



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho -
Controversia Contractual
Expediente: 110013336038201800024-00
Demandante: Viaja por el Mundo Web/Nickisix 360 S.A.S
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Comando General
de las Fuerzas Militares.
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 295 del 25 de agosto de 2016, proferida por el Director Administrativo y Financiero del Comando General de las Fuerzas Militares, mediante la cual se dispuso adjudicar el proceso de Licitación Pública No. 121/MDN-CGFM-JEMCSEMCA-DIADF-DIAUC, a la firma Agencia de Viajes y Turismo Gold Tour S.A.S.

1.2.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 327 del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Director Administrativo y Financiero del Comando General de las Fuerzas Militares, mediante la cual se negó la solicitud de revocatoria directa del anterior acto.

1.3.- A título de restablecimiento del derecho, pide se condene a la demandada a pagar la suma de \$250.000.000, entendida como la utilidad dejada de percibir por la sociedad demandante de habersele adjudicado la licitación pública y consecuentemente haber celebrado el contrato objeto de la misma.

1.4.- Que la anterior suma de dinero se actualice desde el 30 de noviembre de 2016 (plazo de ejecución) hasta la fecha de la sentencia. Así mismo, se reconozcan los intereses previstos en el artículo 192 del CPACA

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- Mediante Resolución No. 258 del 13 de julio de 2016, el Director Administrativo y Financiero del Comando General de las Fuerzas Militares abrió el proceso de licitación pública No. 121-2016, con el objeto de “Contratar el suministro de planes de bienestar para el personal de Primera Línea de Combate de las Fuerzas de Tarea Conjunta adscritas al Comando General FF.MM”, el cual se cerró

el 29 de julio de 2016, presentándose 5 proponentes, entre los cuales estaba la sociedad Viaja por el Mundo WEB/NICKISIX360 S.A.S.

2.2.- Con oficio con el No. 20162190246121 MDN-CGFM-JEMC-SEMC-DIADF-DIAUC-17-2, la Entidad Licitante formuló varios requerimientos a los proponentes. A la sociedad demandante le solicitó aclarar los porcentajes de IVA aplicados en su propuesta económica, pidiendo dos *items* que no fueron incluidos en el pliego de condiciones, relativos al “*porcentaje de IVA aplicado*” y su “*justificación normativa*”, requerimiento que fue respondido aduciéndose que el IVA aplicado era del 16% y que se fundamentaba en el artículo 420 del Estatuto Tributario.

2.3.- El 9 de agosto de 2016 la entidad licitante publicó en el SECOP la calificación técnica y jurídica de los proponentes, en la que la sociedad demandante fue habilitada para participar desde el punto de vista técnico y jurídico, además obtuvo el mejor puntaje de calificación en los informes jurídico, técnico y financiero.

2.4.- La entidad demandada absolvió las observaciones hechas por los proponentes el 22 de agosto de 2016, y para tal efecto publicó un “*cuadernillo de respuestas*”, así como el “*concepto económico final*” del proceso, en el cual hizo una corrección aritmética a la propuesta de la sociedad demandante, recalculando su valor, incluyendo el porcentaje del IVA que estimó aplicable, modificando así el orden de elegibilidad, por lo que asignó el mayor puntaje a la propuesta presentada por la sociedad Agencia de Viajes y Turismo Gold Tour S.A.S.

2.5.- El 26 de agosto de 2016, la sociedad Viaja por el Mundo WEB/NICKISIX360 S.A.S., remitió una comunicación pronunciándose sobre la recalificación, en la que aclaró el porcentaje de IVA aplicado a los planes internacionales e instó al Comité Técnico Evaluador a realizar un estudio juicioso que habilite la propuesta presentada.

2.6.- El 25 de agosto de 2016, se llevó a cabo la audiencia de adjudicación y se expidió la Resolución No. 295, en la que se indicó que no cabía ningún tipo de recurso. De sus consideraciones se extrajo que la sociedad demandante cumplió financieramente y estaba habilitada, sin embargo, la revisión y corrección aritmética calculó el IVA de una manera distinta a la establecida en la propuesta de la demandante, con lo cual se incrementó su valor en los *items* 8 y 11, y se concluyó que debía rechazarse por haber superado el presupuesto oficial unitario; así, no le otorgó ningún puntaje, adjudicando la licitación al proponente Agencia de Viajes y Turismo Gold Tour S.A.S.

2.7.- El 26 de agosto de 2016, la sociedad demandante presentó una petición de revocatoria directa frente a la resolución de adjudicación, allegando conceptos que pretendían demostrar que se había incurrido en un error al interpretar la legislación tributaria, la que fue negada con Resolución No. 327 de 22 de noviembre de 2016.

2.8.- El contrato adjudicado se celebró por la entidad demandada el 29 de agosto de 2016. Y en su cláusula séptima se pactó que el plazo para su ejecución iría hasta el 30 de noviembre de 2016, o hasta el agotamiento de los recursos.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado judicial de la sociedad demandante invocó como fundamentos jurídicos los artículos 2, 5, 24, 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993 y artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Los cargos que presentó la parte demandante frente al proceso de adjudicación adelantado por la demandada y la expedición de la Resolución No. 295 del 25 de agosto de 2016, se basan en dos razones principales. La primera, porque la sociedad demandante sostiene que el acto fue proferido de forma irregular desconociendo el debido proceso; y la segunda, porque fue proferido con infracción de las normas en que debía fundarse, en particular el pliego de condiciones, por lo que además incurrió en falsa motivación.

No obstante, los enmarcó en la argumentación que se resumen de la siguiente manera:

3.1.- Desconocimiento del pliego de condiciones y de las normas legales a la que estaba sujeta la decisión de adjudicación del contrato

Aduce que la entidad demandada rechazó la oferta de la sociedad demandante por cuanto recalculó su valor teniendo en cuenta el IVA que, en su concepto, debía pagarse por los servicios ofrecidos en el exterior, lo que tuvo como resultado que el valor de la oferta superara el tope previsto como presupuesto oficial en el pliego de condiciones.

No obstante, asegura que ese actuar violó las disposiciones del pliego de condiciones pues en este estaba previsto que la evaluación se realizaría con los precios ofrecidos antes del IVA, lo que se puede observar en la condición No. 5.1., que es clara en afirmar que la evaluación económica de las ofertas de los proponentes debía hacerse sin tener en cuenta el IVA, lo que debe interpretarse como que el porcentaje de impuesto a pagar por los servicios ofrecidos o las discusiones que sobre ese punto pudieran presentarse, serían irrelevantes.

En síntesis, asevera que la entidad licitante no podía considerar el valor de este impuesto para realizar la comparación de las ofertas, porque ello estaba expresamente prohibido en el pliego de condiciones, en el que claramente se indica que tal comparación debía hacerse *“antes de IVA”*.

Además, agregó que la estipulación de comparar ofertas antes del IVA tenía como propósito i) evaluar a los proponentes en condiciones de igualdad y ii) evitar cualquier discusión frente al IVA aplicable a los servicios ofrecidos. Lo último fue desconocido por la entidad licitante pues su actuar introdujo una discusión que no debía darse por las reglas del pliego de condiciones, además porque éste no indicó cual era el IVA aplicable, por lo que reprocha que subjetivamente la entidad demandada haya interpretado el mismo en la propuesta presentada por la sociedad demandante, sentenciando que la demandada no podía corregirla.

En igual sentido, adujo que cuando la entidad licitante requirió a la sociedad demandante con el objeto de que completara la información de su propuesta indicando el porcentaje del IVA aplicado y la justificación normativa, estaba desconociendo el pliego de condiciones porque estaba exigiendo una información no prevista en el mismo y que a todas luces resultaba irrelevante en una licitación donde estaba claramente advertido que la adjudicación se haría teniendo en cuenta los precios antes del IVA.

Por lo anterior, concluye que la demandada no aplicó el pliego de condiciones, pues además de no permitir a los participantes controvertir el rechazo de la propuesta, efectuó la comparación de las diferentes propuestas luego de haber calculado el IVA conforme con una interpretación del Estatuto Tributario, aspecto que a su juicio cambió las reglas plasmadas en el pliego, basado en una interpretación subjetiva que tampoco estaba prevista en ese documento.

Finalmente, acotó que la demandada desconoció lo dispuesto en el artículo 481 del Estatuto Tributario, pues no tuvo en cuenta que en la porción terrestre de los planes ofrecidos en el exterior no hay lugar a pagar IVA.

3.2.- Irregular adopción del acto de adjudicación

Aduce la sociedad demandante que participó en la Licitación Pública No. 121/MDN-CGFM-JEMCSEMCA-DIADF-DIAUC en los términos previstos en la misma, presentó su oferta con base en el pliego de condiciones, estaba habilitada técnica y jurídicamente; no obstante, su propuesta no fue evaluada ni comparada con las demás, pues de la corrección aritmética que efectuó el Comando General de las FF.MM., se decidió no asignarle puntaje porque la propuesta superaba el presupuesto oficial del contrato, lo cual reprocha teniendo en cuenta que si la entidad demandada consideraba que la propuesta no se ajustaba a lo previsto en el pliego, debió rechazarla, y no esperar hasta proferir el acto de adjudicación y decir que pese a que cumplía con los requisitos para participar no le asignaría puntaje alguno.

De otro lado, asegura que si en la etapa de evaluación jurídica y técnica del pliego se concluye que la propuesta no puede ser evaluada porque el precio ofrecido sobrepasa el precio máximo previsto en el pliego, es en ese momento que se debe establecer con toda claridad y permitírsele al oferente controvertir tal determinación, aspectos que no concurrieron en el caso propuesto.

Por ello, cuestiona que antes de la evaluación en mención, la entidad licitante haya remitido un requerimiento a los proponentes para que aclararan el IVA aplicado, sin que se cambiara la oferta inicial y sin advertir qué consecuencias tendría esta circunstancia. Luego, el 9 de agosto de 2016, publicó la lista de elegibles quedando la sociedad demandante habilitada y con el mayor puntaje de escogencia, no obstante, un día antes de la adjudicación, realizó un recálculo de las ofertas con el IVA, que terminó con el rechazo de la propuesta presentada por Viaja por el Mundo WEB/NICKISIX360 S.A.S.

