo de 2020.

Que mediante correo electrónico de fecha 08 de mayo de 2020 el proveedor responde a Colombia Compra Eficiente e indica que ha dado respuesta a los requerimientos de la entidad y manifiesta no entender si la pretensión de la entidad es la terminación unilateral del contrato o una especie de revocatoria de la orden de compra No. 46786, respuesta que fue reenviada por Colombia Compra Eficiente a la entidad.

Que mediante oficio 20204600024751 de fecha 12 de mayo de 2020 la entidad responde al proveedor indicando entre otras que nunca ha sido tratada como cliente prioritario al no contestar las llamadas realizadas, los mensajes enviados, el rechazo a la convocatoria de reunión y finalmente al no responder el correo del 06 de abril de 2020 y oficio remitido el 30 de abril de 2020, y en segundo lugar, le informa que la pretensión de la entidad ha sido clara desde el comienzo de las comunicaciones remitidas, argumentos que han sido contundentes en indicar que busca obtener el consentimiento de la firma UNIÓN TEMPORAL NOVATOURS - VISION TOURS, con el fin de proceder a la revocatoria del acto de adjudicación.

Que mediante correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2020, la entidad solicita a Colombia Compra Eficiente la intervención puesto que para la entidad es de suma urgencia solucionar la situación y no encontramos respuesta por parte del contratista a los requerimientos realizados.

Que mediante correo electrónico de fecha 14 de mayo de 2020, Colombia Compra Eficiente reitera al proveedor en el sentido de recordarle el deber de considerar a la entidad como cliente prioritario y resalta la obligación de responder oportunamente los reclamos, consultas y/o solicitudes que realicen las entidades compradoras; por lo anterior le recuerda que al aportarse un documento que incumplía la vigencia requerida para definir el desempate de las ofertas allegadas en la solicitud de cotización 46786, no puede ser un obstáculo para precisamente, tenerlo vigente como lo establece el Pliego de Condiciones para que sea aplicado con seguridad por las entidades compradoras sin que sea necesario su requerimiento, pues se parte de la premisa que aquel documento debe estar vigente durante el plazo de vigencia del AMP pues al existir la obligación expresa e imperativa de mantenerlo así y finalmente solicita analizar el tema en cuestión con toda la atención para que se lleve a cabo una reunión con la Entidad sobre el particular.

Que mediante meet de google calendar la entidad convocó nuevamente a reunión al proveedor y a Colombia Compra Eficiente para el día 21 de mayo de 2020 a las 8 A.M, correo electrónico remitido el día 19 de mayo de 2020 sin que el proveedor hubiere asistido.

Que teniendo en cuenta las anteriores actuaciones, la entidad reportó a Colombia Compra Eficiente el posible incumplimiento mediante radicados 4202011000004059 y 4202011000004061.

CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

Que el ordenamiento jurídico específicamente la Ley 80 de 1993 ha previsto instituciones jurídicas que facultan a la Administración Pública para revisar sus propios actos y de encontrar que los mismos no se ajustan a las normas que gobiernan el asunto decidido a través de ellos se proceda a su nulidad absoluta de oficio o a petición de parte.

Que el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, preceptúa.

ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

“Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020”

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Que a su vez el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”. (Subrayado fuera de texto)

Que en el asunto que nos ocupa se encuentra que se configura la segunda de las causales señaladas para la nulidad absoluta de los contratos del estado, esto es, la orden de compra No. 46786 del 01 de abril de 2020 por encontrarse contra expresa prohibición legal, toda vez que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 dispone:

Artículo 2.2.1.1.2.2.9:

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.. (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior por cuanto el proponente Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018, según documentación aportada el 06 de abril de 2020, solo acredita el 7,14% de trabajadores con discapacidad con más de un año de vinculación y no el 10% como lo requiere la precitada norma, como consecuencia de ello, la orden de compra elaborada se adelantó en manifiesta oposición a la Ley.

Que, al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, de fecha 27 de marzo de 2014, con radicado No. 20001-23-31-000-1999-00784-01 (27453), señala:

(....)

