

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA - Construcción de la Estación de Cabecera y el Patio (garaje) de la troncal Américas, Transmilenio / ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO – Pretensión de nulidad / RECHAZO DE LA OFERTA / SUBSANIBILIDAD DE LA OFERTA / REQUISITOS HABILITANTES - Presentación de certificado de existencia y representación / DEBIDO PROCESO - Violación / PRINCIPIO DE IGUALDAD - Desconocimiento / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Configurada

En este caso, se estructura la violación del mencionado derecho fundamental, porque, como se dijo, no se dio la posibilidad a la parte demandante de que, en la etapa procesal prevista por los citados numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara o explicara el contenido del documento respecto del cual tenía dudas y mucho menos se le dio la oportunidad de que, en últimas, lo subsanara por ratificación. El Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- pasó por alto que la capacidad de existencia y representación legal del proponente no constituye un requisito de comparación, en los términos del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. La entidad demandada, sin mayor análisis, rechazó la propuesta por una cuestión meramente formal. En este orden, la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señaló que el IDU interpretó la ausencia del certificado de existencia y representación legal como un requisito subsanable, en la medida en que permitió, a uno de los oferentes, subsanar la propuesta. Ello ocurrió con el Consorcio Crecer, a quien, mediante oficio n.º 024977 de 21 de marzo de 2003, el comité evaluador de la entidad lo requirió para subsanar, sin que se permitiera al Consorcio Trasmilenio ACC. De donde, no se explica el trato desigual de la entidad pública licitante frente a situaciones similares de dos proponentes. No es válido que el IDU haya solicitado a un proponente que adjuntara el certificado de existencia y representación legal y que a otro proponente, en nuestro caso el Consorcio Trasmilenio ACC, no se le haya solicitado el mismo documento, cuando el IDU detectó su ausencia en la propuesta. De ahí que proceda declarar la nulidad del acto administrativo acusado. Esto, en la medida en que el rechazo de la oferta fue injustificada.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO / ACTO DE ADJUDICACIÓN / ACTOS PRECONTRACTUALES - Acción y término para demandar / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN - Presupuestos / SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO ESTATAL - Publicidad. Oponibilidad / INTERÉS DE TERCEROS / DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

En el caso sometido a consideración de la Sala, aunque la Sala encuentra que dentro de los treinta días previstos por la norma, las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Trasmilenio ACC, en calidad de terceros con interés, ejercieron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con miras a obtener la nulidad del acto administrativo, contenido en la resolución n.º 2832 de 3 de abril de 2003, por medio del cual se adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-089-2002 a la Unión Temporal Metrocapital II y, como consecuencia, acceder al restablecimiento; empero no cuestionó el contrato de obra n.º 063 de 2003, suscrito con antelación a la presentación de la demanda, por lo que en principio podría sostenerse que la sentencia impugnada tendría que confirmarse, en tanto la pretensión anulatoria no comprende el contrato, sino que se limita al acto de

adjudicación. No obstante, no debe perderse de vista que para la fecha de presentación de la demanda -20 de mayo de 2003-, no se conocía sobre la celebración del contrato. Esto es así porque ningún elemento de prueba se aportó para evidenciar dicho conocimiento, siendo necesario, dado que a la suscripción solo concurrieron y fueron convocadas las partes, esto es el IDU y el Consorcio adjudicatario. Aunado a lo expuesto, la demanda no evidencia que la actora conocía sobre la celebración, en cuanto así lo revela el libelo. Siendo así, es dable concluir que, de haberlo conocido, la pretensión anulatoria habría comprendido el contrato, pero, como no ocurrió así, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia, en el ámbito de la acción ejercida que tiene que ver con la nulidad del acto de adjudicación y, dada la facultad contenida en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., se impone analizar de fondo la cuestión, en cuanto atribuye al juez la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato, plenamente demostrada.

RECHAZO DE LA OFERTA / REQUISITOS HABILITANTES / SUBSANABILIDAD DE DEFECTOS FORMALES / CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN - Presentación

Las pruebas que reposan en la actuación dan cuenta del actuar irregular de la administración en el rechazo de su propuesta. Esto, en la medida en que la decisión se fundó en que la sociedad Conconcreto S.A. no acreditó la existencia y representación legal de su sucursal en Bogotá, tampoco la capacidad de contratación de quien fungía como representante. Documentos no necesarios para la comparación de ofertas, en cuanto habilitan la propuesta y de ahí su carácter subsanable. Por tanto, la entidad no podía, como lo hizo, rechazar el ofrecimiento. Aunado a lo anterior, revisado el contenido de la oferta del Consorcio Transmilenio ACC, se observa que, si bien fueron aportados los certificados de existencia y representación de las sociedades Agregados Garantizados del Norte S.A. y Conconcreto S.A., última respecto de la cual el certificado hace referencia a la casa o sede principal, esto es la ubicada en Itagüí (fls. 18-38 cuaderno 6) y se allegó el Registro Único de Proponentes de ambos integrantes del consorcio; empero, respecto de Conconcreto S.A., solo referido a la sede principal (fls. 54-84 cuaderno 6), la Sala comparte el argumento de la parte actora, en el sentido de establecer que *“no son personas jurídicas independientes”, “tampoco existen registros únicos de proponentes como sucursales tenga una sociedad, ya que lo que el mismo busca es precisamente un manejo centralizado y único”*. Es de anotar que, contrario a lo que adujo el IDU, el hecho de que no se hubiera aportado el certificado de existencia y representación de uno de los integrantes del proponente, en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona moral como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN DE PERSONA JURÍDICA – Prueba / CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Presupuestos / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - Violación

En suma, toda persona legalmente capaz o sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le ha otorgado la posibilidad de celebrar contratos con el Estado, que no se halle incurso en la causales de inhabilidad o de incompatibilidad que el ordenamiento jurídico prevé y que se halle inscrita en el RUP (en los casos en los que lo requiere el ordenamiento jurídico), tiene capacidad jurídica para participar en los procesos de selección y eventualmente para contratar con el Estado. Con todo, si la entidad pública tenía dudas, debió otorgar la posibilidad de subsanar y aportar el documento que se echaba de menos, en la oportunidad prevista por los numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; pero, como

no lo hizo, soslayó el debido proceso administrativo consagrado y amparado por el artículo 29 de la Constitución, razón por la cual el acto administrativo cuestionado surgió viciado de nulidad.

PROCESO DE SELECCIÓN / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN ESTATAL - Alcance / REQUISITOS HABILITANTES Y FACTORES DE ESCOGENCIA - Diferencia

En el marco de la actividad contractual, el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones que, por cierto, han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: (i) los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y (ii) las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista (artículos 24, numeral 5, literales a y b y 29 de la Ley 80 de 1993). Surge de dichas preceptivas una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados requisitos habilitantes y los que califican la propuesta (no al proponente), llamados factores de escogencia, por cierto únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación (...) De ahí que, en cuanto a los requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, la entidad puede y debe solicitarlos, permitiendo al proponente subsanar y defenderse, luego de la evaluación, resulta improcedente el rechazo de la propuesta que no cuente con los requisitos habilitantes, en la medida en que son subsanables, dado que nada tienen que ver con la asignación de puntaje

PROCESO DE SELECCIÓN / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO / SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS / PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, IGUALDAD Y SELECCIÓN OBJETIVA

[L]a Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señaló que el IDU interpretó la ausencia del certificado de existencia y representación legal como un requisito subsanable, en la medida en que permitió, a uno de los oferentes, subsanar la propuesta. Ello ocurrió con el Consorcio Crecer, a quien, mediante oficio n.º 024977 de 21 de marzo de 2003, el comité evaluador de la entidad lo requirió para subsanar, sin que se permitiera al Consorcio Trasmilenio ACC. De donde, no se explica el trato desigual de la entidad pública licitante frente a situaciones similares de dos proponentes. No es válido que el IDU haya solicitado a un proponente que adjuntara el certificado de existencia y representación legal y que a otro proponente, en nuestro caso el Consorcio Trasmilenio ACC, no se le haya solicitado el mismo documento, cuando el IDU detectó su ausencia en la propuesta. De ahí que proceda declarar la nulidad del acto administrativo acusado. Esto, en la medida en que el rechazo de la oferta fue injustificada. En tales condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias que atrás se precisaron y las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, la Sala encuentra acreditado el desconocimiento de los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva, por lo que habrá de revocar la sentencia impugnada, para, en su lugar, declarar la nulidad del acto demandado.

NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / UTILIDAD ESPERADA / PRINCIPIO DE VALORACIÓN EN EQUIDAD

[E]n la evaluación inicial el comité evaluador reconoció que el Consorcio Trasmilenio ACC cumplía con las exigencias técnicas y económicas y obtuvo

igual puntuación que el resto de los diez (10) proponentes, por lo que, claramente, se habilitaba su ofrecimiento y la obtención de puntaje, en la medida en que, como ya se dijo, los documentos que se echaron de menos, atinentes a la existencia de la sociedad Conconcreto S.A. no justificaba el rechazo de la oferta. De ahí que la Sala considere procedente reconocer a las sociedades Conconcreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC, los perjuicios causados con la pérdida de oportunidad. Para efectos del cálculo del perjuicio, la Sala tendrá en cuenta el valor de la utilidad que esperaba recibir, prevista en la propuesta y la décima parte de la misma, teniendo en cuenta que debió ser habilitado y sumarse a los nueve proponentes que sí participaron en el sorteo. Como quiera que el caso concreto el Consorcio Transmilenio ACC pone de presente una situación indemnizatoria que involucra el concepto de utilidad esperada por la no adjudicación del contrato –numeral 3.1. de las pretensiones-, que se encuadra bajo la noción de lucro cesante y que la Sala entiende que, por su propia naturaleza, ofrece dificultades probatorias, que permitan arribar a conclusiones absolutamente ciertas, por la consideración de que se trata de valorar un daño sobre bases proyectadas a futuro, específicamente, referidas al contrato de obra, circunstancia que, por sí sola, impide poder conocer con certeza absoluta o por lo menos relativa, el *quantum* exacto del perjuicio experimentado por el demandante, reiterará el principio de valoración en equidad, el cual supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, consagrado positivamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16.