En ese sentido, sostuvo que la determinación de rechazar la propuesta por no estar acorde con el pliego de condiciones debió adoptarse respecto de la sociedad a quien se le adjudicó el contrato, pues si se tiene en cuenta que en el pliego de condiciones, en los factores de evaluación, se dispuso que se otorgaba 150 puntos *“al oferente que suministre el mayor número de planes adicionales por cada 10 planes internacionales adquiridos para Miami”* y se otorgarían otros 130 puntos al *“oferente que suministre el mayor número de planes adicionales, por cada 10 planes Internacionales adquiridos para Cancún”*, la sociedad adjudicataria ofreció *“planes internacionales 3 por cada 20”*, aspecto que no se ajustaba al pliego, los ofrecimientos realizados no podían ser comparados con las demás propuestas.

Por otra parte, señala que si la entidad licitante estimaba que el precio ofrecido en la propuesta presentada por la sociedad demandante no podría sostenerse en la ejecución del contrato, lo que a la postre generaría la necesidad de incrementarlo, debió acudir al procedimiento establecido en la ley y en el pliego de condiciones respecto de los precios artificialmente bajos, lo que le imponía la carga de requerir al proponente para que rindiera las explicaciones correspondientes y así poder determinar la continuación del trámite de la licitación, aspecto que nunca ocurrió.

Finalmente, afirmó que la entidad licitante al momento de practicar la revisión aritmética de la propuesta, la cambió sustancialmente, lo que se advierte como ilegal, pues introdujo un precio que no fue incluido en la misma al calcular un porcentaje del IVA, y bajo esa apreciación, decidió rechazarla posteriormente.

Además, la revisión tiene cabida cuando la propuesta tiene errores en la aplicación de operaciones aritméticas, y teniendo en cuenta que el proponente no incurrió en ningún tipo de error de esta clase, la misma no era procedente.

3.3.- La entidad rechazó erróneamente la oferta e interpretó erróneamente su facultad de corregir aritméticamente la oferta

Con la reforma de la demanda, la sociedad demandante insistió en que el rechazo de la propuesta presentada, al amparo de que la propuesta económica superó el presupuesto oficial unitario por *ítem*, es contraria a las normas que regulan la contratación estatal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que dispone que la falta de requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas no sirve de título suficiente para rechazar los ofrecimientos hechos.

De igual manera, adujo que la regla es que el rechazo de las propuestas sólo procede de forma excepcional cuando se trate de comparación de ofertas, por lo que, si bien se les ha reconocido a las entidades públicas un margen de autonomía en la elaboración de los pliegos, ésta debe ceñirse al orden legal. Y aunque reconoce que la jurisprudencia nacional acepta la posibilidad de que se establezca como causal de rechazo de las propuestas el hecho de que superen el presupuesto oficial, debe ser el presupuesto total y no por cada *ítem* que se pretende contratar, pues en nada afectaría a la futura contratación que la propuesta supere en algún *ítem* los valores señalados en el pliego de condiciones, si como un todo se encontraba dentro del margen de la disponibilidad presupuestal del contrato a celebrar.

De otro lado, aseguró que la entidad licitante extralimitó su facultad de corregir aritméticamente las propuestas, pues según los pliegos de condiciones la posibilidad de corrección se ceñía a la modificación de cifras contenidas en el formulario, pero siempre prevalecía tomar el valor unitario sin IVA. Por ello, la “corrección” que efectuó la administración no fue sobre cifras, sino que se usó para adicionarles a los valores unitarios lo que correspondía al IVA, lo que constituye un uso indebido de su facultad.

II.- CONTESTACIÓN

2.1.- Nación- Ministerio de Defensa- Comando General de las Fuerzas Militares.

El 29 de agosto de 2018¹², la apoderada judicial de la entidad demandada contestó el escrito de demanda, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó ser parcialmente cierta la situación fáctica narrada.

Destacó que, contrario a lo que afirma la demandante, el valor del IVA sí fue solicitado con los pliegos de condiciones, lo cual se puede confirmar en el Formulario No. 5 “*valoración de la propuesta económica*”, pues además de solicitar el valor unitario sin IVA, se solicitó igualmente el valor del IVA y el precio unitario incluido el IVA, motivo por el cual resultó necesario requerir a todos los proponentes para que efectuaran una aclaración, la que está permitida por la Ley y en el Manual de Contratación de la entidad.

Igualmente, adujo que los planes propuestos en la oferta de la sociedad demandante sí generaban IVA, y que el mismo no fue aplicado de forma conveniente, sino como se había estipulado en los estudios previos, según los

¹ Folio 86 del Cp.

² Folios 403 a 416 C. principal 3

estudios de mercado y lo dispuesto en el artículo 461 del Estatuto Tributario, por lo que la corrección aritmética arrojó que, para los planes de Orlando y Aruba de la propuesta de la actora, sobrepasó el presupuesto asignado. Además, resaltó que ninguno de los proponentes realizó observaciones relativas al IVA descrito en pliegos de condiciones y en los estudios previos y de marcado.

De otro lado, adujo que la Dirección Administrativa de Comando General de las Fuerzas Militares estableció que el IVA aplicable para el tipo de servicios requeridos, era para ese momento el 16% según el artículo 481 del Estatuto Tributario y conceptos de la DIAN. No obstante, se realizó la corrección aritmética sobre el 8% del IVA, teniendo en cuenta que fueron los proyectados en los estudios de mercado y así poner en igualdad de condiciones a todos los proponentes.

Lo anterior, dijo, encuentra justificación en que en la licitación pública No. 121-2016, todos los proponentes proyectaron un IVA diferente dentro de su oferta económica por lo que se tornó necesario efectuar la corrección aritmética con el fin de verificar que éstas no sobrepasaran el presupuesto asignado al proceso o al ítem, teniendo en cuenta que el proceso no puede quedar desfinanciado.

En lo relativo al procedimiento que impone la Ley a los precios artificialmente bajos que alega el demandante, adujo que en ningún momento se presentó alguna situación que indicara que se estaba ante éste. Por ello, los comités evaluadores de la Dirección Administrativa del Comando General no consideraron que los mismos fueran precios artificialmente bajos, razón por la que no realizaron ninguna solicitud, siendo meras elucubraciones de la parte demandante.

Finalmente, sostuvo que, además de configurar la causal de rechazo de la oferta por superar el presupuesto contractual, la oferta de la sociedad demandante no era la que presentaba las mejores condiciones para la entidad licitante.

Respecto de la reforma a la demanda, señaló que no es cierto que la sociedad demandante presentó la mejor oferta y al tiempo que tampoco lo es que se haya rechazado la reforma de manera errónea, pues como quiera que la Ley no permite subsanar los aspectos que otorga puntaje a la misma, debió rechazarse porque superó el presupuesto del contrato.

2.2.- Agencia de Viajes y Turismo Gold Tour S.A.S.

Desde la admisión de la demanda se vinculó a esta Sociedad y se le notificó aquel proveído el 12 de agosto de 2019, no obstante, guardó silencio.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda fue presentada ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiéndole al Despacho del Magistrado José Élver Muñoz Barrera, quien con auto de 17 de enero de 2018³, se abstuvo de avocar el conocimiento del asunto por carecer de competencia por el factor cuantía y ordenó remitir el expediente al reparto entre los Juzgados Administrativos de Bogotá de la Sección Tercera, asignándosele a este Juzgado el 1° de febrero de 2018⁴.

³ Folio 47 del Cp.

⁴ Folio 52 del Cp.

Con providencia de 23 de marzo de 2018⁵, se admitió el medio de control de la referencia en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, y se vinculó a la AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S., providencia que fue notificada a los sujetos procesales, incluidas la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá, y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Conforme lo previsto en los artículos 172 y 199 de la Ley 1437 de 2011, la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES, contestó dentro de la oportunidad legal prevista.

El 29 de mayo de 2018⁶, la Sociedad demandante reformó la demanda y su admisión se concretó en el auto de 30 de noviembre de 2018⁷. La entidad demandada contestó oportunamente la reforma con escrito allegado el 14 de diciembre de esa anualidad⁸.

Con auto de 27 de mayo de 2019⁹, se requirió a la demandante para que aportara el certificado de existencia y representación legal de la AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S., con registro vigente para el año 2019, para asegurar la notificación personal de su vinculación a este asunto, lo cual se hizo el 12 de agosto de 2019¹⁰, no obstante, guardó silencio.

El 27 de octubre de 2020¹¹, se realizó la audiencia inicial establecida en el artículo 180 del CPACA, en la cual se evacuó la fase de saneamiento, se fijó el litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio, y fue decretada la prueba documental solicitada por la entidad demandada.

Luego, en audiencia de pruebas celebrada el día 9 de febrero de 2021¹², se incorporó al expediente la documental allegada, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado por 10 días para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto, sin embargo, guardó silencio.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandada – Nación - Ministerio de Defensa - Comando General de las Fuerzas Militares.

El apoderado del ente demandado, con memorial del 22 de febrero de 2021, presentó sus alegatos finales con los que reiteró los planteamientos de la contestación de demanda, por lo que no se hace necesario plasmarlos en este acápite.

2.- Parte demandante - Viaja por el Mundo Web/ Nickisix 360 S.A.S

La Sociedad demandante rindió sus alegatos de conclusión mediante correo electrónico de 23 de febrero de 2021, con los que además de reiterar los argumentos de la demanda, insistió en que la demandada incurrió en un yerro

⁵ Folio 54 del Cp.

⁶ Folio 59 del CP.

⁷ Folio 122 del Cp.

⁸ Folio 129 del Cp.

⁹ Folio 136 del Cp.

¹⁰ Folio 146 del Cp.

¹¹ Folio 163 del Cp.

¹² Documento digital “01.- 09-02-2021 AUDIENCIA DE PRUEBAS”.

jurídico al recalcular equivocadamente la oferta de la demandante teniendo en cuenta un IVA que no correspondía por los servicios ofrecidos en el exterior y que llevó a que la propuesta estuviera por encima de lo presupuestado oficialmente, con olvido de que la evaluación se realizaría con los precios ofrecidos antes del IVA, cayendo así en una conducta reprochable pues modificó la propuesta presentada haciendo que ésta no cumpliera los requisitos del pliego de condiciones.

Además, reprocha la falta de oportunidad de los proponentes de cuestionar el rechazo de sus ofertas, máxime si se tiene en cuenta que se basó en una modificación de las mismas, al interpretar subjetivamente un aspecto que no estaba definido en el pliego de condiciones, por lo que concluye que la entidad demandada no se sometió a sus reglas plasmadas en el pliego, o por lo menos lo interpretó indebidamente, y lo más grave, según su dicho, es que no le permitió al proponente controvertir la decisión.