Frente a la exigencia de que los pliegos de condiciones contengan reglas de desempate, en orden a que se cumpla el principio de selección objetiva, la Sala ha sostenido¹:

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto que la entidad pública, no obstante haber adelantado un proceso de selección, finalmente optó por adjudicar discrecionalmente el contrato, sin aplicar regla alguna de desempate, desconociendo, con ello, el principio de selección objetiva de imperativo cumplimiento en el Estatuto Contractual.

Si bien el pliego de condiciones no establecía un mecanismo de desempate, ello no permitía a la entidad contratante elegir libremente entre las propuestas empatadas y como ocurrió, pues la demandada resolvió a su arbitrio, desconoció el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, amen de lo prescrito por el artículo 29 ibídem.

La administración tenía que haber adelantado el proceso de selección con reglas claras y precisas, objetivas, justas, claras y completas que dieran lugar a la presentación de propuestas de la misma índole, asegurando el respeto a la igualdad y sin desconocer –como lo hizo– las condiciones del pliego para asignar la calificación.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 3 de mayo de 2013, exp. 25.595, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

"Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020"

En definitiva, la Caja Nacional de Previsión Social estaba obligada a establecer en el pliego de condiciones las previsiones que garantizaran la comparación objetiva de las propuestas y, por ende, las reglas de desempate necesarias para permitir la adjudicación al margen de la discrecionalidad de la administración, empero, como ello no ocurrió, porque el pliego no fijó reglas de desempate –como tenía que hacerlo–, no podía resolver el tema con el imperio de su propia voluntad, conducta del todo reprochable a la luz de la normativa en cita.

En ese orden, la Corte Constitucional, al analizar el contenido del numeral a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997², que incorpora un criterio de desempate obligatorio en todos los procesos de selección³, concluyó que se trata de *"una disposición legal de obligatorio cumplimiento, por lo cual no existe ningún motivo jurídicamente válido para no aplicar la mencionada norma sea en este proceso o en cualquier otro. Siendo consecuentes con lo anterior, es un incumplimiento de un deber jurídico no darle aplicación a la mencionada disposición. Así mismo, el contenido de la norma es una acción afirmativa que busca igualar las oportunidades de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, hecho que impone la obligación al Estado de ser especialmente acucioso en el cumplimiento de la misma"*⁴.

Como se observa, existen criterios de desempate que se incorporan por Ley al contenido mínimo de las reglas del proceso de selección y que son de obligatoria observancia por parte de las entidades públicas. En el *sub lite*, el plenario no da cuenta del cumplimiento de este tipo de criterios, al punto que el acto de adjudicación ni siquiera los menciona, aun cuando la Ley 361 de 1997 estaba vigente para la fecha en que se inició el proceso de selección en estudio.

(.....)

Ahora, frente al incumplimiento de esa carga, el inciso final del numeral 5 del artículo 24 citado en renglones anteriores lo sanciona así:

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

Que, a su vez, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de fecha 15 de diciembre de 2017, con radicado No. 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045), señala:

(...) 5.1.-La selección objetiva prevista en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁵, alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en la Ley, cómo en el pliego de condiciones.

(....)

5.6.- Por otro tanto, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el

² **"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones".**

³ "Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: // a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación".

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011, exp. T-3.062.693, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵ Modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 **"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"**

Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Parágrafo. Adiciónese un parágrafo 6 en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".

"Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020"

contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la Ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas⁶.

5.7.- Y es que si no se sigue el procedimiento previsto en la ley para la tipología de contrato que se pretende celebrar se vulnera el principio de selección objetiva, pues se estaría dejando a la voluntad exclusiva de la administración tanto el procedimiento a seguir para cada contrato que pretenda celebrar, como la selección del contratista.

5.8.- Aún más cuando no se adelanta el procedimiento de selección previsto en la Ley para cada tipología de contrato, no solamente se vulnera el principio de selección objetiva, sino también la prohibición expresa contenida en el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

(....)

6.5.- En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena, aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.

6.6.- Así las cosas, teniendo en cuenta que el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la Ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general, la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser fulminado con la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la causal prevista en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, más no la prevista en el No. 3, como equivocadamente se ha pretendido sostener en algunas oportunidades, puesto que tal comportamiento es sencillamente la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

(.....)

6.11.- En síntesis, la causal 2ª se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos⁷.