UTILIDAD ESPERADA – Cálculo / ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS Y UTILIDADES, AIU - Base de liquidación

Toda vez que en el caso concreto no es posible discriminar dentro del valor del contrato los costos, de la utilidad esperada, la Sala acudirá a los criterios fijados para determinar la suma a indemnizar. Sobre el particular, es de anotar que la Sección Tercera ha considerado que, si bien no existe previsión legal que imponga la discriminación de los conceptos de administración, imprevistos y utilidades (AIU) por parte del contratista al momento de presentar su propuesta, el juez puede, con elementos debidamente fundados y probados, calcular la utilidad esperada promedio, aplicable en casos similares, para indemnizar los perjuicios reclamados por éste (...) En aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por el contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor del AIU a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar, verbigracia en contratos de obra pública, sin embargo, en este caso no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por AIU para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01082-01(38339)

Actor: SOCIEDADES CONCRETO S.A. Y AGREGADOS GARANTIZADOS DEL NORTE S.A.

Demandado: IDU

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Asunto: *Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación en vigencia de la Ley 446 de 1998, no obstante la celebración del contrato. El tercero con interés directo no conoció de la publicación del contrato. Requisitos habilitantes y de comparación de ofertas. Rechazo por defectos y requisitos formales es improcedente. Ilegalidad del acto acusado. Pérdida de oportunidad en participar en el sorteo y de resultar beneficiado con la adjudicación*

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el litisconsorte, contra la sentencia de 11 de noviembre de 2009, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“Primero.- Declárase probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

Segundo.- Niéguese las pretensiones de la demanda.

Tercero.- En firme esta providencia, liquídense por secretaría los gastos del proceso y en caso de remanentes devuélvase al interesado. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto.- Sin condena en costas”.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del caso

El 20 de mayo de 2003, las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC,

presentaron demanda¹ en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, con el objeto de que se declare la nulidad de la resolución n°. 2832 de 3 de abril de 2003, por medio de la cual se adjudicó el contrato de obra para la construcción de la Estación de Cabecera y el Patio (garaje) de la troncal Américas, para el sistema de transporte masivo Transmilenio de la ciudad de Bogotá D.C., a la Unión Temporal Metrocapital II. Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitan condenar al pago de los perjuicios causados.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora, en síntesis, expuso los siguientes hechos:

1. El 18 de diciembre de 2002, el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, mediante la resolución n°. 12411, ordenó la apertura de la licitación pública n°. IDU-LP-DTC-089-2002, con el objeto de adelantar la construcción de la Estación de Cabecera y el Patio (garaje) de la troncal Américas, para el sistema de transporte masivo Transmilenio en Bogotá D.C., por un valor estimado de \$41 712 282 184,00.

2. Dentro del proceso de selección presentaron ofertas el Consorcio AIA-El Cóndor, Américas 089, Consorcio Crecer, Consorcio Vía Capital, Unión Temporal Metrocapital II, Consorcio Transmilenio ACC, Consorcio MVO, Consorcio QCC Transmilenio, Unión temporal Américas, Unión Temporal Conciviles –CACHIBI-, Conalvías S.A. y Consorcio CTO.

3. El 13 de marzo de 2001, el comité evaluador determinó que las propuestas allegadas por los proponentes Consorcio Vial Capital y Consorcio Transmilenio ACC no cumplían con los requisitos previstos en el pliego de condiciones, por lo que recomendó su rechazo. Respecto del Consorcio Transmilenio ACC señaló que el documento de conformación del consorcio y el certificado de existencia y representación legal de la firma Concreto S.A., integrante del proponente, no coincidían en el nombre, capacidad y facultades del representante legal. Lo anterior, pese a que obtuvo el mayor puntaje y el primer orden de elegibilidad.

¹ Cada uno de los integrantes otorgó poder. En la actuación reposa el documento de conformación del Consorcio Transmilenio ACC, integrado por las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., la primera con el 30% y la segunda con el 70% de participación (fls. 10-12 cuaderno 1).

4. El Consorcio Transmilenio ACC presentó observaciones a la evaluación y subsanó las inconsistencias. La directora del Instituto de Desarrollo Urbano, por su parte, resolvió acoger la recomendación del comité y rechazar la oferta. Así, el 3 de abril de 2003, adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-089-2002 a la Unión Temporal Metrocapital II (fls. 15-18 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1. La demanda²

Con base en la situación fáctica descrita, las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC, impetran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Es nula la Resolución No. 2832 de 3 de abril de 2003 proferida por la Directora general de Instituto, por medio de la cual se resolvió adjudicar la Licitación Pública IDU-LP-DTC-089-2002, cuyo objeto es contratar la CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN DE CABECERA Y EL PATIO (GARAJE) DE LA TRONCAL AMÉRICAS PARA EL SISTEMA DE TRANSPORTE MASIVO TRANSMILENIO EN BOGOTÁ D.C., a la UNIÓN TEMPORAL METROCAPITAL II, en cuanto en virtud del anexo No. 1, del precitado acto administrativo se dispuso rechazar injusta e ilegalmente la propuesta del CONSORCIO TRANSMILENIO ACC y de contera dispuso adjudicar el contrato objeto de la licitación a quien no tenía derecho para el efecto, por no ser la mejor propuesta.

2.- El CONSORCIO TRANSMILENIO ACC tenía derecho a que le fuera adjudicado el contrato para la CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN DE CABECERA Y EL PATIO (GARAJE) DE LA TRONCAL AMÉRICAS para el sistema de transporte masivo Transmilenio en Bogotá D.C., por satisfacer las exigencias previstas en los pliegos de condiciones de la licitación IDU – LP-DTC-089-2002 y haber obtenido el mayor puntaje, esto es, era la oferta que más le convenía a los intereses de la entidad estatal.

3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU deberá pagar al CONSORCIO TRANSMILENIO ACC los daños y perjuicios ocasionados con su actuar antijurídico así:

3.1.- La utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del contrato a la que legítimamente tenían derecho y que se traducen en la suma de TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$3.988.518.955) (Ver cuadro explicativo anexo No. 7).

² La demanda fue sustituida en su totalidad el 17 de junio siguiente. Se modificó la utilidad dejada de percibir y se ampliaron algunos hechos, sin cambiar la esencia de la argumentación (fls. 65-117 cuaderno 1). La sustitución se admitió mediante auto de 10 de julio de 2003 (fls. 120-121 cuaderno 1).

4.- De igual modo se ordene la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$R= RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL (último para cuando se dicte sentencia en firme)}}{\text{ÍNDICE INICIAL (fecha del acto acusado: abril 3 de 2003)}}$

5.- De igual manera se ordene el reconocimiento de los intereses consagrados en el artículo 177 del C.C.A., si se dan sus presupuestos. La sentencia se ejecutará en los términos del artículo 176 del C.C.A.

6.- Se condene en costas al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO” (fls. 13-15 y 65-117 cuaderno 1).

1.2. Cargos de nulidad. Normas violadas y concepto de la violación

Los demandantes consideran que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-, desconoció los artículos 6º, 29, 13, 209 y 228 de la Constitución Política; 4º del Decreto 2170 de 2002; 23, 24, 25 numeral 15, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993; artículos 13, 14 y 16 del Decreto 2150 de 1995 y 143 del Código de Procedimiento Civil. Normas relativas a la libertad de concurrencia, igualdad de oferentes y debido proceso.

La parte actora se detiene en la actuación de la administración que califica como irregular. Aduce que la decisión se fundó en que la sociedad Concreto S.A. no acreditó la existencia y representación legal de la sucursal de Bogotá, tampoco la capacidad de contratación de quien fungía como representante, comoquiera que no allegó el certificado de existencia y representación legal, tampoco el Registro Único de Proponentes. Señala que, al parecer de la entidad, dichos documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas. Da cuenta de que, al tiempo y ante similar falencia, solicitó al proponente Consorcio Crecer subsanar la oferta, esto es allegar el certificado, para luego habilitarlo y proceder a evaluar; en tanto al Consorcio Trasmilenio ACC no se le permitió subsanar, en cuanto, aunque se allegó el certificado, la oferta fue rechazada.

Los accionantes afirman que el certificado y registro en mención no son necesarios para la comparación de ofertas, de ahí su carácter subsanable. Por tanto, en su sentir, la entidad no podía, como lo hizo, rechazar su propuesta. Además, la sociedad Concreto S.A. aportó los documentos solicitados, en los que se acreditó la representación legal y la capacidad para contratar de ambas sedes –Itagüí y Bogotá-, anotando que “no son personas jurídicas

independientes”, “tampoco existen registros únicos de proponentes como sucursales tenga una sociedad, ya que lo que el mismo busca es precisamente un manejo centralizado y único”.

La parte actora alega que la decisión de rechazo desconoció los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva. Asegura que su oferta ocupaba el primer orden de elegibilidad, por ser la más favorable a los intereses de la entidad (fls. 18-60 cuaderno 1).

1.3. La defensa del demandado

El Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- se opuso a las pretensiones. Admitió algunos hechos y negó otros y se atuvo a lo que llegare a ser demostrado en el proceso. En todo caso, señaló que la propuesta presentada por el demandante no podía ser considerada elegible, dado que no cumplía con los requisitos de participación señalados en los numerales 3.1 a 3.6 del pliego de condiciones, tales como la existencia y representación legal y la capacidad del representante, necesarios para la presentación de la propuesta y la suscripción del contrato. De esta forma, aseguró que las inconsistencias no eran subsanables y que la oferta del Consorcio Transmilenio ACC no era la mejor. Sostuvo:

“(…) No podría considerarse ganadora la propuesta que no cumplió con los requisitos de elegibilidad y admisibilidad previstos en el pliego de condiciones y más aún cuando no participó en la designación de la persona encargada para que mediante sorteo por balotas, asignara la cantidad de veces que para el cálculo de la mediana, se incluirá el Valor Oficial de dichos factores. Si interviene un elemento de azar como el visto, no hay posibilidad de alegar derecho como pretende el actor al manifestar que su propuesta era la mejor”.

La entidad señaló que el incumplimiento de los requisitos relacionados con la representación legal era causal de rechazo de las propuestas y que, si bien permitió que el Consorcio Crecer subsanara la oferta, lo hizo porque desde el inicio allegó el certificado de existencia y representación, empero el revisor fiscal que firmó los estados financieros no aparecía registrado. De ahí que la subsanación estuviera permitida. Contrario a lo que ocurrió con la oferta del Consorcio Transmilenio ACC, que no acreditó la existencia, representación legal y capacidad jurídica de una de las personas jurídicas consorciadas y de sus representantes para la constitución del consorcio.