Adujo que la entidad demandada acudió a una corrección aritmética que nunca existió, pues no se puede constatar un error en una operación aritmética, sino que fue el móvil para poder modificar la oferta y sacarla de la licitación por considerar que el precio de la oferta estaba por encima del oficialmente presupuestado, pero nunca se explicó en qué consistía el supuesto error, pues darle un porcentaje al IVA no puede ser considerado de ninguna manera como un error aritmético.

Finalmente, señaló que a la empresa demandante se le ha debido adjudicar el contrato, dado que ocupaba el primer lugar en la ponderación técnica, tal como se puede observar en el informe del 8 de agosto de 2016 y en la ponderación económica.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 138, 164 numeral 2º literal c), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Problema Jurídico

Al Juzgado le corresponde determinar si procede la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 295 del 25 de agosto de 2016, proferida por el Director Administrativo y Financiero del Comando General de las Fuerzas Militares, mediante la cual se adjudicó el proceso de Licitación Pública No. 121/MDN-CGFM-JEMCSEMCA-DIADF-DIAUC, cuyo objeto era “contratar, el suministro de planes de bienestar para el personal de primera línea de combate de las Fuerzas de tarea conjunta adscritas al Comando General de FFMM, a la firma AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S.”.

Así mismo, establecer si procede la nulidad de la Resolución No. 327 del 22 de noviembre de 2016 mediante la cual se denegó la petición de revocatoria de la Resolución No. 295 del 25 de agosto de 2016. Y, si por todo lo anterior hay lugar a condenar a la demandada a pagar a la accionante la utilidad esperada por dicho negocio jurídico.

3.- Análisis de los cargos de ilegalidad

El Despacho procede al estudio de cada uno de los cargos de nulidad que fueron propuestos por la sociedad demandante Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S.

3.1.- Desconocimiento del pliego de condiciones y de las normas legales a las que estaba sujeta la decisión de adjudicación del contrato

La parte demandante asegura que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Comando General de las Fuerzas Militares, adjudicó irregularmente el contrato de la Licitación Pública No. 121-2016 porque vulneró el debido proceso y no acató las normas en que debía fundarse, especialmente el pliego de condiciones. En ese sentido, aseguró que la oferta de la demandante fue rechazada por cuanto la entidad demandada recalculó el IVA que debía pagarse por los servicios ofrecidos en el exterior, haciendo que la oferta superara el tope previsto en el presupuesto oficial.

Acorde con las documentales que hacen parte del expediente contractual de la Licitación Pública No. 121 de 2016 adelantada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto es “... CONTRATAR EL SUMINISTRO DE PLANES DE BIENESTAR PARA EL PERSONAL DE PRIMERA LÍNEA DE COMBATE DE LAS FUERZAS DE TAREA CONJUNTA ADSCRITAS AL COMANDO GENERAL FF.MM, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL ANEXO No. 1.”, se advierte que:

.- Las reglas presuntamente desatendidas por la entidad demandada, se encuentran contenidas en el Pliego de Condiciones Definitivo, en su Capítulo Quinto, ítem 5.1., que dispone lo siguiente:

“5.1 PONDERACIÓN ECONÓMICA: PONDERACIÓN DE PRECIOS (Máximo 250 PUNTOS)

Para efectos de la ponderación económica el oferente deberá diligenciar en su totalidad el **FORMULARIO “VALORACIÓN DE LA PROPUESTA ECONÓMICA”**, en el cual se establecerá el precio ofrecido y se procederá a calificar los precios así:

El puntaje máximo que es posible obtener, en la calificación de precio es de 250 puntos, sin requerirse de un puntaje mínimo para la elegibilidad de la propuesta, así:

- La oferta que presente el menor valor unitario total antes de iva, (sumatoria de plan +tarifa administrativa) se le asignará el mayor puntaje, las demás se calificarán teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

Ponderación del Precio = (OMVU * 250)
VUOE

Dónde:

OMVU: Oferta menor valor unitario antes de iva

VUOE = Valor unitario ofrecido a evaluar antes de iva

De acuerdo con la Circular CIR2015-415 del 8 de septiembre de 2015 expedida por el Ministerio de Defensa y el capítulo X numeral 2.1 “En todos los procesos de selección, sin importar su modalidad, las ofertas económicas deben evaluarse antes de IVA, lo anterior en aras de garantizar el principio de igualdad” de la Resolución No. 6302 Manual de contratación del Ministerio de Defensa.”¹³

¹³ Folio 51 del C2.

.- A través del Oficio No. 20162190219173 de 8 de agosto de 2016¹⁴, el Comité Jurídico Evaluador de la Dirección Administrativa y Financiera del Comando General de las Fuerzas Militares concluyó que Viaja por el Mundo Web/Nickisix360 S.A.S., cumple con los requisitos jurídicos previstos en el pliego de condiciones, y por ello se encuentra habilitada jurídicamente.

.- Con Oficio No. 20166000244991 de 8 de agosto de 2016¹⁵, el Comité Técnico Evaluador de la Dirección Administrativa y Financiera del Comando General de las fuerzas militares concluyó que Viaja por el Mundo Web/Nickisix360 S.A.S., cumple con los requisitos técnicos previstos en el pliego de condiciones, y por ello se encuentra habilitada técnicamente.

.- En la misma fecha, con Oficio No. 20162190218563¹⁶, se profirió el concepto económico preliminar dentro del proceso de licitación pública No. 121 de 2016, con el que se concluyó que la sociedad demandante cumplía financieramente, respecto de los documentos financieros requeridos y los requisitos habilitantes.

En cuanto a la evaluación de los precios ofrecidos, se dejó constancia en el documento anterior que con oficio de Radicado N. 20162190246121, se requirió a los oferentes para que aclararan los porcentajes de IVA aplicados en sus propuestas económicas, dado que eran disímiles. En efecto se dijo:

“2. ACLARACIONES ECONÓMICAS:

Se solicita a los oferentes aclaren sus propuestas económicas según se indica a continuación, por las facultades de la Entidad contenidas en el numeral 7° de la Ley 80 de 1993, que en su tenor literal señala:

“7o. 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.” (Cursiva fuera de texto)

NO SE ACEPTA en esta oportunidad **por ningún motivo cambio de los valores unitarios ofrecidos en la propuesta original** por ser el criterio de ponderación “**precio**”, siendo necesario para la Entidad que los participantes requeridos **ACLAREN los porcentajes de IVA aplicados en su oferta**.

La presente actuación administrativa es acorde con los recientes pronunciamientos del Alto Tribunal Contencioso Administrativo, que al respecto ha dicho:

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las mismas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de allí que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare....

2.1 LOS OFERENTES: VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S, UNIÓN TEMPORAL FESTURIS (FESTIVAL TOURS LALIANXA SAS/TURISMO AL VUELO LTDA), SUBATOURS S.A.S, AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S, deben allegar ACLARACIÓN

¹⁴ Folio 83 del C2.

¹⁵ Folio 96 del C2.

¹⁶ Folio 108 del C”.

diligenciando el siguiente cuadro de forma clara y específica citando la normatividad tributaria relacionada, así;

Item NO.	DESTINOS NACIONALES	UNIDAD DE MEDIDA	PLAN	
TEMPORADA			% PORCENTAJE DE IVA APLICADO	JUSTIFICACIÓN NORMATIVA / ESTATUTO TRIBUTARIO (CITAR ARTICULO Y DEMAS NORMATIVIDAD)
8	ORLANDO EE.UU	PLAN		
9	MIAMI EE.UU	PLAN		
10	CANCUN MEXICO	PLAN		
11	ARUBA	PLAN		

De igual manera, se dejó constancia de la respuesta oportuna presentada por Viaja por el Mundo Web/Nickisix360 S.A.S., en la que adujo que para los ítems 8, 9, 10 y 11 el porcentaje del IVA aplicado era del 16% y su sustento se encontraba en el artículo 420 del Estatuto Tributario, a reglón seguido, dijo el comité evaluador “Que de acuerdo a la aclaración presentada los valores presentados en su oferta económica son los siguientes”, lo que no fue otra cosa que la réplica de la propuesta presentada por la sociedad demandante, la cual se sintetizó de la siguiente manera:

Item NO.	DESTINOS NACIONALES	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA	VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKSIX360 S.A.S						
				PLAN			TARIFA ADMINISTRATIVA			PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA
				VALOR UNITARIO	IVA	VALOR IVA INCL	VALOR UNITARIO	IVA	VALOR IVA INCL	
	TEMPORADA		TODAS							
1	SAN ANDRES ISLAS	PLAN	1.632.641,53	1.534.436,00	-	1.534.436,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.590.000,00
2	SANTA MARTA	PLAN	1.560.000,00	1.162.444,83	185.991,17	1.348.436,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.404.000,00
3	CARTAGENA	PLAN	1.725.000,00	1.365.074,14	218.411,86	1.583.486,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.639.050,00
4	ARMENIA	PLAN	1.536.663,60	1.162.444,83	185.991,17	1.348.436,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.404.000,00
5	MEDELLIN	PLAN	1.104.579,00	861.219,83	137.795,17	999.015,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.054.579,00
6	BUCARAMANGA	PLAN	1.788.640,00	1.400.375,86	224.060,14	1.624.436,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.680.000,00
7	BOGOTA D.C	PLAN	1.015.000,00	759.513,79	121.522,21	881.036,00	47.900,00	7.664,00	55.564,00	936.600,00
Item NO.	DESTINOS INTERNACIONALES	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA							PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA
	TEMPORADA		TODAS							
8	ORLANDO EE.UU	PLAN	4.631.095,00	4.234.368,49	92.007,41	4.326.375,90	85.543,19	13.686,91	99.230,10	4.425.606,00
9	MIAMI EE.UU	PLAN	4.311.293,00	3.619.162,49	92.007,41	3.711.169,90	85.543,19	13.686,91	99.230,10	3.810.400,00
10	CANCUN MEXICO	PLAN	4.076.034,00	3.657.659,90	110.518,00	3.768.177,90	85.543,19	13.686,91	99.230,10	3.867.408,00
11	ARUBA	PLAN	3.645.114,00	3.437.944,99	78.896,03	3.516.841,02	45.826,71	7.332,27	53.158,98	3.570.000,00
TOTALES			27.026.060,13	23.194.645,15	1.447.200,57	24.641.845,72	637.756,28	102.041,00	739.797,28	25.381.643,01

Lo anterior permite evidenciar que se incurrió en un error meramente aritmético, pues si bien se aclaró que para las propuestas de los planes en las ciudades de Orlando, Miami, Cancún y Aruba se aplicaba un IVA del 16%, es claro que el mismo no le fue aplicado al valor unitario del plan, pues lo que hizo el Comité Económico Evaluador, fue transcribir la propuesta presentada por Viaja por el Mundo Web/Nickisix360 S.A.S.¹⁷, y no aplicar la aclaración a la misma.