(....)

7.6.- Hay que aclarar que la terminación unilateral por advertirse causal de nulidad no es una potestad excepcional aunque sí es un imperativo legal, luego si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado se configura la causal de nulidad absoluta prevista en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal por no haberse adelantado el procedimiento de selección previsto en la Ley en los términos del No. 8 del artículo 24 de dicho Estatuto, es evidente que en ésta hipótesis la administración sí se encuentra facultada para ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo

(....)

12.5.-Por consiguiente, la Sala encuentra que en el presente asunto el demandado desconoció el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley para seleccionar el contratista, vulnerando con ello el deber de selección objetiva y el principio de transparencia; y viciando de nulidad absoluta el Contrato de concesión No. 002 de 1997 por ser celebrado contra expresa prohibición legal según lo dispuesto en el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes⁸, no fue saneada por prescripción y la misma puede ser decretada oficiosamente porque están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración⁹.

12.6.- No se olvide que el decreto de nulidad de un contrato es un asunto de exclusiva competencia del juez y que esta cuestión es un fenómeno por entero diferente al deber de la administración de **darlo por terminado, cuando advierta alguna de las causales previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.**

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp: 17.783.

⁷ Resulta pertinente en éste punto hacer referencia a la sentencia aprobada en la audiencia que tuvo lugar el día 23 de octubre de 2017 bajo el radicado No. 53.477, en la que se señaló que se configuraba la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el No. 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues en ese asunto de las pruebas arrimadas se logró evidenciar la intencionalidad de las partes para pretermitir el procedimiento de selección, teniendo en cuenta que la administración y el contratista se avinieron previamente a celebrar el contrato sin adelantar el procedimiento de selección y decidieron denominarlo como un contrato arrendamiento, cuando por sus elementos esenciales estructuraba un contrato de concesión, que conforme a los dictados de la Ley 80 de 1993, requería para su suscripción que se adelantara un procedimiento de licitación pública, lo cual no ocurrió.

⁸ Ver artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

⁹ Ver artículo 32 de la Ley 446 de 1998

“Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020”

12.7.- Con otras palabras, dar por terminado un contrato estatal porque se advierte la existencia de una de tales causales, no implica ni equivale a decretar su nulidad.

Que teniendo en cuenta lo anterior, para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es fundamental que haya una contradicción al régimen legal de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda vulneración a una prerrogativa normativa conduce a estructurar la causa.

Que de esta manera, cuando una norma contiene un mandato, es decir, una disposición incorpora una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual (o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena, aunque no prohíbe expresamente), el contrato será nulo por violar el régimen legal.

Que así las cosas, teniendo en cuenta que el numeral 4° del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser concluido con la nulidad absoluta del contrato.

Que adicionalmente, la contratación estatal se encuentra al servicio del interés general por cuanto con ella se da cumplimiento a los fines estatales, se prestan los servicios públicos y se satisfacen las necesidades colectivas de conformidad con lo indicado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Cumpliendo así, principio como el de selección objetiva, transparencia, buena fe y economía. Esto es refrendado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-004 de 2017 y el Consejo de Estado Sentencia Rad. 17767 del 2011.

Que la protección de ese interés general se ve reflejada en la posición que asumen las partes en el contrato estatal, es por ello que, para el caso en particular, y toda vez que en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2017 se indicaron las causales de desempate aplicarse en el proceso del asunto, tenidas en cuenta a su vez por la entidad tal como se puede evidenciar en el informe de selección remitido vía correo electrónico a los participantes del proceso el 01 de abril de 2020, el mismo incurre en un yerro de interpretación en la aplicación de la causal 4, ya que la guía para la suscripción de la orden de compra no fue clara con la indicación de los documentos a tener en cuenta por parte de la entidad y de acuerdo al informe de evaluación publicado por Colombia Compra Eficiente para el proceso de licitación pública se tuvo por cumplido lo indicado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2017.