En el mismo escrito, el IDU formuló las siguientes excepciones:

-. *“Observancia del IDU de las reglas de la licitación y garantías procesales pactadas a favor de los proponentes y el debido proceso”*, comoquiera que el señor Jaime Álvarez Barbosa, quien suscribió el documento de conformación del consorcio, en su calidad de representante de la firma ConConcreto S.A., no contaba con la representación legal de la sociedad, de conformidad con el certificado de existencia y representación aportado y no proporcionó los documentos que acreditaran la representación de la sucursal, de donde lo procedente era el rechazo de la propuesta.

-. *“Presunción de legalidad y firmeza del acto administrativo precontractual de adjudicación expedido por la entidad demandada”*, pues el IDU actuó conforme con los parámetros constitucionales y legales; se ajustó a las previsiones del pliego de condiciones y adjudicó el contrato a quien cumplía con todos los requisitos.

-. *“Caducidad de la acción”*, en la medida en que debió demandarse oportunamente la nulidad absoluta del contrato y no la de los actos previos.

-. *“Falta de legitimación pasiva y la ineptitud de la demanda”*, comoquiera que el adjudicatario no fue convocado al proceso, no obstante su condición de litisconsorte necesario, de donde, acorde con la jurisprudencia, se advierte falta de legitimación en la causa por pasiva y por ende, la decisión habrá de ser inhibitoria por inepta demanda (fls. 125-152 cuaderno 1).

1.4. Litisconsorcio necesario

Mediante auto de 14 de abril de 2005, se dispuso integrar el contradictorio con la Unión Temporal Metrocapital II, adjudicataria de la licitación. De esta forma, se ordenó notificar a sus integrantes, esto es, los señores Luis Héctor y Carlos Alberto Solarte Solarte; las sociedades Rojas y Asociados Ltda., Constructora Ineconte Ltda. y CSS Constructores S.A. (fls. 191, 192 y 205 cuaderno 1).

Los señores Luis Héctor y Carlos Alberto Solarte Solarte, en su condición de personas naturales y quienes, además, conforman la sociedad CSS Constructores S.A., contestaron a la demanda. Se opusieron a las súplicas y dieron cuenta de

que su propuesta cumplió con los requisitos exigidos en el pliego y resultó beneficiada con la adjudicación por sorteo, según la adenda n.º 3, de donde *“no era dable adjudicar el contrato a la propuesta que se estimara más favorable sin sujetar la calificación de la misma al azar de la balota que resultara escogida por uno cualquiera de los oferentes”* (fls. 235-242 c. ppal.).

En el mismo escrito, los antes nombrados formularon las excepciones que denominaron i) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, en la medida en que no intervino en la estructuración del proceso de selección, solo se presentó como proponente; ii) *“inexistencia de la obligación”*, pues las pretensiones indemnizatorias son ajenas a la relación contractual de la Unión Temporal Metrocapital II y el IDU; iii) *“falta de requisitos sustanciales para la prosperidad de la pretensión”*, comoquiera que el Consorcio Transmilenio ACC no probó que su oferta fuera la mejor, tampoco que de *“haberse declarado admisible su propuesta, habría sacado la balota que le daba la posibilidad de resultar adjudicatario de la licitación”* y iv) la genérica (fls. 235-242 cuaderno 1).

La sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., por su parte, también integrante de la Unión Temporal Metrocapital II, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se atuvo a lo demostrado en el proceso. Defendió la legalidad de la licitación y la objetividad con la que se adjudicó el contrato. Alegó ineptitud de la demanda, en la medida en que la acción procedente era la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho. A su parecer, operó la caducidad de la acción interpuesta y debió demandarse la nulidad absoluta del contrato.

De ahí que se propusiera la excepción de ineptitud sustancial de la demanda y caducidad de la acción (fls. 272-284 cuaderno 1).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. La sociedad H. Rojas Asociados Ltda. –hoy Hormigón Reforzado Ltda.-, en su condición de litisconsorte necesario, reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda. Adujo que la entidad acató los principios de igualdad y selección objetiva. Defendió el rechazo de la oferta presentada por el Consorcio Transmilenio ACC, en la medida en que no se acreditó la capacidad legal y contractual de uno de sus integrantes, esto es, de la sociedad Concreto S.A., sin que el requisito fuera subsanable. Por último, insistió en la caducidad de la

acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción (fls. 352-358 cuaderno 1).

1.5.2. La parte actora transcribió nuevamente las pretensiones y resumió los hechos. Dio cuenta de la ilegalidad de los actos acusados, en la medida en que el rechazo de la demanda no tuvo soporte legal y, además, el requisito que se echó de menos era subsanable, no necesario para la comparación de las ofertas. Esto, por cuanto la entidad permitió la corrección. Por último, puso de presente que su oferta ocupó el primer orden de elegibilidad e insistió en que esto obedeció a que respondía en mayor grado que las otras a los intereses de la entidad (fls. 359-393 cuaderno 1).

1.5.3. El IDU, por su parte, insistió en las excepciones propuestas, particularmente la relativa a la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción. Esto, en la medida en que, en los términos de los artículos 87 del C.C.A., modificado por el 32 de la Ley 446 de 1998, una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. Así mismo, señaló que el rechazo de la propuesta estuvo fundada en el pliego de condiciones y en los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva. Afirmó que la ausencia del certificado de existencia y representación legal fue previsto como un requisito necesario para la comparación de las ofertas, en cuanto se trataba de determinar la elegibilidad y no de la habilitación de un proponente. Por último, dio cuenta que la adjudicación no dependía de la oferta más favorable, pues a la decisión concurría también el *“azar de la balota que resultara escogida por uno de los oferentes, tal y como lo indicaba el pliego de condiciones”* (fls. 394-415 cuaderno 1).

1.6. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por indebida escogencia de la acción, negó las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

El *a quo* consideró que, si bien la actora pretendía la nulidad del acto de adjudicación y el restablecimiento del derecho, no se escogió la acción procedente. Señaló que, para la fecha de presentación de la demanda, ya se

había sido suscrito el contrato, razón por la cual, en los términos del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, resultaba necesario demandar la decisión con fundamento de la nulidad absoluta, de donde correspondía instaurar la acción de controversias contractuales. Sostuvo:

“Para el caso concreto, el acto acusado (resolución No. 2832 de 3 de abril de 2003), por medio del cual se adjudicó la licitación pública No. IDU-LP-DTC-089-2002 fue dictado en audiencia pública el 3 de abril de 2003 (fl. 216 a 220 c. 6) y el contrato por medio del cual se adjudicó la referida licitación se suscribió el 28 de abril del mismo año (fls. 8 a 107 c. 6), esto es dentro de los 30 días siguientes, señalados por la norma y la jurisprudencia en citas, como término establecido para entablar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la actora y contemplada en las normas ya estudiadas y la demanda se presentó el 20 de mayo de 2003. Así las cosas, el accionante debió entonces como ya se manifestó demandar la ilegalidad del acto de adjudicación, con fundamento en la nulidad absoluta del contrato, tal como lo prevé la acción de controversias contractuales.

De acuerdo con todo lo expuesto y dado que no es posible entrar a analizar el fondo del asunto, por cuanto la demanda no cumplió con los requisitos ya estudiados, la Sala deberá negar las pretensiones, tal cual fueron formuladas y declarar de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción” (fls. 417-421 cuaderno principal).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Recurso de apelación³

Inconformes, la parte actora y la sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., en su condición de litisconsorte necesario, interponen recurso de apelación.

2.1.1. La parte actora insiste en la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra del acto de adjudicación. Aduce, en síntesis, que i) el parágrafo 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 indica que *“para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina”*; ii) el acto de adjudicación hace parte de los llamados actos precontractuales, separables del contrato, por lo que pueden ser demandados independientemente del mismo; iii) conforme al artículo 87 del C.C.A., si el juez considera que es requisito indispensable declarar la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación, tiene la facultad para decretarla de oficio, siempre que en el

³ El recurso fue interpuesto el día 12 de mayo de 2011.

proceso intervengan las partes contratantes, como acaece en el asunto *sub lite*, en que los miembros de la Unión Temporal Metrocapital II fueron convocados y ejercieron su derecho de defensa y contradicción; iv) la oportunidad para advertir sobre la admisión de la demanda, conforme lo ordena el artículo 143 del C.C.A., para así permitir su corrección en tiempo; v) es violatorio del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y, por consiguiente, del debido proceso, la declaratoria de ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, bajo el argumento de que el contrato ya se había celebrado, cuando de dicha celebración no tiene porqué conocer quien ataca el acto de adjudicación, ya que no es parte y vi) la entidad demandada, tampoco el adjudicatario interpusieron recurso de reposición en contra del acto cuya nulidad se persigue, de donde sólo podría declararse la excepción en sentencia, de no cumplirse los requisitos de los artículos 137 a 139 y 145 del C.C.A., lo que no ocurrió en el *sub lite*.

De ahí que se solicite revocar la decisión para que, en su lugar, se acceda a las súplicas y, para efectos del restablecimiento, se acojan las conclusiones del dictamen pericial (fls. 432-441 cuaderno principal).

2.1.2. La sociedad H. Rojas & Asociados Ltda. solicita revocar el numeral cuarto de la sentencia, para que, en su lugar, se condene en costas a la parte actora. Esto, en la medida en que *“la parte vencida ocasionó en la vencedora gastos, costas y agencias en derecho”* (fls. 424-425 cuaderno principal).

2.2. Alegaciones finales

La parte actora, el demandado y la sociedad H. Rojas y Asociados Ltda. alegaron de conclusión y reiteraron los argumentos esgrimidos en el transcurso del proceso (fls. 446-527 cuaderno ppal.).

2.3. Intervención del Ministerio Público

La vista fiscal solicita confirmar la decisión. Considera que la acción interpuesta deviene en improcedente, *“(..)* habida cuenta que para el momento de presentar la demanda (20 de mayo de 2003), ya se había celebrado el contrato con la firma adjudicataria, como lo evidencia el documento auténtico visto a folios 8 a 107 del cuaderno 6, en el cual consta que el 28 de abril de 2003 entre el IDU y la Unión

Temporal II se suscribió el contrato de obra pública IDU No. 63 de 2003". A su parecer, la parte actora debió demandar la nulidad absoluta del contrato, invocando la ilegalidad de la adjudicación. Esto, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la decisión.

Por último, el representante del Ministerio Público solicita no condenar en costas, en la medida en que la conducta desplegada por la parte vencida no se puede calificar de temeraria (fls. 531-542 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA⁴

1. Competencia

Esta Corporación es competente para decidir el proceso de la referencia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el litisconsorte, en contra de la sentencia que declaró fundada la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por indebida escogencia de la acción, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988⁵, para que esta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala resolver los argumentos de la apelación, consistentes en la procedencia de la acción instaurada, en tanto para la fecha de presentación de la demanda no se conocía sobre la celebración del contrato. Ahora, establecido que la acción interpuesta correspondía, se deberá resolver sobre la nulidad del acto de adjudicación y del contrato, de ser ello pertinente, así como sobre los perjuicios causados.