Pese a lo anterior, se adujo a manera de resumen de las evaluaciones de los 5 oferentes de la Licitación Pública No. 121 de 2016, lo siguiente:

¹⁷ Lo que se puede evidenciar a folios 203 y 204 del C2.

No.	RESUMEN DE LAS EVALUACIONES	CONCEPTO TECNICO	PUNTAJE TECNICO	PUNTAJE LEY 816	CONCEPTO JURIDICO	CONCEPTO ECONOMICO	PUNTAJE ECONOMICO	TOTAL PUNTAJE	ORDEN DE ELEGIBILIDAD
1	VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S	HABILITADO	786	236	HABILITADO	HABILITADO	235,41	1257,41	1
2	UNION TEMPORAL FESTURIS FESTIVAL TOURS LALIANXA SAS TURISMO AL VUELO LTDA	HABILITADO	239,33	236	HABILITADO	CAUSAL DE RECHAZO	N/A	N/A	N/A
3	ESCOBAR OSPINA S.A.S - VIAJES CALITOUR	HABILITADO	361,17	236	HABILITADO	HABILITADO	212,98	810,15	4
4	AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S	HABILITADO	747,33	236	HABILITADO	HABILITADO	250,00	1233,33	2
5	SUBATOURS S.A.S	HABILITADO	746,67	236	HABILITADO	HABILITADO	235,38	1218,05	3

.- El 22 de agosto de 2016, se publicó en el SECOP el cuadernillo de respuestas a las observaciones proceso Licitación Pública No. 121/2016¹⁸, entre las que se destaca que los oferentes se encontraban en desacuerdo sobre cómo se calculó el IVA en las ofertas presentadas, pues en todas se aplicó uno diferente, cuando el Estatuto Tributario ordena que debe ser del 16%, por lo que solicitaron se apliquen las reglas dispuestas en el pliego de condiciones. Ante esto, la entidad demandada les contestó que esos aspectos serían resueltos en la evaluación económica final, y resaltó que en el pliego de condiciones quedó claro que el cálculo del presupuesto oficial unitario de los planes internacionales se realizó con base en el artículo 461 del Estatuto Tributario, y como quiera que los participantes no hicieron ninguna observación frente a la forma de calcular el IVA en los estudios previos y en el pliego de condiciones, los que incluían precios unitarios del mercado incluido IVA y tarifa administrativa para los planes internacionales, se mantendrían incólumes.

Por ello, anunció que el análisis económico de las propuestas “serán comparados en igualdad de condiciones como lo estableció la regla de la selección, para ello se tomará el valor unitario el cual es inmodificable y se realizará corrección aritmética al cálculo de IVA de conformidad con el artículo 461 del Estatuto Tributario, acto seguido se compararán los valores unitarios ofrecidos incluido IVA y tarifa administrativa con el presupuesto oficial unitario estimado por la Entidad, para determinar cuáles ofertas se encuentran incursas en la causal de rechazo No. 13 del pliego de condiciones definitivo”¹⁹.

.- Con Oficio No. 20162190235383 de 22 de agosto de 2016²⁰, se emitió el Concepto Económico Final del proceso de Licitación Pública No. 121 de 2016, con el que se insistió en que la sociedad demandante cumplía financieramente. No obstante, de acuerdo a las observaciones presentadas durante el traslado a las evaluaciones preliminares y resueltas en el cuadernillo atrás anotado, el comité económico procedió a hacer la reevaluación económica del proceso efectuando lo que denominó como “REVISIÓN Y CORRECCIÓN ARITMETICA”, y en lo concerniente a la Sociedad demandante, adujo lo siguiente:

“Que de acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones el comité económico procede a realizar la corrección aritmética tomando como base el valor unitario antes de IVA y teniendo en cuenta las consideraciones resueltas en el cuadernillo de respuestas;

(...)

NOTA 2: EL MINISTERIO DE DEFENSA- COMANDO GENERAL-DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA se reserva el derecho de realizar la corrección aritmética de las cifras contenidas en dicho FORMULARIO, si hay lugar a ello y tomara para ello el valor que resulte de la aplicación del valor unitario sin iva incluido en este FORMULARIO. Este valor se tendrá en

¹⁸Visible en siguiente link: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-159954> “121 CUADERNILLO DE RESPUESTAS OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACION”

¹⁹ Página 9 ibídem.

²⁰ Folio 99 de l C2.

cuenta tanto para la evaluación como para la adjudicación.

➔ VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S

Ítem NO.	DESTINOS NACIONALES	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA	VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S								PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA	CUMPLE O CUMPLE
				PLAN				TARIFA ADMINISTRATIVA					
				VALOR UNITARIO	IVA	VALOR IVA INCL.	%	VALOR UNITARIO	IVA	VALOR IVA INCL.			
	TEMPORADA		TODAS										
1	SAN ANDRES ISLAS	PLAN	1.632.641,53	1.534.436,00	-	1.534.436,00	0%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.590.000,00		SI
2	SANTA MARTA	PLAN	1.560.000,00	1.162.444,83	185.991,17	1.348.436,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.404.000,00		SI
3	CARTAGENA	PLAN	1.725.000,00	1.365.074,14	218.411,86	1.583.486,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.639.050,00		SI
4	ARMENIA	PLAN	1.536.663,60	1.162.444,83	185.991,17	1.348.436,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.404.000,00		SI
5	MEDELLIN	PLAN	1.104.579,00	861.219,83	137.795,17	999.015,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.054.579,00		SI
6	BUCARAMANGA	PLAN	1.788.640,00	1.400.375,86	224.060,14	1.624.436,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	1.680.000,00		SI
7	BOGOTÁ D.C	PLAN	1.015.000,00	759.513,79	121.522,21	881.036,00	16%	47.900,00	7.664,00	55.564,00	936.600,00		SI
Ítem NO.	DESTINOS INTERNACIONALES	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA				%					PRECIO UNITARIO DE MERCADO INCLUIDO IVA Y TARIFA ADMINISTRATIVA	
	TEMPORADA		TODAS										
8	ORLANDO EE.UU	PLAN	4.631.095,00	4.351.399,49	330.746,48	4.675.117,91	8%	85.543,19	13.686,91	99.230,10	4.672.948,07		NO CUMPLE
9	MIAMI EE.UU	PLAN	4.311.293,00	3.619.162,49	289.533,00	3.908.695,49	8%	85.543,19	13.686,91	99.230,10	4.007.925,59		SI
10	CANCUN MEXICO	PLAN	4.076.034,00	3.657.659,90	292.612,79	3.950.272,69	8%	85.543,19	13.686,91	99.230,10	4.049.502,79		SI
11	ARUBA	PLAN	3.645.114,00	3.437.944,98	270.530,80	3.711.860,28	8%	45.826,73	7.332,27	53.159,00	3.766.159,57		NO CUMPLE
TOTALES			27.626.968,13	23.194.645,15	2.269.762,59	25.464.347,74		837.756,28	182.941,00	739.797,28	26.204.143,03		

Nota: El oferente a aplicar la regla de selección prevista y de acuerdo al principio de IGUALDAD, supera el precio de referencia establecido para los ítems 8 y 11, por lo cual se encuentra en causal de rechazo;

1.3.27. CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

13. Cuando la propuesta económica supere el presupuesto oficial unitario por ítem precios de mercado estimado para este proceso y/o efectuada la corrección aritmética por el comité económico evaluador lo supere. (Negrilla fuera de texto)²¹

Por ello, se dispuso en ese oficio como resumen de las evaluaciones la siguiente tabla:

No.	RESUMEN DE LAS EVALUACIONES	CONCEPTO TECNICO	PUNTAJE TECNICO	PUNTAJE LEY 816	CONCEPTO JURIDICO	CONCEPTO ECONOMICO	PUNTAJE ECONOMICO	TOTAL PUNTAJE	ORDEN DE ELEGIBILIDAD
1	VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S	HABILITADO	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	HABILITADO	CAUSAL DE RECHAZO	N/A	N/A	N/A
2	UNIÓN TEMPORAL FESTURIS FESTIVAL TOURS LALANXA SAS TURISMO AL VUELO LTDA	HABILITADO	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	HABILITADO	CAUSAL DE RECHAZO	N/A	N/A	N/A
3	ESCOBAR OSPINA S.A.S - VIAJES CALITOUR	HABILITADO	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR ESTAR EN CAUSAL DE RECHAZO ECONOMICAMENTE	HABILITADO	CAUSAL DE RECHAZO	N/A	N/A	N/A
4	AGENCIA DE VIAJES Y TURISMO GOLD TOUR S.A.S	HABILITADO	836	236	HABILITADO	HABILITADO	250	1322.00	1
5	SUBATOURS S.A.S	HABILITADO	816.67	236	HABILITADO	HABILITADO	237.27	1288.04	2

- El 23 de agosto de 2016²², Viaja por el Mundo Web/Nickisix360 S.A.S. se pronunció sobre el concepto económico final pidiendo la corrección aritmética de su propuesta, con base en que según el literal C del artículo 481 del

²¹ Folio 101 y 102 del C2.

²² Folio 121 del C2.

Estatuto Tributario, “los servicios que en Colombia se prestarían como gravados con IVA, se podrán tomar como exentos de IVA cuando sean “exportados”, es decir, cuando se presten desde Colombia (sin desplazamiento del prestador del servicio), para ser usados en el exterior, y solo a empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia”.

.- La entidad demandada, respondió las observaciones al informe económico final con el *cuadernillo de análisis y respuestas* de 25 de agosto de 2016²³, con fundamento en que el día 24 de ese mes y año la entidad consultó las observaciones presentadas por la DIAN, quien a través de correo electrónico conceptuó lo siguiente:

“Ref: Radicado 000344 del 24/08/2016

Conforme lo disponen el numeral 1 del artículo 30 de la Resolución 11 de noviembre 4 de 2008, modificado por el artículo 15 de la Resolución 2633 de marzo 2 de 2011, corresponde a este Despacho analizar las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, con el fin de dar respuesta con base en la doctrina existente sobre el tema, e incorporada en el sistema de información dispuesto para el efecto.