Sin embargo, con posterioridad a la suscripción de la orden de compra se pudo evidenciar el no cumplimiento por parte del proveedor Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 del 10% que debe contar en su nómina en condición de discapacidad, vulnerando con ello el deber de selección objetiva y el principio de transparencia; y viciando de nulidad absoluta la orden de compra 46786 de fecha 01 de abril de 2020 por ser celebrada contra expresa prohibición legal según lo dispuesto en el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Precisamente en desarrollo del principio de selección objetivo, propio de la contratación estatal se deben tener factores como el que, la propuesta más favorable se debe determinar exclusivamente con arreglo a los diversos factores de selección previamente establecidos por la Administración y la ley, así como la ponderación precisa y detallada de tales criterios de selección.

Que la ponderación de cada uno de dichos criterios o factores de escogencia se debe establecer de manera precisa, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones y que la adjudicación hecha por la entidad pública esté precedida del examen y comparación objetiva de las propuestas presentadas, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones hechos por la entidad o sus consultores o asesores.

De tal suerte, que, en orientación y seguimiento a dichos lineamientos, se examina que como organismo público se deben respetar los mismos en aras garantizar precisamente la transparencia propia no solo de la contratación, sino de la administración pública.

Así las cosas, se tiene que la Nulidad no puede ser saneada por ratificación de las partes y que de permitirse la ejecución de la orden de compra se estaría propugnando el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que reglamentan la actividad administrativa, entre ella la actividad contractual.

A su vez, y teniendo en cuenta la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional declarado por el presidente de la república mediante decreto 417 de 2020 de fecha 17 de

“Por la cual se ordena la terminación unilateral de la orden de compra No. 46786 de 2020”

marzo de 2020 y en atención a que el presente proceso de selección se inició con anterioridad al mismo, esto es, el 10 de marzo de 2020, se hace necesario que la entidad revise el valor inicialmente presupuestado para cubrir el suministro de tiquetes aéreos para el nivel central hasta el 31 de diciembre de 2020, en atención a la indicado en la Resolución 844 de 2020 que prorrogó la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020.

Finalmente, y con el fin de garantizar los principios que orientan la contratación estatal, la entidad ha intentado establecer en múltiples oportunidades comunicación con el proveedor Unión Temporal Novatours - Visión Tours 05 – 2018 sin obtener respuesta alguna; en consecuencia, y de acuerdo a los argumentos expuestos, se dará por terminada la orden de compra No. 46786 de fecha 01 de abril de 2020 y se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Que, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Terminar unilateralmente la orden de compra No. 46786 del 01 de abril de 2020 cuyo objeto corresponde a: “SUMINISTRO DE TIQUETES AÉREOS PARA EL NIVEL CENTRAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES DE COLOMBIA”, de acuerdo a los argumentos expuestos en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la liquidación de la orden de compra No. 46786 del 01 de abril de 2020.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar el contenido de la presente resolución a ROQUE HERBIN DUARTE SERRANO representante legal de la UNIÓN TEMPORAL NOVATOOURS - VISIÓN TOURS 05 – 2018, al correo electrónico lduarte@novatours.com.co y hduarte@novatours.com.co, advirtiéndole que contra la presente procede el recurso de reposición, el cual deberá presentarse ante la Dirección General de Parques Nacionales Naturales de Colombia al correo electrónico julia.miranda@parquesnacionales.gov.co, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su notificación personal por medios electrónicos, en concordancia con lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020 y el artículo 77 de Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme el presente acto administrativo, se enviará copia de la misma al grupo financiero de Nivel Central de Parques Nacionales Naturales de Colombia, para la anulación del registro presupuestal No. 60220.

ARTICULO QUINTO: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de expedición y se remitirá a Colombia Compra Eficiente por la Tienda Virtual del Estado Colombiano para su publicación y trámite correspondiente.

Dada en Bogotá D.C., a los 05 días del mes de Junio de 2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIA MIRANDA LONDOÑO
DIRECTORA GENERAL

Proyectó: Leidy Viviana Serrano Ramos / Coordinadora Grupo de Contratos
Revisó: Luis Alberto Ortiz Morales / Coordinador Grupo de Procesos Corporativos
Silvia Patricia Tamayo Díaz / Asesora Subdirección Administrativa y Financiera
Jaime Andrés Echeverría / Jefe Oficina Asesora Jurídica
Nubia Lucia Wilches Quintana / Subdirectora Administrativa y Financiera