⁴ Por medio de oficio de 10 de febrero de 2017, el magistrado Ramiro Pazos Guerrero, manifestó su impedimento para conocer del asunto de la referencia por estar incurso en la causal del numeral 2º del artículo 141 del C.G.P. (fol. 631, c. ppal.), el cual fue aceptado por la magistrada instructora mediante auto de la misma fecha (fol. 632 a 633, c. ppal.).

⁵ El 20 de mayo de 2003, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$36 950 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por la actora en la suma de \$3 988 518 955, por los perjuicios causados en razón de la no adjudicación del contrato (fl. 67 cuaderno 1).

Ahora, en cuanto a las excepciones de *“observancia por parte del IDU de las reglas de la licitación y garantías procesales pactadas a favor de los proponentes y debido proceso”*, *“falta de legitimación pasiva”*, ambas fundadas en la ausencia de responsabilidad y *“presunción de legalidad y firmeza del acto administrativo precontractual de adjudicación expedido por la entidad demandada”*, propuestas por la accionada, los argumentos tienen que ver con el fondo del asunto.

Lo mismo acontece respecto de las excepciones denominadas por el litisconsorte necesario como *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* e *“inexistencia de la obligación”*.

Las relativas a la caducidad de la acción, inepta demanda y *“falta de requisitos sustanciales para la prosperidad de la pretensión”* se resolverán separadamente, luego de establecer los hechos probados.

2.1. Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por las partes en las oportunidades legales, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los dictámenes periciales practicados en el proceso, pues se trata de pruebas válidamente decretadas y practicadas.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. La sociedad Conconcreto S.A. constituyó su casa principal en la ciudad de Medellín, luego en Itagüí y autorizó sucursal en Bogotá. El 30 de agosto de 2012 se notificó el aviso de promoción del acuerdo de reestructuración de la sociedad. De ello da cuenta el certificado de existencia y representación allegado con la demanda plenario (fls. 2-5 cuaderno 1).

De la sociedad Agregados Garantizados de Norte S.A., por su parte, se conoce sobre su existencia y duración hasta el 31 de diciembre de 2050 y que su objeto tiene que ver, en esencia, con la explotación y exploración de materiales de playa, canteras, depósitos naturales y yacimientos de minerales y materiales. Así como la producción y venta de elementos fabricados en concreto (fls. 7-9 cuaderno 1).

2. El 18 de diciembre de 2002, mediante resolución n.º 12411, el IDU ordenó la apertura de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-089, con el fin de seleccionar el contratista que se encargara de ejecutar, a través de un contrato de obra pública, la construcción y mantenimiento de la Estación de Cabecera y el Patio (Garaje) de la Troncal Américas para el Sistema de Transporte Masivo TRANSMILENIO S.A. en Bogotá D.C. (fl. 287 cuaderno 4).

3. En la actuación reposa el documento de conformación del Consorcio Transmilenio ACC, integrado por las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., con el objeto de presentar oferta dentro de la licitación pública en mención, la primera con el 30% y la segunda con el 70% de participación. Se conoce que la sede se estableció en la ciudad de Bogotá (fls. 10-12 cuaderno 1).

4. Según el pliego de condiciones podrían participar como proponentes “(..) *personas jurídicas civiles o mercantiles, nacionales o extranjeras, de naturaleza pública, mixta o privada y personas naturales, bien sea de manera individual o conformado proponentes plurales a través de consorcio o unión temporal, cuyos integrantes podrán tener la calidad de personas jurídicas o naturales*”.

Para acreditar lo anterior, los interesados debían cumplir con los siguientes requisitos:

“a).- Acreditar su existencia y representación legal.

b).- Acreditar la capacidad del representante legal para la presentación de la propuesta y para la suscripción del contrato.

c).- Acreditar que su objeto social principal o conexo permite a la persona jurídica la celebración y ejecución del contrato.

d).- Acreditar que se han constituido con anterioridad a la fecha de apertura de la presente licitación y que el término de duración es por lo menos igual al término del contrato y un año más.

*Las personas jurídicas de carácter civil o mercantil colombianas deberán acreditar su existencia, personería jurídica y representación legal mediante la presentación del original del **certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio social en una fecha posterior al 12 de enero de 2003 o mediante la presentación del registro único de proponentes ante la Cámara de Comercio respectiva, posterior al 2 de enero de 2003.***

(..)” (negritas y subrayas fuera de texto).

El literal c) del numeral 3.1.5, por su parte, señaló, en cuanto a los requisitos legales de los proponentes plurales:

“a).- Acreditar la existencia del consorcio o de la unión temporal, específicamente la circunstancia de tratarse de uno u otro.

b).- Acreditar el nombramiento de un representante legal único...

c).- Acreditar la existencia, representación legal y capacidad jurídica de las personas jurídicas consorciadas o asociadas en Unión Temporal y de sus representantes para la constitución del Consorcio o Unión Temporal, así como para la celebración del contrato a través de la forma de asociación escogida.

d).- Acreditar un término mínimo de duración del consorcio o de la unión temporal, por lo menos igual al término del contrato y un año más”.

El numeral 5.3.3 estableció los criterios para la evaluación de las propuestas y a continuación los requisitos legales, así:

“5.3.3.1 Requisitos legales

El cumplimiento de todos los requisitos legales señalados en los numerales 3.1, 3.2, 3.3., 3.4, 3.5 y 3.6 se considera como un factor de calificación que únicamente dará lugar a la elegibilidad del proponente y su propuesta, cuando se cumplan todos los requisitos legales; o no elegibilidad del proponente y su propuesta, cuando la omisión de la documentación exigida impida la comparación objetiva de las propuestas”.

El numeral 5.5 dispuso como causales de rechazo:

“Sin perjuicio de los establecido por la ley aplicable y en los otros numerales de este pliego, serán rechazadas las propuestas que por su contenido impidan la selección objetiva y además en los siguientes casos:

1.- Cuando se presente la propuesta en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad.

2.- Cuando se omitan requisitos, contenidos o anexos que impidan la comparación objetiva de las propuestas” (fls. 48-109 cuaderno 2 A).

El pliego fue modificado mediante las adendas 1 a 4, en cuanto al cronograma del proceso de selección, la forma en que se adelantaría la audiencia de adjudicación, las condiciones técnicas relativas a la experiencia exigida, la forma de pago y la evaluación económica (fls. 110- cuaderno 2 A).

5. Dentro del proceso de selección presentaron oferta once (11) proponentes, a saber: Consorcio AIA-El Cóndor-Américas 089, Consorcio Crecer, Consorcio Vial Capital, Unión Temporal Metrocapital II, Consorcio Transmilenio ACC, Consorcio MVO, Consorcio QCC Transmilenio, Unión Temporal Américas, Unión Temporal Conciviles-Cachibi, Conalvías S.A. y Consorcio CTO (fl. 216 cuaderno 5).

6. En el plenario reposa copia de la propuesta del Consorcio Transmilenio ACC. En la primera se observa que fueron aportados los certificados de existencia y representación de las sociedades Agregados Garantizados del Norte S.A. y Conconcreto S.A. Última respecto de la cual el certificado hace referencia a la casa o sede principal, esto es la ubicada en Itagüí. Para la fecha de presentación de la oferta, la segunda sociedad en mención no se hallaba disuelta (fls. 18-38 cuaderno 6).

Así mismo, fue allegado el Registro Único de Proponentes de ambos integrantes del consorcio; empero, respecto de Conconcreto S.A., solo referido a la sede principal (fls. 54-84 cuaderno 6).

También obra la oferta económica-valores globales en razón de i) las obras de construcción, estimada en \$36 840 770 685; ii) la gestión ambiental y social, por valor de \$967 840 005 y iii) la labor de mantenimiento, calculada en \$664 700 750 (fls. 133-134 cuaderno 6).

De igual forma, fue allegada al plenario la propuesta del Consorcio Crecer (fls. 339-563 cuaderno 2 A).

7. En la evaluación inicial se observa que de los once (11) proponentes, dos fueron rechazados: el Consorcio Vial Capital, por no cumplir con las exigencias de carácter financiero y el Consorcio Transmilenio ACC, en la medida en que no acreditó la representación y capacidad de contratación de la sucursal de Bogotá:

“RESUMEN EVALUACIÓN INICIAL CUADRO I

Presupuesto oficial total = 41.729.799.270

Presupuesto oficial valor global para obras de construcción = 36.857.356.495

Presupuesto oficial valor global ambiental y de gestión social = 968.275.729

Presupuesto oficial valor por obras para redes = 971.886.687

Presupuesto oficial valor global por mantenimiento = 665.000.000

Presupuesto oficial para el Fondo de Compensaciones = 2.267.280.359

Propo- nente	Pun- taje Val- ore- s Glo- bale- s F1 (Ma- x. 600)	Facto- r de pago prom- edio pond- erado para obras de const- rucción F2 (Max. 200)	Preci- o unita- rio prom- edio pond- erado de obras para rede- s F3 (Max. 100)	Pun- taje total Fac- tore- s F1 + F2+ F3 (Ma- x. 900)	Evaluación de cumplimie- nto F4 (Max. 50)		Asegurami- ento calidad F5 (Max. 50)		Pu- ntaje Tot- al	Obser- vacion- es	Orde- n elegi- bilida- d
					Valo- r sanc- ione- s	Pu- ntaje	ISO 9001/ 9002: 94 % Partic- ipación >=15 %	Pu- ntaje			
1. Cons- orcio AIA- El Cón- dor Améri- cas 089					0.0	50. 0	SI	50. 0			
2. Cons- orcio Crece- r					0.0	50. 0	SI	50. 0			
3. Cons- orcio Vial Capit- al					0.0	50. 0	SI	50. 0		Se rechaz- a por razone- s expue- stas en la evalua- ción financi- era inicial	
4. Unión Temp- oral Metro- capita- l II					0.0	50. 0	SI	50. 0			

5. Consortio Transmilenio ACC					0.0	50.0	SI	50.0		Se rechaza por razones expuestas en la evaluación legal inicial	
6. Consortio MVO					0.0	50.0	SI	50.0			
7. Consortio QCC Transmilenio					0.0	50.0	SI	50.0			
8. Unión Temporal Américas					0.0	50.0	SI	50.0			
9. UTE Conciviles					0.0	50.0	SI	50.0			
10. Conalvías					0.0	50.0	SI	50.0			
11. Consortio CTO					0.0	50.0	NO	0.0			

De igual forma, obra en la evaluación los cálculos realizados para establecer la Mediana aplicable en la calificación, la evaluación técnica relativa a la experiencia y la capacidad residual en construcción; la evaluación financiera y legal.