Revisada la solicitud de la referencia, el despacho considera pertinente sea tenido en cuenta el contenido de los siguientes documentos, de los cuales se resaltan algunos apartes y se remite copia:

1.- **Oficio 087755 de septiembre 10 de 2008:**

"(...) **"REGIMEN TRIBUTARIO**

En principio es determinante manifestar que el impuesto sobre las ventas (IVA) es de naturaleza objetiva y acorde con lo dispuesto por el literal b) del artículo 420 del Estatuto Tributario, constituye hecho generador la prestación de servicios en el territorio nacional, por lo que también son objeto del impuesto los que se inician en territorio nacional pero que culminan en el exterior, aspecto que reitera la territorialidad del impuesto para su aplicación. De manera general los servicios se entienden prestados en la sede del prestador con excepciones relativas a ciertos servicios que se entienden prestados donde se realizan materialmente, y otros servicios señalados en la ley que se prestan desde el exterior a usuarios ubicados en Colombia, los cuales se consideran prestados en el país. (Parágrafo 3° numeral 3° ibidem).

Se encuentra excluido del IVA el servicio de transporte público, terrestre, fluvial y marítimo de personas únicamente en territorio nacional, lo mismo que el transporte aéreo de pasajeros con destino o procedencia de rutas nacionales donde no exista transporte terrestre organizado (Art 476 No. 2 y 20 E.T.), en los demás casos el transporte aéreo nacional de pasajeros se encuentra gravado". (...)

“Sólo es relevante la calidad de no residente, para efectos de lo previsto en el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario, por cuanto se consideran exentos del IVA, los servicios turísticos prestados a residentes del exterior que sean utilizados en territorio Colombiano, originados en paquetes turísticos vendidos por agencias operadoras u hoteles inscritos, en el Registro Nacional de Turismo”.

2. **Oficio 012324 de mayo 19 de 2016:**

"(...) "De las disposiciones transcritas, se observa que concordante con el

²³Visible en siguiente link: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-159954> “121 CUADERNILLO RESPUESTAS A INTERVENCIONES EN AUDIENCIA”

literal d) del artículo 481 del Estatuto Tributario, el Decreto 297 de 2016 tanto en su parte considerativa como en el texto de su articulado, consagra que la exención de los servicios turísticos prestados incluye los “paquetes vendidos por las agencias operadoras y hoteles inscritos en el registro nacional de turismo”, **siempre y cuando se cumplan las demás condiciones contenidas en éstas que hacen procedente la aludida exención.**

En consecuencia, lo expuesto permite colegir que, están exentos del impuesto sobre las ventas, los servicios turísticos vendidos no solo por las agencias operadoras, sino también los servicios turísticos vendidos directamente por los Hoteles **a residentes del exterior, que acrediten esta condición mediante los documentos que exige el parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 297 de 2016**". (...)

De la asesoría que el CGFM recibe de la DIAN, se resalta que la Ley Tributaria es de interpretación restrictiva, siendo esto que conforme a lo señalado en el artículo 154 de la Constitución Política las exclusiones son de creación legal y por ende deben tomarse de acuerdo con el texto legal en la medida en que son taxativamente determinadas en la Ley.

Para efectos del Impuesto sobre las Ventas, se consideran bienes excluidos aquellos que por expresa disposición de la ley no causan el impuesto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que algunos partícipes de la selección argumentaron la exclusión o exención del “servicio de planes turísticos con destino internacional” en el literal c) del artículo 481 del E.T., se hace saber que la norma en cita de forma expresa refiere a servicios utilizados exclusivamente en el exterior por empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia. Como es de conocimiento de los partícipes, los beneficiarios de los planes de bienestar son funcionarios de las fuerzas militares, es decir residentes y nacionales colombianos, por lo que la norma soporte de defensa no aplica.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el propósito de lograr una decisión administrativa justa y legal, se consultó en la DIAN existencia de alguna exclusión o exención aplicable al asunto. En respuesta los funcionarios del CGFM fueron informados que el servicio que se pretende adquirir con la selección, se encuentra gravado con IVA general, es decir del 16% por no existir taxativamente exclusión o exención.”

Relativo a lo alegado por la sociedad demandante, adujo que “Con base en la asesoría recibida en la DIAN el día 24 de agosto de 2016, así como por no presentar el proponente prueba que demuestre que el servicio de planes internacionales es exento o excluido de IVA, la Entidad se ratifica en el concepto final de evaluación.”.

.- La audiencia de adjudicación inició el 23 de agosto de 2016²⁴, en la que se discutieron las observaciones consignadas en los cuadernillos de preguntas y respuestas. No obstante, la diligencia tuvo que suspenderse dado que se hizo “necesario consultar en la DIAN lo referente a IVA para los planes internacionales”.

La diligencia continuó el 25 de ese mes y año²⁵, en la que la asesora jurídica de la entidad, expresó lo siguiente:

“De manera previa a finalizar el proceso de selección, la administración les informa que en aras de la seguridad jurídica y con base en las réplicas e intervenciones que hubo por la interpretación de la aplicación del IVA a los planes internacionales y la consecuencia que ella generaba en la calificación económica de los precios por ustedes propuestos, nos

²⁴Visible en siguiente link: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-159954> “121 ACTA AUDIENCIA PUBLICA 23-08-2016”

²⁵ Visible en el siguiente link *ibídem*, en el documento denominado “REANUDACION AUDIENCIA PUBLICA ADJUDICACION 121”.

desplazamos hasta la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN el día de ayer los comités evaluadores, estructuradores, económicos algunos de miembros del comité de adquisiciones y la suscrita. La asesoría dada directamente por la DIAN, está escrita en las respuestas hoy emitidas, por lo que es completamente claro que los artículos citados en audiencia para demostrar la no aplicación de IVA en los planes internacionales no corresponden al asunto, pues los beneficiarios no son extranjeros ni personas naturales o jurídicas sin domicilio en Colombia, por lo que no vamos a seguir con la discusión, tengan en cuenta que las normas tributarias son taxativas, no permiten ningún tipo de interpretación, se reitera, los artículos usados en defensa dentro de la audiencia no aplican al caso concreto. La presente posición administrativa luego de habernos asesorado directamente por la Dirección de Aduanas y Asuntos Nacionales de la DIAN.

Entonces como no fue objeto de discusión y de conformidad con lo que decidió la administración en el cuadernillo anterior, es claro que se dio garantía a los principios de igualdad y de legalidad que rigen la actividad contractual, por tanto las observaciones que fueron reiteradas en la audiencia, así como todas las afirmaciones no probadas que generaron desacuerdo, se contestaron de forma negativa en el presente cuadernillo; lo de fondo es que ninguna intervención logró probar o demostrar de forma siquiera sumaria que la administración interpretó en forma inadecuada o errónea el pliego de condiciones, por lo que los comités en pleno se ratificaron en el informe final de evaluación

Señor Coronel, en este orden de ideas teniendo en cuenta que se desarrollaron los comités de evaluación, se desarrolló el comité de adquisiciones dirigido por el coronel gerente de proyecto, todos de manera unánime le recomendamos adjudicar el proceso de selección al primer oferente en orden elegibilidad de conformidad con el informe final de evaluaciones, en ese sentido procederemos a notificar la parte resolutive del acto administrativo que resuelve el proceso de selección 121/ 2016, teniendo en cuenta que la administración publicó también en el SECOP el borrador de resolución que resuelve el proceso, si usted me lo permite coronel procedemos a la notificación en estrados del acto que resuelve y finalizaríamos con el proceso de selección.”

En ese sentido, se profirió la Resolución No. 295 de 25 de agosto de 2016 *“Por medio de la cual se decide el proceso de Licitación Pública No.121/16 cuyo objeto es: “contratar, el suministro de planes de bienestar para el personal de primera línea de combate de las fuerzas de tarea conjunta adscritas al Comando General de las FFMM, de acuerdo con las especificaciones técnicas incluidas en el Anexo No.1.”*, con la que se adjudicó aquella licitación a la firma Agencia de Viajes y Turismo Gold Tour S.A.S., hasta por la suma de Dos Mil Quinientos Millones de Pesos (\$2.500.000.000,00) M/Cte., incluido IVA²⁶.

.- El 26 de agosto de 2016²⁷, Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S., presentó *“impugnación”* frente a la Resolución No. 295 de 25 de agosto de 2016, aduciendo que no se configuró la causal de rechazo de la propuesta por ella presentada.

.- Se expidió luego la Resolución No. 327 de 22 de noviembre de 2016, *“POR LA CUAL SE RESUELVE SOLICITUDES DE REVOCATORIA DIRECTA DE LA RESOLUCIÓN No. 295-2016, IMPETRADAS POR LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS PROPONENTES SUBATOURS, UNIÓN TEMPORAL FESTURIS y VIAJA POR EL MUNDO WEB / NICKISIX360 S.A.S.”*, con la que se negó lo pedido, en razón a que las solicitudes elevadas fueron resueltas en la oportunidad debida, y porque no se configuraban las excepciones dispuestas en el artículo 9° de la Ley 1150 de

²⁶ Folio 122 del C2.

²⁷ Folio 121 del C2.

2007, para su procedencia, esto es, que la revocatoria directa del acto de adjudicación sólo procede, de forma excepcional, cuando sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales.

Ahora, descendiendo al caso concreto, la sociedad demandante busca la nulidad del acto de adjudicación bajo el reproche del rechazo de su oferta, pues lo considera injustificado y contrario a los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No.121 de 2016, en atención a que la demandada recalculó el IVA ofrecido en ésta, haciendo que su oferta superara el presupuesto oficial. En ese sentido, asegura que la entidad demandada no podía considerar el valor de ese impuesto para realizar la comparación de las ofertas ni para calificar la misma.

Aunque se cuestione la decisión de la demandada al efectuar lo que denominó “REVISIÓN Y CORRECCIÓN ARTIMETICA”, esto se encontraba amparado en el pliego de condiciones, pues así lo dispuso su Capítulo V, con el que se estableció que para la ponderación “*el oferente deberá diligenciar en su totalidad el FORMULARIO “VALORACION DE LA PROPUESTA ECONOMICA”, en el cual se establecerá el precio ofrecido*”²⁸, de cuya lectura se puede establecer que la entidad licitante se reservó el derecho a efectuar ese estudio económico si así lo requiriera.