En la evaluación legal inicial se destaca:

“Consortio Transmilenio ACC

Revisado el certificado de existencia y representación legal de la firma Conconcreto S.A., con domicilio en Itagüí, expedido el 4 de enero de 2003,

aportado a folios 18 a 30, se observa en lo relacionado con la representación legal:

(..)

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir la intención de Conconcreto S.A. de presentarse en consorcio tanto la casa principal como la sucursal Bogotá con la firma Agregados Garantizados del Norte S.A. se verificó que **ni en el original ni en la copia de la propuesta se aportaron el certificado de existencia y representación legal y el certificado de inscripción, clasificación y calificación de la firma Conconcreto S.A. SUCURSAL BOGOTÁ**, lo que quiere decir que no se acreditó la existencia y representación legal de esta sucursal, ni la identidad y capacidad legal de su representante legal para la presentación de la propuesta y celebración y ejecución del contrato, requisitos estos de obligatorio cumplimiento de conformidad con **el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones** que dispone:

“Para participar como proponentes o como integrantes de un proponente plural, las personas jurídicas civiles o mercantiles con naturaleza privada, constituidas conforme a la legislación colombiana....deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a).- Acreditar su existencia y representación legal.
- b).- Acreditar la capacidad del representante legal para la presentación de la propuesta y para la suscripción del contrato”, entre otros.

Así mismo, en el mismo numeral más adelante se establece: “Las personas jurídicas de carácter civil o mercantil colombianas, deberán acreditar su existencia, personería jurídica y representación legal mediante la presentación del original del Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio social en una fecha posterior al 2 de enero de 2003, o mediante la presentación del registro único de proponentes ante la Cámara de Comercio respectiva, posterior al 2 de enero de 2003”.

Lo anterior en concordancia con el numeral 3.1.5 y con el numeral 5.5. del pliego de condiciones que dice: “Sin perjuicio de lo establecido en la ley aplicable y en los otros numerales de este pliego, **serán rechazadas las propuestas que por su contenido impidan la selección objetiva** y además en los siguientes casos:

1....

- 2.- Cuando omitan requisitos contenidos o anexos **que impidan la comparación objetiva de las propuestas**”.

No obstante lo anterior, el artículo 28 del Código de Comercio dispone: “6. La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales y los actos que afecten la propiedad de los mismos o su administración”; lo anterior en concordancia con el artículo 111 del mismo ordenamiento que dice: “Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, sino pertenecen al mismo distrito de la cámara de comercio del domicilio principal”.

Por las razones expuestas se recomienda el rechazo de la propuesta” (negritas y subrayas fuera de texto, fls. 220-238 cuaderno 2).

8. El 3 de marzo de 2003, mediante el oficio n.º IDU-028496 STLC-6300, la entidad solicitó al Consorcio Crecer el certificado de existencia y representación legal, en que conste el nombramiento del revisor fiscal. Pasados dos días, el proponente allegó lo requerido (fls. 238-239 cuaderno 2).

9. El 21 del mismo mes y año, mediante oficio n.º 024977, el Consorcio Transmilenio ACC objetó los resultados de la evaluación inicial. Para el efecto, puso de presente el requerimiento realizado al Consorcio Crecer, para que subsanara la oferta y allegara el certificado que se echaba de menos, al tiempo que señaló como, predicándose la misma situación, en su caso se optó por no permitirle subsanar. Se destaca:

“Más allá de que el aludido certificado de existencia y representación legal estuviera o no presentado con la propuesta del Consorcio Crecer, tema que no se debate, lo cierto es que para el momento en que se produjo el oficio 028496, el IDU interpretó la ausencia o aparente no presentación del certificado como un requisito abiertamente subsanable, ya que de otra manera no se explica que se lo haya pedido a dicho proponente.

Por lo mismo, en una justa y merecida aplicación del principio de igualdad, no se explica y, más aún, no tiene respuesta válida, que el IDU le haya solicitado a un proponente que adjuntara el certificado de existencia y representación legal “por cuanto no lo presentó en la propuesta” y que a otro proponente, en nuestro caso el Consorcio Transmilenio ACC, no se le haya solicitado el mismo documento, cuando el IDU detectó su ausencia en la propuesta.

En efecto, si a un proponente determinado se le solicita el lleno de un requisito formal, como es la presentación del certificado de existencia y representación legal, no se justifica y, por lo mismo, en aplicación del legítimo principio de igualdad no tiene recibo que igual conducta no sea ejecutada frente a los demás proponentes que se encuentren en dicha circunstancia, ya que ambos casos se circunscriben a la no presentación del certificado de existencia y representación legal de uno de los integrantes del proponente plural”.

El Consorcio Transmilenio ACC alegó que la entrega del certificado en mención es habilitante y, por tanto, subsanable. Invocó el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y 4º del Decreto 2170 de 2002. Evidenció que la casa principal de Itagüí y la sucursal en Bogotá de la sociedad Concreto S.A. pertenecían a la misma persona jurídica, por lo que no era posible “concurrir a la

conformación de un consorcio". Lo mismo señaló respecto de la observación atinente a la ausencia del RUP de la sucursal Bogotá (fls. 240-257 cuaderno 4).

10. Reposa en el expediente el anexo n.º 1, contentivo de las respuestas a las observaciones iniciales formuladas por los proponentes. En cuanto a la presentada por el Consorcio Transmilenio ACC, el comité evaluador rechazó la observación, fundado, en esencia, en que el certificado de existencia y representación legal más que un requisito formal, es entendido necesario para la comparación de las ofertas y, por ende, su omisión no subsanable. Se destaca:

“Se resalta que el aludido certificado no es un requisito formal de la propuesta, como lo quiere hacer ver el observante, sino por el contrario se trata de un aspecto sustancial por medio del cual se verifican aspectos tan importantes como es acreditar la existencia y representación legal del proponente, la capacidad del representante legal para la presentación de la propuesta y la suscripción del contrato, tal como se exige en el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones. De acuerdo con lo anterior, un documento será subsanable cuando la omisión del mismo no impida la evaluación de las ofertas ni la comparación objetiva de las mismas, es decir que lo que impida tal comparación origina el rechazo de la propuesta”.

Precisó, además, que la situación del Consorcio Crecer era distinta, en la medida en que presentó el certificado, pero se requería verificar la información correspondiente al revisor fiscal; empero el Consorcio Transmilenio ACC no allegó el documento con la oferta. Por último, se puso de presente la autonomía del IDU para *“fijar los requisitos y criterios que se han de observar al momento de presentar propuesta y realizar la evaluación de las mismas”* (fls. 7-47 cuaderno 2 y 22-64 cuaderno 4).

11. En el documento de evaluación final de marzo de 2003, dado a conocer por la entidad en la audiencia de adjudicación, se observa las calificaciones obtenidas por los proponentes y el orden de elegibilidad, así:

***“RESUMEN EVALUACIÓN FINAL
CUADRO I***

Presupuesto oficial total = 41.729.799.270

Presupuesto oficial valor global para obras de construcción = 36.857.356.495

Presupuesto oficial valor global ambiental y de gestión social = 968.275.729

Presupuesto oficial valor por obras para redes = 971.886.687

Presupuesto oficial valor global por mantenimiento = 665.000.000

Presupuesto oficial para el Fondo de Compensaciones = 2.267.280.359

Propo nente	Pun taje Val ore s Glo bal es F1 (Ma x. 600)	Facto r de pago prom edio pond erado para obras de const rucci ón F2 (Max. 200)	Prec io unita rio pro medi o pond erado de obra s para rede s F3 (Max .100)	Pun taje tota l Fac tore s F1 + F2+ F3 (Ma x. 900)	Evaluació n de cumplimie nto F4 (Max. 50)		Asegurami ento calidad F5 (Max. 50)		Punt aje total	Obser vacion es	Orde n elegi bilid ad
					Valo r san cion es	Pu nta je	ISO 9001/ 9002: 94 % Partic ipació n >=15 %	Pu nta je			
1. Cons orcio AIA- El Cón dor Améri cas 089	599 .98 4	200.0 00	100. 000	899 .98 3	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 983		
2. Cons orcio Crece r	599 .96 1	199.9 86	99.9 93	899 .94 0	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 940		
3. Cons orcio Vial Capit al	0.0 00	0.000	0.00 0	0.0 00	0.0	50. 0	SI	50. 0	Rech azado	Se rechaz a por razone s expue stas en la evalua ción financi era inicial	
4. Unión Temp oral Metro capita l II	600 .00 0	200.0 00	100. 000	900 .00 0	0.0	50. 0	SI	50. 0	1.00 0.00 0		1
5.	0.0	0.000	0.00	0.0	0.0	50.	SI	50.	Rech	Se	

Consortio Transmilenio ACC	00		0	00		0		0	azad o	rechaza por razones expuestas en la evaluación legal inicial	
6. Consortio MVO	599.997	199.998	99.999	899.994	0.0	50.0	SI	50.0	999.994		
7. Consortio QCC Transmilenio	599.998	200.000	99.999	899.997	0.0	50.0	SI	50.0	999.997		2
8. Unión Temporal Américas	599.995	199.998	99.999	899.993	0.0	50.0	SI	50.0	999.993		
9. UTE Conciviles	599.967	199.989	99.995	899.950	0.0	50.0	SI	50.0	999.950		
10. Conalvías	599.998	200.000	100.000	899.997	0.0	50.0	SI	50.0	999.997		2
11. Consortio CTO	599.763	199.922	99.960	899.645	0.0	50.0	NO	0.0	949.645		

Así mismo, obra en la evaluación los cálculos realizados para establecer la Mediana aplicable en la calificación, la evaluación técnica relativa a la experiencia y la capacidad residual en construcción; la evaluación financiera y legal.

El proponente Consorcio Vial Capital no cumplió con las exigencias de naturaleza financiera, en la medida en que no se acreditó el pago de los parafiscales. De ahí que la oferta quedara inhábil e igual declaración se emitió respecto de la oferta presentada por el Consorcio Transmilenio ACC, en razón de que se consideró que no cumplió con los requisitos legales de representación y capacidad (fls. 201-237 cuaderno 2).