En efecto, se anotó en el Formulario No. 5 “*Valoración de la propuesta económica*”:

“NOTA 2: EL MINISTERIO DE DEFENSA- COMANDO GENERAL-DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA se reserva el derecho de realizar la corrección aritmética de las cifras contenidas en dicho FORMULARIO, si hay lugar a ello y tomara para ello el valor que resulte de la aplicación del valor unitario sin iva incluido en este FORMULARIO. Este valor se tendrá en cuenta tanto para la evaluación como para la adjudicación. En caso de discrepancia entre el valor unitario sin iva y el unitario incluido iva regirá el primero”²⁹

Por tanto, al estar contenido en el pliego de condiciones y haber sido aceptado por los oferentes al no decir nada frente a esto, es claro que la demandada tenía la facultad de efectuar la corrección aritmética de las ofertas presentadas.

No obstante, alega la demandante que la entidad licitante no podía corregir la propuesta aplicando un porcentaje de IVA porque el pliego no lo exigía ni se estableció qué porcentaje aplicaría.

El Despacho no comparte esta apreciación, pues como ya se dijo, la corrección aritmética de las propuestas resulta procedente pues así se estableció en el pliego de condiciones, y de la lectura del Formulario No. 5 “*Valoración de la propuesta económica*”, se tiene que la propuesta debía contener tanto para cada plan como para la tarifa administrativa 3 ítems, esto es, i) el valor unitario sin IVA, el valor del Iva aplicado y el valor Unitario incluido el IVA, lo que hace entender que la propuesta, vista de forma general, sí debía tener en cuenta el IVA aplicado a los planes, otra cosa es que al momento de la ponderación, sólo se iba a tener en cuenta el precio unitario sin aquel impuesto.

Además, si bien es cierto que en el pliego de condiciones se estipuló que la comparación de las ofertas debía hacerse con el precio unitario sin IVA, esto no da pie a ignorar el incumplimiento de las demás condiciones de la licitación,

²⁸ Folio 51 del C2.

²⁹ Folio 74 del C2.

como que las ofertas debían estar dentro del presupuesto asignado para el efecto. En ese sentido, se tiene que el presupuesto oficial por ítem quedó plenamente establecido por el precio unitario del plan, incluido IVA y tarifa administrativa, por lo que si la propuesta total de Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S., superaba el presupuesto oficial, es claro que esta no debía ser tomada en cuenta para la posterior ponderación, pues expresamente así se pactó.

Es válido traer a colación que en el numeral 1.3.2.7 del pliego de condiciones, se dispuso como causal de rechazo de las propuestas la siguiente: “13. Cuando la propuesta económica supere el presupuesto oficial unitario por ítem precios de mercado estimado para este proceso y/o efectuada la corrección aritmética por el comité económico evaluador lo supere”, causal que se configuró una vez se realizó la corrección aritmética de la propuesta presentada por la parte actora.

La sociedad demandante asegura que como en el pliego de condiciones no se justificó con suficiencia cuál era el monto del IVA a aplicar a los planes internacionales, debió aceptar el ofrecido por ellos, máxime si en la ponderación de las ofertas en nada incidiría este impuesto, aspecto que no puede ser tomado tal como se propone, pues esto no solo depende de si se dijo o no en el pliego, sino de la Ley Tributaria que regula la materia.

Por ello, no se puede asegurar, como lo hace la sociedad actora, que el Comando General de las FF.MM. desconoció el pliego de condiciones al requerirles a sus proponentes las explicaciones del IVA aplicado en su propuesta y su justificación normativa, pues además de que en las propuestas se aplicaron porcentajes diferentes de este impuesto, lo que claramente comporta un hecho dudoso al momento de valorar las mismas, este aspecto sí fue abordada desde los estudios previos en los que se estableció que para la aplicación del IVA en los planes internacionales se aplicaría el Estatuto Tributario, y en especial el Artículo 461³⁰.

En otras palabras, el hecho de que con Oficio No. 20162190246121 se solicitara a los oferentes que aclararan los porcentajes del IVA aplicados a sus propuestas económicas, por ningún motivo configura un desconocimiento al pliego de condiciones por el solo hecho de que este aspecto no este expresamente consagrado en ese documento, pues si bien ese documento constituye el reglamento que dirige la licitación pública, lo que allí no se diga debe suplirse con el ordenamiento jurídico, lo que para el *sub lite* es el Estatuto Tributario, el cual reglamenta el impuesto a las ventas.

En este sentido, el numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone que “De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones 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” (Subraya del Despacho). De igual manera lo ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que al respecto ha dicho:

“3.1. La evaluación de las ofertas en la Ley 80 de 1993

“a) La evaluación de ofertas, y el régimen jurídico de la subsanabilidad de requisitos. (...)

“Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios

³⁰Visible en siguiente link: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-159954>.

jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de *principio* del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

“*ij*) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

“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.

....

“Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un *concepto jurídico indeterminado*, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de *subsana*la, para luego admitirla y evaluarla.

“*ii*) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.

“7o. 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.**” (Negrillas fuera de texto)

“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare”.

(...)

De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento.

Por lo tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustre, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una *ultima ratio*³¹.”

De lo anterior, se extrae que el ordenamiento jurídico permite a las entidades licitantes que pidan a los proponentes las aclaraciones y explicaciones relativas al entendimiento de sus propuestas, con el propósito de que a través de ese acercamiento se llegue al buen fin que busca el modo de selección del contratista, siempre y cuando las solicitudes sean relativas a aspectos que no sean necesarios para la comparación de las propuestas, pues de ser así, deben ser rechazadas.

Esto fue lo que ocurrió en el caso en estudio, pues como bien lo sostiene la sociedad demandante, la ponderación y estudio de las propuestas dentro de la Licitación Pública No. 121 de 2016 debía hacerse teniendo en cuenta el valor unitario de los planes sin contar el IVA, por lo que pedir este tipo de aclaraciones no incidía directamente en la ponderación de las ofertas, pero sí lo hacía con las demás condiciones descritas en el pliego, por ejemplo, determinar si la propuesta se encontraba conforme al presupuesto oficial por *ítem* establecida en aquel documento y aceptada por los oferentes competidores, aspecto que si fuese incumplido se debía rechazar el ofrecimiento, pues así fue dispuesto en el pliego de condiciones.

En ese mismo sentido, asegura la demandante que si el rechazo de la propuesta se hizo una vez se recalculó el IVA, esa acción modifica el pliego de condiciones como quiera que el mismo no establecía expresamente que las propuestas se iban a comparar con el presupuesto oficial de la Licitación Pública, alegato que en criterio del Despacho no tiene mérito para desvirtuar la legalidad del acto de adjudicación reprochado, si se tiene en cuenta que esta era una consecuencia lógica de las reglas aceptadas y establecidas en el pliego de condiciones.

Lo anterior encuentra fundamento en que, i) si en el pliego de condiciones se estableció un presupuesto oficial por *ítem* para cada plan, constituido por el precio unitario del mercado incluido IVA y tarifas administrativas; ii) que se dispuso en el Formulario No. 5 de Valoración de la Propuesta económica, acreditar en cada plan el valor unitario sin IVA más el precio del plan con el IVA y la tarifa administrativa; y iii) que como causal de rechazo se estableció la de: “Cuando la propuesta económica supere el presupuesto oficial unitario por *ítem* precios de mercado estimado para este proceso y/o efectuada la corrección aritmética por el comité económico evaluador lo supere”, es claro para esta judicatura que no resulta necesario que expresamente se diga que se va a comparar la propuesta con el presupuesto oficial, pues la lectura íntegra de todas las condiciones

³¹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C”, sentencia de 12 de junio de 2014. Exp. 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324). CP: Enrique Gil Botero.

dadas por la entidad licitante y aceptadas por los oferentes, permiten inferir que ello así ocurriría, aspecto que además resulta entendible, pues una oferta que supere el presupuesto establecido para ejecutar el contrato, claramente resulta inconveniente para la entidad licitante.

De otro lado, asegura la parte actora que la entidad demandada desatendió lo dispuesto en el artículo 481 del Estatuto Tributario y que por ello calculó erradamente el IVA en su propuesta, pues según aduce no tuvo en cuenta que la porción terrestre de los planes en el exterior no genera IVA, ya que desde su punto de vista los servicios que en Colombia se prestan como gravados con IVA, estarán exentos de este impuesto cuando sean exportados, es decir cuando se presta desde Colombia sin desplazamiento del prestador, para ser utilizados en el exterior.

Al efecto el artículo 481 del Estatuto Tributario, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 481. BIENES EXENTOS CON DERECHO A DEVOLUCIÓN BIMESTRAL. Para efectos del impuesto sobre las ventas, únicamente conservarán la calidad de bienes y servicios exentos con derecho a devolución bimestral: (...)

c) Los servicios que sean prestados en el país y se utilicen exclusivamente en el exterior por empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia, de acuerdo con los requisitos que señale el reglamento. Quienes exporten servicios deberán conservar los documentos que acrediten debidamente la existencia de la operación. El Gobierno nacional reglamentará la materia. (Subraya del Despacho).

La lectura de la disposición tributaria que invoca la sociedad actora no puede ser aplicada de la forma que lo sugiere, pues esta es clara en manifestar que la exención tributaria aplica para los servicios prestados en el país y se utilicen en el exterior por empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia, presupuestos que claramente no se pueden aplicar al caso concreto como quiera que los beneficiarios de los planes de bienestar son funcionarios de las Fuerzas Militares de Colombia, es decir residentes y nacionales Colombianos, que ejercen su actividad en el país.

Sin ir muy lejos, lo anterior se constata con el concepto jurídico que rindió la Directora Ejecutiva de ANATO³², allegado por la parte demandante, quien conceptúa sobre el artículo en mención de la siguiente manera:

“Conforme con el artículo 55 de la Ley 1607 de 2012, que modificó el artículo 481 del Estatuto Tributario, la exportación de servicios se encuentra exenta del IVA, siempre y cuando: (I) Los servicios sean prestados en el país, (i) se utilicen exclusivamente en el exterior; y (III) quienes utilicen el servicio sean empresas o personas sin negocios o actividades en Colombia.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -Dian-, se había pronunciado respecto a la procedencia de la exención del IVA en el caso concreto de la intermediación, indicando que cuando una compañía en Colombia prestaba el servicio de intermediación de ventas al exterior, contactando clientes en el país, el servicio no se utilizaba total ni exclusivamente en el exterior y por lo tanto no se trataba de una exportación de servicios que gozara de la exención de dicho Impuesto. (...) En Concepto 67578 de fecha 23 de octubre de 2013 la DIAN concluyó que

³² Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo- ANATO es una entidad sin ánimo de lucro y de carácter gremial que representa, defiende y promociona los intereses generales del turismo y de las Agencias de Viajes en Colombia.

en los contratos de intermediación tales como agencia comercial o corretaje por parte de compañías colombianas, a compañías del exterior, vinculadas o no, se considera una exportación de servicios y le será aplicable la exención del IVA, siempre y cuando esté probado que se cumplen los requisitos previstos en la ley y en especial que los resultados del servicio se aprovecharon en el exterior y no en Colombia.”³³

No cabe duda, entonces, que la exención tributaria que pretende la sociedad demandante se aplique en el *sub lite* no encuentra cabida si se tiene en cuenta que los servicios prestados serán utilizados por colombianos que ostentan la calidad de funcionarios de las Fuerzas Militares Colombianas. Además, si lo que pretende es que se aplique el IVA dependiendo de cada actividad que se ofreció y no como un todo, debió por lo menos discriminarlas o separarlas para poder así determinar con mayor precisión la procedencia de su argumento, pues si bien afirma que “*la porción terrestre de los planes ofrecidos en el exterior*” no son gravados con el IVA, para la realidad procesal es totalmente desconocido cuáles son aquellos, o si en efecto fueron contratados exclusivamente por empresas extranjeras que no tienen ninguna relación con Colombia.

Por lo anterior, este cargo no prospera.

3.1.- La irregular adopción del acto de adjudicación

Bajo este cargo, la sociedad demandante aduce que la entidad licitante desconoció que si la propuesta no se ajustaba al pliego de condiciones, debió rechazarla *in limine* y no considerar que, pese a que cumplía los requisitos para participar, no podía asignarle puntaje bajo una causal de rechazo, por lo que considera que no se le permitió presentar observaciones frente esa determinación desfavorable.

Si bien es cierto que si las propuestas no cumplen las condiciones del pliego deben ser inadmitidas para participar en la Licitación Pública, no se puede dejar de lado las especiales circunstancias por las que se configuró la causal de rechazo que sacó de la contienda la propuesta presentada por Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S.

En este sentido, hay que resaltar que, en principio, la propuesta de la sociedad actora cumplía con el presupuesto oficial por ítem fijado para la licitación publica No. 121 de 2016 y que, en la evaluación económica preliminar de 8 de agosto de 2016, se indicó que ocupaba el primer lugar de elegibilidad según el resumen de las evaluaciones por cumplir, entre otros, económicamente. Sin embargo, si se analiza el documento, se tiene que, pese a que Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S. dijo que su propuesta en los planes internacionales se había aplicado el IVA del 16%, esa afirmación no se reflejaba en su propuesta, pues lo que se observa, es que se replicó la propuesta inicialmente presentada, sin aplicar tal porcentaje del IVA.

Entonces, la revisión y corrección aritmética, a criterio del Despacho, no fue caprichosa, sino que la misma tuvo lugar en razón a las observaciones presentadas por los oferentes con las que se determinó que las distintas propuestas fueron evaluadas sin salvaguardar el principio de igualdad que impera en estos asuntos, pues mientras algunas propuestas para los planes internacionales se les aplicó el 16%, otras sólo se les aplicó el 1, 2 u 8%. Por tanto, según el cuadernillo de respuestas a las observaciones presentadas por los oferentes de 22 de agosto de 2016, se anunció que se aplicarían las reglas fijadas en los estudios previos y pliego de condiciones para determinar el IVA

³³ Folio 145 del C2.

aplicable a los planes internacionales, reglas que en nada fueron objetadas por los oferentes en la oportunidad debida.

En esa línea, se publicó el concepto económico final el 23 de agosto de 2016, con el que se practicó la corrección aritmética de las propuestas presentadas, recalculando el IVA para los planes internacionales en igualdad de condiciones, evidenciando así que la propuesta de Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S., superaba el presupuesto oficial por ítem de la Licitación Pública 121 de 2016.

El hecho de que la sociedad demandante asegure que si su propuesta no cumplía con las disposiciones del pliego de condiciones debió ser rechazada desde un principio, y no ser aceptada para luego rechazarse, no tiene la entidad suficiente para viciar de nulidad la Resolución No. 295 de 25 de agosto de 2016, pues esta circunstancia esta autorizada por el pliego de condiciones como una causal de rechazo. Se recuerda que se estableció como causal de rechazo la siguiente: *“Cuando la propuesta económica supere el presupuesto oficial unitario por ítem precios de mercado estimado para este proceso y/o efectuada la corrección aritmética por el comité económico evaluador lo supere”*, lo que permite establecer que lo ocurrido con la propuesta de la sociedad actora fue establecido por el reglamento de la licitación pública, esto es, que se rechazaría si una vez efectuada la corrección aritmética superaba el presupuesto unitario por ítem dispuesto para ese proceso de selección.

De otro lado, asegura la parte actora que si la entidad demandada consideró que el precio ofrecido no podría sostenerse en la ejecución del contrato debió acudir al procedimiento de los precios artificialmente bajos y proceder a requerir al proponente para que rindiera las explicaciones del caso y así adjudicarle el contrato.

El artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, dispone para las ofertas con valor artificialmente bajo, lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata artículo 2.2.1.1.1.6.1. del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.”

La norma en comento establece lo que debe hacer la entidad cuando el precio de una oferta parece artificialmente bajo, así: i) solicitar explicación al oferente, ii) analizar las explicaciones del oferente, y iii) el responsable de la evaluación de las ofertas debe recomendar rechazar o continuar la evaluación de la oferta.

Los precios artificialmente bajos son aquellos que no corresponden al valor del mercado, determinados por la entidad estatal a través del análisis realizado en la etapa de planeación, y cuyo bajo valor tampoco tiene justificación aparentemente razonable; en palabras del Consejo de Estado:

“El denominado “precio artificialmente bajo” de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación.

Pero puede suceder que el precio, aunque bajo, encuentre razonabilidad y justificación por circunstancias especiales que tienen suficiente explicación, las cuales deberán ser evaluadas por la Administración en su contexto, para determinar si la oferta puede o no ser admitida³⁴.

Para el Despacho la propuesta presentada por la sociedad demandante no puede ser calificada como artificialmente baja, si se tiene en cuenta que los precios ofertados para los planes internacionales se aproximan en gran medida a los precios establecidos en el pliego de condiciones como “*presupuesto oficial por ítem para el proceso según análisis del sondeo de mercado*”, por lo que difícilmente se podría advertir que los precios ofrecidos eran artificiosos o falsos con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

No obstante lo anterior, se podría pensar que si la demandante exige que se le debió requerir para que explicara el valor del IVA aplicado en su propuesta, ello así sucedió con el radicado No. 20162190246121 de 4 de agosto de 2016³⁵, por medio del cual el Director Administrativo y Financiero del Comando General de las FF.MM., le solicitó a la demandante que aclarara el IVA aplicado en su oferta económica y su sustento normativo, aspecto que después de ser aclarado evidenció que la propuesta económica superaba el presupuesto oficial del contrato, configurándose así la causal de rechazo ya mencionada.

La demandante asegura que la nulidad del acto acusado también encuentra sustento en que la aclaración económica fue solicitada sin especificar qué alcance o consecuencia iba a tener, tildándolo de un requerimiento imposible de cumplir o como una actuación fraudulenta de la entidad licitante, aspecto que no comparte el Despacho debido a que, si se hubiera advertido el alcance de la aclaración, ese aviso hubiera resultado irrelevante porque la respuesta habría sido la misma.

Es decir, como quiera que la oferta es irrevocable e incondicionada, advertir o no sobre los efectos de la información suministrada no puede sustentar la nulidad pretendida, en atención a que la respuesta sólo podría ser una, pues no es justificable que a conveniencia del oferente se diga que se aplicó un porcentaje u otro del IVA con el fin de mantenerse en la lucha por obtener la adjudicación del contrato, siendo igualmente contrario a la Ley que en ese punto se modificaran los precios ofrecidos.

Finalmente, insiste la demandante en que fue ilegal la corrección aritmética aplicada por la entidad licitante, pues modificó el precio de la oferta, cuando esta figura sólo procede cuando existen errores en las operaciones aritméticas que se evidencien en ellas, sin que pueda por ningún motivo modificar la oferta afectando gravemente al oferente.

³⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008 Rad. No. 76001-23- 31-000-1997-05064-01(17.783). CP: Myriam Guerrero De Escobar.

³⁵ Visible en el link: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-159954> “121 REQUERIMIENTOS Y TERMINO PARA SUBSANAR O RESPONDER SOLICITUD DE ACLARACION”

La jurisprudencia se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la evaluación de las ofertas y ha destacado la exigencia legal de que las evaluaciones deben hacerse con base en la ley y en el pliego de condiciones - ley de la licitación -, sin negarle a la Administración la posibilidad de corregir errores de las ofertas, susceptibles de dicho procedimiento³⁶. En la licitación objeto del proceso se encontraba contemplada la facultad de la Administración de corregir los errores simplemente aritméticos que advirtiera en las propuestas la cual debía ejercerse en la etapa de calificación de las mismas, es decir antes de adjudicar.

El pliego de condiciones dispuso acerca de la facultad de la entidad para realizar la corrección aritmética que recaía sobre los datos vertidos en el Formulario No. 5 “*Valoración de la propuesta económica*”, que servían como factor de evaluación, por lo que la entidad licitante conservaba taxativamente la facultad de constatar que las operaciones realizadas con base en los precios ofrecidos determinarían la suma total de las propuestas, las que debían estar ajustadas desde la perspectiva matemática a la ley de la licitación y el ordenamiento jurídico.

En el caso bajo estudio, se considera que la corrección aritmética realizada a la propuesta de la sociedad demandante no fue ilegal ni contraria a los principios de igualdad, economía y selección objetiva, pues la corrección no se basó sustancialmente en el precio ofrecido en la propuesta presentada por Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S., sino que le aplicó en igualdad de condiciones a todos los oferentes el porcentaje del IVA que se había estipulado desde los estudios previos de la Licitación Pública No. 121 de 2016.