12. El 3 de abril de 2003, la entidad adelantó la audiencia de adjudicación, en presencia de todos los proponentes. Así mismo, dio lectura a la respuesta de las observaciones presentadas. Se transcribe el pronunciamiento referido a la objeción del Consorcio Transmilenio ACC:

“Sobre lo expuesto, la Directora General se permite aclarar el tema señalando que efectivamente esta firma presentó el certificado de existencia y representación legal pero de la casa matriz y no presentó el certificado de quien se está presentando en este proceso, que en este caso corresponde al certificado de existencia y representación legal de la firma Concreto Sucursal Bogotá.

(..)

Se reitera que la situación del Consorcio Crecer y el Consorcio Transmilenio ACC son diferentes, toda vez que la primera aportó todos los documentos exigidos en el pliego de condiciones que determinaron la elegibilidad del proponente y la solicitud de la entidad a este proponente tuvo por objeto la verificación del revisor fiscal, en tanto que el caso de la firma Concreto es que no aportó el certificado de existencia y representación legal.

*Aclara que **en ningún momento el IDU consideró que la omisión del certificado de existencia y representación legal fuera un documento subsanable por parte del proponente**, por lo tanto todas las propuestas fueron revisadas y evaluadas con los mismos parámetros.*

*Hace claridad que **el hecho de que la firma Concreto en otros procesos licitatorios si haya aportado el certificado de existencia y representación legal de la sucursal de Bogotá no subsana en ningún momento el que no haya sido presentado en el presente proceso**, toda vez que son procesos independientes, que la situación que se presenta no es un tema jurídico sino de diligencia al elaborar la propuesta.*

Por lo expuesto anteriormente la administración reitera la respuesta contenida en el documento de observaciones, leído en desarrollo de esta audiencia”.

Una vez resueltas las observaciones finales, la Directora General del IDU dio aplicación al adendo n.º 3, modificación 18, numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones, en lo atinente al cálculo de la mediana y su injerencia en el presupuesto oficial. Establecidos los puntajes y el orden de elegibilidad, la representante de la entidad adjudicó el contrato a la Unión Temporal Metrocapital II, con 1000 puntos (fls. 611-628 cuaderno 4).

El mismo día, el IDU expidió la resolución n.º 2832 y adjudicó la licitación pública en comento al proponente Unión Temporal Metrocapital II, integrado por los

señores Luis Héctor Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte; las sociedades H. Rojas y Asociados Ltda., Constructora Inecon-te Ltda. y CSS Constructores S.A. Se transcriben apartes de la decisión:

“Que luego de realizada la correspondiente evaluación se recomendó el rechazo de las propuestas presentadas por el Consorcio Vial Capital, toda vez que no se verificó el cumplimiento de los pagos de que trata el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el Consorcio Transmilenio ACC, de conformidad con lo señalado en el numeral 3.1.1 en concordancia con los numerales 3.1.5 y 5.5 del pliego de condiciones.

Que con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el informe de evaluación de las propuestas permaneció en la Subdirección General Corporativa de la entidad del 17 al 21 de marzo de 2003, para que los oferentes presentaran las observaciones que consideraran pertinentes.

(..)

Que el Comité Contractual en sesión del 2 de abril de 2003 conoció, analizó y aprobó las respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes al informe de evaluación y ratificó la evaluación inicial.

Que la Directora General acoge la recomendación formulada por el Comité Contractual y procede a dar aplicación a lo señalado en el pliego de condiciones, con el fin de seleccionar la oferta más favorable para la entidad y para los fines que con esa contratación se buscan.

Que el adendo No. 3 modificación 18 al numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones señala: “Para la evaluación de los factores FI, F2 y F3, dentro de la audiencia de adjudicación, luego de resolver las observaciones que los proponentes hayan formulado a los informes de evaluación dentro del término de traslado correspondiente, el Director Técnico respectivo solicitará a los representantes legales o a sus delegados, presentes en la mencionada audiencia, que procedan a designar, entre ellos mismos, una persona para que escoja por una vez, mediante sorteo por balotas, la cantidad de veces que para el cálculo de la mediana, se incluirá el valor oficial de dichos valores, de conformidad con los rangos que se establecen en el cuadro que se muestra a continuación, aplicando la opción cuyo número corresponda a la última balota que se saque para la mediana. Al efecto, se depositarán en el balotera tantas balotas como opciones aparecen en el cuadro, de acuerdo con el número de propuestas hábiles. Una vez obtenidos los puntajes, se establecerá el orden de elegibilidad de las propuestas con base en la sumatoria de los puntajes obtenidos por los proponentes en todos los factores y se procederá a la adjudicación”.

Que mediante adendo No. 4 se modificó el cuadro de que trata el adendo No. 3 Modificación 18 al numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones, en el cual se establece el número de veces que se incluirá el valor oficial de los respectivos factores, quedando de la siguiente manera:

Número de propuestas hábiles	SE INCLUIRÁ EL VALOR OFICIAL DEL RESPECTIVO FACTOR
-------------------------------------	---

	Mínimo	Máximo
1 a 5	0 veces	2 veces
6 a 15	0 veces	3 veces
16 a 25	0 veces	4 veces
26 a 35	0 veces	5 veces
> 35	0 veces	6 veces

Que de conformidad con el considerando anterior, la Directora General solicitó a los representantes legales o delegados de los proponentes hábiles y debidamente facultados por escrito presentes en la audiencia, designar al proponente que efectuará el sorteo para determinar la cantidad de veces que se incluirá el valor oficial de los factores F1, F2 y F3 para el cálculo de la Mediana de los mencionados factores, de conformidad con los rangos señalados.

Que el representante legal suplente del proponente Unión Temporal Metrocapital II, procedió a sacar de la balotera la balota No. 3, la cual indica que el número de veces que se tendrá en cuenta el valor oficial de los factores F1, F2 y F3 en el cálculo de la Mediana es de 3 veces.

Que las propuestas hábiles consideradas para el cálculo de la Mediana de los factores F1, F2 y F3 son las siguientes:

- 1.- Consorcio AIA-El Condor-Américas 089
- 2.- Consorcio Crecer
- 4.- Unión Temporal Metrocapital II,
- 6.- Consorcio MVO
- 7.- Consorcio QCC Transmilenio
- 8.- Unión Temporal Américas
- 9.- Unión Temporal Conciviles-Cachibi
- 10.- Conalvías S.A.
- 11.- Consorcio CTO

Que una vez calculada la Mediana de los factores F1, F2 y F3 de las propuestas hábiles anteriormente descritas, se estableció que los puntajes obtenidos por los proponentes en dichos factores es el siguiente:

<i>Proponente</i>	<i>Puntaje</i>
1.- Consorcio AIA-El Condor-Américas 089	899.983
2.- Consorcio Crecer	899.940
4.- Unión Temporal Metrocapital II	900.00
6.- Consorcio MVO	899.994
7.- Consorcio QCC Transmilenio	899.997
8.- Unión Temporal Américas	899.993
9.- Unión Temporal Conciviles-Cachibi	899.950
10.- Conalvías S.A.	899.997
11.- Consorcio CTO	899.645

Que las propuestas hábiles obtuvieron el siguiente puntaje en los factores de evaluación de cumplimiento y aseguramiento de la calidad:

<i>Proponente</i>	<i>Puntaje</i>
-------------------	----------------

1.- Consorcio AIA-El Condor-Américas 089	100
2.- Consorcio Crecer	100
4.- Unión Temporal Metrocapital II	100
6.- Consorcio MVO	100
7.- Consorcio QCC Transmilenio	100
8.- Unión Temporal Américas	100
9.- Unión Temporal Conciviles-Cachibi	100
10.- Conalvías S.A.	100
11.- Consorcio CTO	50

Que una vez realizada la sumatoria de los respectivos puntajes y de conformidad con la evaluación realizada, se estableció que los siguientes proponentes obtuvieron los mayores puntajes en su orden:

- 1.- Unión Temporal Metrocapital II (1000.00 puntos)
- 2.- Consorcio QCC Transmilenio (999.997 puntos)
- 3.- Conalvías S.A. (999.997 puntos)

Que efectuada la valoración de todos los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de condiciones como de los estudios evaluativos; verificada la legalidad del proceso y con miras a dar aplicación a los principios que deben regir los procedimientos de escogencia de los contratistas de las entidades estatales, especialmente el de selección objetiva, se ha decidido (..) RESUELVE

Artículo primero. Adjudicar la licitación pública IDU.LP-DTC-089-2002 al proponente Unión Temporal Metrocapital II, adjudicación que se hace hasta por la suma de \$41.712.282.184, en un plazo de ejecución de 68 meses, de acuerdo con lo señalado en la cláusula 4 de la minuta del contrato, plazo contado a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación” (fls. 216-220 cuaderno 5).

El 4 de abril siguiente, se notificó personalmente del contenido de la resolución a la Unión Temporal Metrocapital II (fls. 114 y 221 cuaderno 5).

13. El 28 del mismo mes y año, el IDU y la Unión Temporal Metrocapital II, suscribieron el contrato de obra pública n.º 63 de 2003 (fls. 8-107 y 116-215 cuaderno 5).

Es de anotar que no obra en el plenario la publicación a que hace referencia el parágrafo 3º del artículo 41⁶.

⁶ Señala la norma en cita: “(...) Parágrafo 3º.- Derogado por el art. 225, Decreto Nacional 019 de 2012, a partir del 1º de Junio de 2012. Salvo lo previsto en el parágrafo anterior perfeccionado el contrato, se solicitará su publicación en el Diario Oficial o Gaceta Oficial correspondiente a la respectiva entidad territorial, o a falta de dicho medio, por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido. Cuando se utilice un medio de divulgación

14. En la actuación reposa el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora (cuaderno 5).

La ingeniera Civil Ana Tulia Medina Cepeda efectuó un recuento de la demanda y del pliego de condiciones relativo a la existencia y representación de los proponentes. Señaló que, a su parecer, la no presentación del certificado de la Cámara de Comercio puede subsanarse y, así mismo, concluyó que el Consorcio Transmilenio ACC tenía derecho a que le fuera adjudicado el contrato. En esencia, reiteró al respecto los argumentos esgrimidos en el libelo (cuaderno 5).

A continuación, la perito dio respuesta al interrogatorio elevado por la parte actora. En cuanto al monto de la utilidad dejada de percibir por el Consorcio Transmilenio ACC, por no haber sido favorecido con la adjudicación; puso de presente la propuesta, el AIU y el valor total de las obras. Así mismo, dio cuenta de los factores de evaluación, el orden de elegibilidad y las razones de rechazo de las ofertas:

“Pregunta 1:

El monto de la utilidad que hubiere obtenido el Consorcio Transmilenio ACC de haber resultado adjudicatario del contrato.

Respuesta:

*Si se le hubiera adjudicado el contrato al Consorcio Transmilenio ACC habría obtenido una utilidad probable determinada en la siguiente forma:
Valor total de las obras (según propuesta): \$39.609.908.983*

Administración, imprevistos y utilidad (AIU) (según propuesta):

Administración: 20.39%

Imprevistos: 10,16%

Utilidad: 14.62%

Total: 45.17%

Costo directo: $39.609.908.983/1.4517 = \$27.285.189.100$

Utilidad probable: $0.1462 \times 27.285.189.100 = \$3.989.094.646$

Valor febrero/2003, fecha de presentación de la propuesta.

Si el Tribunal considera aceptables jurídicamente las pretensiones del demandante a la anterior suma se debería agregar el costo del pliego y póliza de seriedad y honorarios en la preparación de la propuesta.

oficial, este requisito se entiende cumplido con el pago de los derechos correspondientes”- se destaca-

*Pliego de condiciones: \$15.450.000
Póliza de seriedad No. 71: \$14.527.770
Total: \$29.977.770*

*Honorarios y preparación: \$8.288.839,84
Copias y empaste: \$875.572
Total gastos presentación propuesta: \$39.142.181,84*

Pregunta 2:

Cuál proponente resultaría adjudicatario de la licitación de acuerdo a la aplicación de la fórmula contenida en el numeral 5.3.3.3 de los pliegos, a su vez modificado por el adendo 3, de haberse incluido el consorcio Transmilenio ACC.

Respuesta:

El numeral 5.3.3.3 de los pliegos y sus adendos modificatorios determinaron el procedimiento para la evaluación económica de los proponentes.

1.- Las reglas estipuladas en dicho numeral pueden resumirse en la siguiente forma:

a).- Para la evaluación se considerarán los valores y ajustados al peso de F1, F2 y F3 corregidos de los proponentes indicados en los anexos 2 A, 2B y 2C de los pliegos distribuyendo los puntos de la siguiente manera:

<i>F1</i>	<i>600 puntos</i>
<i>F2</i>	<i>200 puntos</i>
<i>F3</i>	<i>100 puntos</i>

Los factores de evaluación tienen el siguiente significado:

$F1 = F11 + F12 + F13$

F11 = Valor global de obras en construcción

F12 = Valor global ambiental y gestión social

F13 = Valor global mantenimiento

Los valores F11, F12, F13 no deben ser mayores que los valores correspondientes del presupuesto oficial que se anotan más adelante en el numeral 2.1 de este dictamen.

F2: factor de pago unitario para obras de construcción. Según se define en el numeral 4.11.2 modificado de los pliegos de condiciones. F2 no podrá ser superior a \$437.966.952.

F3: precio unitario promedio ponderado para obras de redes no podrá ser superior a \$108.648.532. Los precios unitarios de los ítems de obra de redes no podrá superar las especificaciones en el anexo 2C de los pliegos, ni ser inferior al 70% de los mismos.

b).- Se calculará la mediana de los factores F1, F2 y F3 de cada una de las propuestas, para cada uno de esos tres factores, siguiendo el método descrito en el numeral 3 de este dictamen.

c).- Las propuestas económicas que en los factores F1, F2, F3 se encuentren por debajo del 15% de las medianas respectivas serán rechazadas.

d).- Se ordenarán las propuestas en orden descendente empezando por la más baja respecto de la mediana a la que se le asignará el puntaje máximo de 600, 200 a 100 puntos según se trate de F1, F2 o F3.

e).- Los puntajes de las propuestas se asignarán según las fórmulas tratadas más adelante en el numeral 3 de este dictamen.

f).- Para determinar el puntaje total de cada propuesta es necesario tener en cuenta también la evaluación de cumplimiento y de la calidad ISO denominados factores F4 y F5.

El puntaje para F4 según los pliegos fluctúa entre 50 puntos cuando el proponente no ha sido sancionado hasta 0 puntos para sanciones superiores a \$900.000.000.

El puntaje F5 lo determinan los pliegos en 50 puntos para proponentes con certificado de calidad ISO y en 0 puntos para proponentes sin dicho certificado.

g).- Elección de la propuesta ganadora: dentro de las propuestas hábiles de acuerdo a los requisitos de los pliegos se considerará ganadora la que tenga el mayor puntaje según los procedimientos antes descritos.

2. Otros parámetros que inciden en la adjudicación

a).- Presupuesto oficial

Valor obras de construcción: 36.857.356.495
Valor ambiental y gestión social: 968.275.729
Valor redes: 971.886.687
Valor mantenimiento: 665.000.000
Fondo de composiciones: 2.267.280.359
Total: 41.729.799.270

b).- Capacidad residual de contratación

Deberá ser igual o superior a 200% del presupuesto oficial. Para consorcios se sumarán las capacidades residuales como constructor de cada integrante, pero estas deben ser por lo menos del 60% del exigido.

(..)

3.- Determinación del orden de elegibilidad

Con base en las reglas de juego mencionadas el (sic) puede proceder a elaborar la evaluación y calificación de las propuestas en la siguiente forma:

a).- *Evaluación del cumplimiento: según el resumen de la evaluación efectuada por el IDU se tiene que todas las 11 propuestas presentadas incluyendo la del Consorcio Transmilenio ACC merecieron la más alta calificación o sea 50 puntos.*

b).- *Evaluación de calidad*

Según puede verse en el resumen de evaluación mencionado en el párrafo anterior todas las propuestas obtuvieron el máximo puntaje por este concepto o sea 50 puntos a excepción del Consorcio CTO que fue calificado con 0 puntos.

c).- *Evaluación de la experiencia: los cuadros de evaluación de experiencia elaborados por el IDU certifican que los 11 proponentes tiene experiencia aceptable.*

d).- *Evaluación de capacidad residual de contratación: (..) el IDU consideró que las 11 propuestas estaban habilitadas por este concepto.*

e).- *Evaluación de capacidad financiera: la propuesta de Consorcio Vial Capital no fue considerada aceptable por el IDU. Las demás propuestas fueron aceptables por este concepto.*

f).- *Evaluación legal: la propuesta del Consorcio Transmilenio ACC fue rechazada por problemas, según el IDU, del certificado de existencia y representación de Conconcreto S.A. Este rechazo ocasionó la demanda.*

g).- *Cálculo de la mediana*

Como requisito previo a la determinación de la mediana, como elemento fundamental del cálculo de los puntajes de los proponentes, se estableció en los pliegos un sorteo mediante balotas y rangos para discernir sobre el número de veces que el presupuesto oficial debía figurar en el cálculo de la mediana. El resultado de dicho sorteo, cuyo resultado podría variar entre 0 y 3, fue de 3 veces.

El procedimiento para el cálculo de la mediana de F1, F2, F3 fue el siguiente:

- Se considerarán los valores corregidos de las propuestas hábiles y el presupuesto oficial el número de veces sorteadas.

- Se calcularán las medianas de F1, F2, F3 en forma independiente.

- Se ordenarán las propuestas económicas y el presupuesto oficial, el número de veces sorteado en forma descendente. Si el número de valores resultantes de la suma de las propuestas hábiles más el número de veces que quede incluido el presupuesto oficial es impar la mediana será el valor central, si es par será el promedio de dos valores centrales.

- Si el resultado de la suma anterior es impar se le asigna el máximo puntaje a aquella propuesta que se encuentre en el valor de la mediana. Si el número de valores es par se le asignará el puntaje máximo a la propuesta que se encuentre inmediatamente bajo la mediana para cada factor F1, F2, F3. Las demás propuestas obtendrán puntajes de acuerdo a las fórmulas siguientes:

$$1.- P = (1 - ABS (M-VX)) * PMAX$$

$$2.- P = (1 - ABS \frac{(N-VX)}{N}) * PMAX$$

Se usa la primera fórmula si el número de propuestas hábiles más el número de veces que se incluye el presupuesto oficial es impar. Se usa la segunda si el resultado es impar.

Teniendo en cuenta todos los factores y reglas del juego de los pliegos relacionados en los párrafos anteriores y asumiendo que el Tribunal considere habilitada jurídicamente la propuesta del Consorcio Transmilenio ACC se obtiene el cuadro de puntajes adjunto al final del presente escrito como anexo 1. El cuadro se ha ordenado en forma descendente según el factor f1 que es le de más peso.

El orden de elegibilidad para la adjudicación de la licitación al ser habilitada la propuesta de Consorcio Transmilenio ACC es:

1.- Consorcio Trasmilenio ACC	1000000
2.- Consorcio MVO	999999
3.- U.T. Américas	999997
4.- U.T. Metrocapital	999996
5.- U.T. Conciviles	999995
6.- CONALVIAS	999993
7.- Consorcio QCC Transmilenio	999992
8.- Consorcio AIA	999979
9.- Consorcio Crecer	999935
10.- Consorcio CTO	949640”.

La perito Ana Tulia Medina Cepeda fue relevada de su cargo y se dispuso abrir incidente de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia⁷. Esto, comoquiera que no rindió la aclaración y complementación requerida. En su reemplazo fue designado el ingeniero civil Valentín Castellanos Rubio (fl. 306 cuaderno 1).

El ingeniero Castellanos Rubio rindió la experticia (cuaderno 7). Se pronunció sobre la evaluación económica de las ofertas, el cálculo de los factores para cada uno de los proponentes habilitados, las simulaciones del sorteo, las respuestas al cuestionario formulado por el IDU y la sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., en calidad de litisconsorte.

El perito dio cuenta de haber consultado el pliego de condiciones y cada uno de sus anexos; la resolución de apertura de la licitación y el dictamen pericial rendido por la auxiliar de justicia Ana Tulia Mendieta Cepeda. Documentación que reposa en la actuación.

⁷ No se conoce la suerte del incidente, pues solo obra el auto que dispuso su apertura (cuaderno 7).

Una vez transcrito el adendo 3, relativo a la presentación y cálculo de la oferta económica y la mediana de los factores de evaluación F1, F2 y F3, junto con la asignación de puntajes, el experto trajo a colación la evaluación adelantada por la entidad respecto de cada proponente. Acto seguido se pronunció sobre el procedimiento de sorteo previsto en los adendos 3 y 4. Señaló:

“Para el caso de los proponentes estudiados como habilitados, se trata de diez (10) proponentes.