En otras palabras, como quiera que el precio cierto y determinado es una característica sustancial de la oferta y que solo compete al oferente, la entidad licitante se encuentra limitada a modificar el mismo – precio ofrecido-. Sin embargo, no se puede obviar que el valor del IVA no es un aspecto que pueda ser aplicado de forma conveniente o subjetiva a los precios unitarios ofertados por los proponentes al ser un impuesto de rango legal; de manera que al advertir incongruencia en las ofertas presentadas y al contar con los valores unitarios ofrecidos, siendo el IVA un porcentaje fijado por Ley, era posible hacer la verificación aritmética con una mínima diligencia.

Por ello, no se comparte lo alegado por la demandante al afirmar que la corrección aritmética efectuada en la Licitación Pública cambió sustancialmente su oferta al aplicar un precio diferente al que se ofertó, pues como ya se dijo, el precio unitario por *ítem* ofrecido por Viaja por el Mundo WEB/NICKISIX360 S.A.S. se mantuvo incólume, y lo que se realizó fue la operación matemática del porcentaje del IVA que generaría el precio ofertado de acuerdo al artículo 161 del Estatuto Tributario, tal como se estableció desde los estudios previos y se replicó en el valor oficial por *ítem* dispuesto en el pliego de condiciones.

Entonces, como quiera que se estableció que el porcentaje del IVA para los planes internacionales era del 16%, porcentaje que concuerda con la aclaración presentada por la sociedad demandante, la entidad licitante anunció que para los planes internacionales aplicaría en igualdad de condiciones para todos los oferentes lo dispuesto en el artículo 461 del Estatuto Tributario que dispone lo siguiente:

³⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2003. Exp. 12803. CP: María Elena Giraldo Gómez.

“ARTICULO 461. BASE GRAVABLE EN SERVICIO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS. En el caso del servicio de transporte internacional de pasajeros de que trata el artículo 476 numeral 6o, el impuesto se liquidará, sobre el valor total del tiquete u orden de cambio cuando éstos se expidan de una vía solamente y sobre el cincuenta por ciento (50%) de su valor cuando se expidan de ida y regreso.”

Para efectos prácticos, como quiera que se estableció que el IVA de los planes internacionales era del 16%, la aplicación numérica del artículo en comento haría que el IVA se calcule sobre el 8% (50% de 16), lo que así se hizo para todas las propuestas en disputa, encontrando que la oferta presentada por la actora superaba el presupuesto oficial. Llama la atención que la sociedad demandante insiste en que en su propuesta se calculó el IVA de los planes internacionales sobre el 16%, pero si se revisa el formulario No. 5 diligenciado por ella³⁷, los valores consignados no demuestran tal afirmación, pues el cálculo aplicado en dicho documento demuestra que el valor del IVA, incluso, fue calculado por debajo del 8%.

Por lo anterior, las razones alegadas por la sociedad demandante para asegurar que su propuesta económica se ajustaba al presupuesto oficial por ítem no son de recibo, en atención a que la realidad procesal demuestra otra cosa. Además, porque la entidad licitante le calculó el IVA a su propuesta de forma más favorable a la que adujo en la aclaración, pues mientras Viaja por el Mundo WEB/NICKISIX360 S.A.S. dijo que aplicó por el impuesto en comento el 16%, la entidad demandada corrigió la propuesta aplicando el 8%, y aun así la propuesta superó el precio techo establecido para la Licitación Pública 121 de 2016.

Así las cosas, como quiera que la sociedad demandante no demostró que el rechazo de la propuesta desconoció el pliego de condiciones y que la corrección aritmética efectuada fuera ilegal por modificar injustificadamente el precio ofrecido, este cargo tampoco prospera al no tener el mérito suficiente para desvirtuar la legalidad de la Resolución No. No. 295 de 25 de agosto de 2016.

3.3.- La entidad rechazó erróneamente la oferta e interpretó erróneamente su facultad de corregir aritméticamente la oferta

La sociedad demandante, con la reforma de la demanda, sostuvo que el rechazo de la propuesta presentada, al amparo de la causal de rechazo de que la propuesta económica superó el presupuesto oficial unitario por ítem, es contraria a las normas que regulan la contratación estatal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, la norma invocada para la época de los hechos disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. (...)

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.”

³⁷ Folio 203 y 204 del C2.

De la norma en cita se extrae que el rechazo de las propuestas debe sujetarse a las causales previamente dispuestas por la Ley o el pliego de condiciones, y que de ninguna manera, servirá de justa causa de rechazo la ausencia de requisitos de la propuesta o la omisión de documentos referentes a la futura contratación que no sean necesarios para la comparación de las ofertas, puesto que no tendría justificación rechazar una oferta por la falta de requisitos que además de no tener relevancia en la comparación de las ofertas, pueden ser allegados o subsanados con posterioridad.

Sin embargo, la normativa invocada por la sociedad demandante no puede ser aplicada en su favor en el caso de marras, pues como se ha explicado líneas atrás, la génesis de la corrección aritmética fue la indebida aplicación del IVA respecto del precio unitario por *ítem* que se ofreció, tributo que es establecido por la Ley Tributaria, y no por la ausencia de requisitos o documentos que pudieran ser aportados con posterioridad, por lo que aquella operación matemática permitió evidenciar que su propuesta superaba el presupuesto oficial por *ítem* establecido en el pliego de condiciones y que existía otra propuesta más conveniente para la entidad licitante.

En suma, relativo a la aplicación del IVA en la propuesta, si bien no iba a incidir en la ponderación de las mismas, no se puede desconocer que el presupuesto oficial del contrato sí fue considerado con el IVA incluido, y superarlo fue establecido como una causal de rechazo de las ofertas, aspecto aceptado por la sociedad demandante al participar en la licitación pública sin realizar ninguna observación al pliego de condiciones, por lo que pretender que se califique la propuesta estando incurso en una causal de rechazo previamente establecida, no tiene fundamento jurídico como quiera que si debe ser rechazada, calificarla sería innecesario.

Reprocha igualmente la demandante que no se debió establecer como causal de rechazo superar el valor unitario por *ítem*, sino el valor total del presupuesto oficial, pues si se ve como un todo, en nada afectaría la futura contratación que las propuestas superaran algún *ítem* de los valores señalados en el pliego de condiciones, argumento que descarta el Despacho, pues esta discusión debió darse en la oportunidad otorgada a los futuros oferentes para pronunciarse y hacer las observaciones al pliego de condiciones, plazo que según el cronograma del proceso de Licitación Pública, transcurrió del 24 de junio al 8 de julio de 2016, lapso en el que la sociedad demandante no hizo ningún reparo, lo que implica que aceptó todas las condiciones de la licitación, incluida la causal de rechazo en la que posteriormente se vio inmersa.

Finalmente, aseguró que la entidad demandada extralimitó su facultad de corregir las propuestas, pues solo podía hacerlo respecto de las cifras contenidas en el Formulario No. 5, y en todo caso debía tener en cuenta el valor unitario sin IVA.

El pliego de condiciones permitía la corrección aritmética en los siguientes términos:

“NOTA 2: EL MINISTERIO DE DEFENSA- COMANDO GENERAL- DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA se reserva el derecho de realizar la corrección aritmética de las cifras contenidas en dicho FORMULARIO, si hay lugar a ello y tomara para ello el valor que resulte de la aplicación del valor unitario sin iva incluido en este FORMULARIO. Este valor se tendrá en cuenta tanto para la evaluación como para la adjudicación. En caso de discrepancia entre el valor unitario sin iva y el unitario incluido iva regirá el primero”

Al revisar las cifras requeridas en el formulario No. 5 “Valoración de la propuesta económica”, se advierte que se tuvieron en cuenta los valores relativos al IVA y al precio unitario con el IVA incluido, por lo que se concluye que la facultad de corregir la fórmula matemática aplicada a la oferta llega, incluso, a establecer el valor total de cada *ítem* incluido el impuesto a las ventas.

Además, aduce la actora que en todo caso la demandada debía tener en cuenta el valor unitario sin IVA para efectuar la corrección aritmética, aspecto que no desconoció, pues si se comparan los precios unitarios de los planes internacionales ofrecidos en su propuesta³⁸, con los que se tuvieron en cuenta en la corrección³⁹, se puede establecer que son los mismos, lo que supone que en efecto la oferta, en lo relativo al precio ofrecido por cada plan internacional, no fue modificada por la entidad licitante al constatar la ecuación matemática aplicando el porcentaje del IVA a cada propuesta en disputa.

Por tanto, este cargo tampoco tiene la vocación de prosperar.

3.4.- Acotación final

Como quiera que los cargos con base en los cuales la sociedad demandante sustentó la nulidad de la Resolución No. 295 de 25 de agosto de 2016, por la cual se adjudicó la licitación pública No 121 de 2016, no resultaron probados, no se impone como necesario verificar si Viaja por el Mundo Web/NICKISIX 360 S.A.S., era el mejor proponente y debió ser el adjudicatario. Por ello, al advertirse que la propuesta de la actora se vio incurso en una causal de rechazo, la cual no fue desvirtuada en el *sub lite*, las pretensiones de la demanda deberán ser despachadas desfavorablemente.

Por otro lado, se tiene que, aunque en este asunto se pretende la nulidad de la Resolución No. 327 de 22 de noviembre de 2016 que denegó la solicitud de revocatoria directa del anterior acto administrativo, no se efectuó ningún reparo o cargo de nulidad específico frente a esta determinación, por lo que se entenderá que su solicitud de nulidad corre la misma suerte del acto principal, es decir el de adjudicación, y por lo mismo, al no desvirtuarse su legalidad, se negará igualmente la nulidad de ésta.

4.- Costas

Si bien el artículo 188 del CPACA prescribe que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por lo tanto, y en atención a que la parte demandante ejerció su derecho de acción sin acudir a maniobras censurables, el Despacho no la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovida por **VIAJA POR EL MUNDO WEB/NICKISIX360 S.A.S.** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES**.

³⁸ Folio 204 del C2.

³⁹ Folio 113 del C2.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos procesales a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

JFAT

Correos electrónicos
Demandante: personalrv@hotmail.com
Demandada: notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co ; germanlojedam@gmail.com
Vinculada: auxconta@goldtoursas.com
Ministerio Público: mferreira@procuraduria.gov.co

Firmado Por:

Henry Asdrubal Corredor Villate
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
038
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0b065cfa52e91c226bdcba2b2e57deb28151778dd4ef845f5d4699f47460c578**
Documento generado en 07/04/2022 11:28:14 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>