1).- Si la balota es cero, el número de proponentes totales será igual a diez (10) por cuanto el presupuesto oficial no interviene.

2).- Si la balota es uno, el número de proponentes totales será igual a once (11) por cuanto el presupuesto oficial interviene como un (1) proponente más.

3).- Si la balota es dos, el número de proponentes totales será igual a doce (12) por cuanto el presupuesto oficial interviene como dos (2) proponentes más.

4).- Si la balota es tres, el número de proponentes totales será igual a trece (13) por cuanto el presupuesto oficial interviene como tres (3) proponentes más”.

Con fundamento en las anteriores reglas, el perito simuló el procedimiento aplicable y calculó los valores de puntaje por cada proponente, para cada uno de los factores objeto de calificación. De esta forma, estableció un orden de elegibilidad, así:

Con balota cero, en el primer lugar figura CONALVÍAS S.A. con 999.9997 puntos, la U.T. Metrocapital II en tercer lugar con 999.9981 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC en cuarto lugar con 999.9932 puntos.

Con balota uno, la Unión Temporal Metrocapital II ocupó el primer lugar con 1000.000 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC el cuarto puesto con 999.9951 puntos.

Con la balota dos, la Unión Temporal Metrocapital II ocupó el primer lugar con 999.9998 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC el quinto puesto con 999.9951 puntos.

Con la balota tres, el Consorcio Transmilenio ACC ocupó el primer lugar con 1000.000 puntos y la Unión Temporal Metrocapital II el cuarto puesto con 999.9951.

En relación con las preguntas formuladas por el IDU, el perito respondió como sigue:

“Primera pregunta

El auxiliar de justicia deberá indicarle al despacho cuál proponente hubiese resultado ganador y/o adjudicatario del contrato, aun con la participación del Consorcio Transmilenio ACC, suponiendo que su propuesta haya sido aceptada, si la forma de determinar el número de veces que entra el presupuesto oficial en el cálculo de la mediana es algo incierto, pues depende del resultado de una balota escogida al azar por un representante escogido por los proponentes aceptados.

Respuesta

Con la intervención o no del Consorcio Transmilenio, la respuesta a la pregunta del abogado del IDU no puede ser única, porque como el mismo lo discierne la forma de determinar el número de veces que entra el presupuesto oficial en el cálculo de la mediana es algo incierto y esta es la mediana depende del resultado de una balota escogida por un representante de los proponentes, igualmente escogido al azar.

Por lo anterior, habría un portafolio de posibilidades que se ceñiría al número de balotas (4), al número de proponentes (10) y al cálculo par o impar de la mediana.

Por tanto, no habría una sola respuesta, sino cuatro respuestas, cada una calculada para cada situación de balota seleccionada.

Segunda pregunta

Cuál es la posibilidad de que el Consorcio Transmilenio ACC resultara adjudicatario del contrato de obra 063 de 2003, teniendo en cuenta el sistema de selección adoptado en el adendo 3 modificación 18 al numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones en donde interviene un elemento de azar.

Respuesta

De acuerdo con la respuesta anterior, los elementos de azar que intervienen son: el número de la balota y la presencia par o impar del número de proponentes.

Por lo preseñalado (sic) para el presente dictamen, con la intervención del Consorcio Transmilenio ACC habilitada técnicamente, el número de proponentes es diez (10) con una condición de posición preestablecida para cada proponente, que se va desplazando a medida que intervienen, cero, uno, dos o tres veces el presupuesto en el número par o impar de proponentes.

La posibilidad es que se pudieran dar cuatro (4) sorteos para balotas diferentes, con un proponente ganador para cada balota.

Por tanto, desde el punto de vista de las probabilidades se presenta la siguiente situación de certidumbre.

- Cada proponente tiene un 10% de probabilidad de salir adjudicatario en el evento licitatorio.*
- Cada número de balota incrementa el porcentaje de incertidumbre adjudicatorio en un 25%.*
- Los proponentes cuyo presupuesto de obra se encuentre ubicado hacia la zona de la mediana de las propuestas, tienen un incremento de un 25% de posibilidades de salir ganadores en el juego de las balotas.*
- Solo un proponente tiene la posibilidad del 50% de salir ganador en el juego de las balotas, sea la cero, la uno, la dos o la tres, para el caso estudiado de diez proponentes.*
- Ningún proponente puede alegar que puede salir ganador en el juez de selección de cualquiera de las cuatro balotas.*

Tercera pregunta

Indíquese de forma específica y clara que ocurriría en el evento en que el número de valores resultantes de la suma de las propuestas hábiles más el número de veces que quedaba incluido el presupuesto oficial para calcular los factores F1, F2 y F3 corresponderá a la balota 0, 1 o 2 y no a la 3 que finalmente salió al azar. Cuál proponente hubiera obtenido la adjudicación del contrato.

Respuesta del perito

<i>Número de balota seleccionado</i>	<i>Proponente ganador</i>
<i>Cero</i>	<i>CONALVÍAS S.A.</i>
<i>Uno</i>	<i>U.T. Metrocapital II</i>
<i>Dos</i>	<i>U.T. Metrocapital II</i>
<i>Tres</i>	<i>Consorcio Transmilenio ACC⁸</i>

(..)

Quinta pregunta

Bajo el sistema de selección adoptado en los pliegos de condiciones para este contrato, como puede determinarse si una propuesta es mejor que otra y por tanto ser elegida.

Respuesta

De acuerdo con el sistema de selección adoptado por el IDU, en los pliegos de condiciones y los adendos modificatorios, no puede llegar a

⁸ El perito anotó que este cálculo sería en el evento en que el consorcio demandante hubiese sido habilitado.

determinarse que una propuesta sea mejor que otra, sino que existen un número de propuestas que cumplen unas condiciones técnicas, económicas y legales que la califica para participar de un evento adjudicatorio en igualdad de condiciones, igualdad que está prevista desequilibrar a través de un sistema de azar llevado a efecto a través de balotas.

(..)

Séptima pregunta

Cuáles fueron los costos reales en que incurrió el Consorcio Transmilenio ACC en la presentación de su propuesta.

Respuesta

La presentación de la propuesta incluye costos económicos tales como: costo del pliego de licitación, póliza de seriedad y honorarios profesionales así:

Pliego de condiciones: \$15.450.000

Póliza seriedad: \$14.527.770

Total: \$29.977.770

Honorarios profesionales: \$8.288.840

Copias y empaste: \$875.572

Total costos presentación propuesta: \$39.142.182”.

El IDU presentó un escrito que denominó “*contradicción dictamen pericial*”. Enjuicio la respuesta del perito relacionada con las posibilidades de resultar favorecido, pues, en su sentir, las probabilidades no se reducían a cuatro, según el número de balotas, sino a diez que era la cantidad de ofertantes. De ahí la incertidumbre en la selección, de esa forma prevista en el pliego de condiciones, una vez establecido que los proponentes cumplían con las exigencias técnicas, económicas y financieras. Señaló, por tanto, que “*aumentarán las posibilidades de resultados diferentes en tanto crezca el número de proponentes habilitados con posibilidad de seleccionar una balota*” (fls. 324-326 cuaderno 1).

La parte actora, por su parte, dio cuenta de la presentación de la complementación del dictamen presentado por la perito Ana Tulia Mendieta Cepeda y lo confrontó con el elaborado por el señor Valentín Castellanos Rubio. Alegó que no se controvierte la forma de selección adoptada por la entidad en el pliego, esto es por balotas, sino el rechazo de la oferta, no obstante ser la mejor oferta. Concluyó que ambas experticias daban cuenta de que “*(..) después de realizado el procedimiento previsto en los pliegos como consecuencia del sorteo realizado en el cual la balota escogida fue la No. 3, el adjudicatario del contrato*

originado en la licitación pública debía ser el Consorcio Transmilenio ACC". Por último, solicitó considerar las conclusiones de la perito relevada y la de su reemplazo⁹ (fls. 327-331 cuaderno 1).

15. Dentro de los anexos allegados con la demanda se encuentra el relativo al cálculo de la utilidad esperada con la ejecución del contrato, así como lo atinente a la estimación de los ingresos y costos directos e indirectos del proyecto, realizado por la parte actora, en caso de que hubiese resultado favorecida con la adjudicación (cuaderno 3).

2.2. Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción. Caducidad de la acción

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consorcio Transmilenio ACC conformado por las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A. formuló demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU para que i) se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en la resolución n°. 2832 del día 3 de abril de 2003, por medio del cual se adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-089 de 2002, a la Unión Temporal Metrocapital II y ii) se condene a la demandada a pagar los perjuicios causados. Proceso al que fueron vinculados como litisconsortes necesarios los integrantes de la unión temporal adjudicataria. En el proceso solo compareció e intervino la sociedad H. Rojas Asociados Ltda.

De entrada se destaca que el consorcio demandante cuestiona la ilegalidad del acto de adjudicación, dentro del término legal previsto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A. Lo anterior, comoquiera que el contrato fue suscrito el 28 de abril de 2003 y la demanda de nulidad y restablecimiento radicada el 20 de mayo siguiente; de donde no acaeció la caducidad de la acción alegada como excepción por el IDU.

Empero, se advierte que en la demanda no se cuestiona el contrato de obra pública n.º 63 de 28 de abril de 2003, suscrito, como se advierte, con antelación a su presentación.

⁹ Mediante proveído de 21 de noviembre de 2008, el *a quo* dispuso que los argumentos de las partes en relación con el dictamen pericial serían tenidos en cuenta en la sentencia (fl. 337 cuaderno 1).

La parte demandante afirma en el traslado de las excepciones y en el recurso de alzada que acudió a la jurisdicción por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que desconocía la celebración del contrato.

En este sentido, debe destacarse que, en anterior pronunciamiento, la Sala resolvió de fondo una acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta oportunamente contra el acto de adjudicación, al margen de la nulidad del contrato. Igualmente se controvertía la diligencia para conocer la suscripción del contrato, lo que impuso analizar la controversia en aras del derecho al acceso a la justicia. Se señaló¹⁰:

“No obstante, no debe perderse de vista que para la fecha de presentación de la demanda, el actor no conocía que el contrato había sido celebrado, sin que se le pueda atribuir negligencia al respecto, puesto que los elementos de juicio dan cuenta sobre su petición, en relación con las actuaciones surtidas que tuvieron que ver con la adjudicación de la licitación n.º 3 de 1998, que la demandada no respondió, de modo que no dio cuenta sobre su suscripción y al tiempo se echa de menos el trámite relativo a la publicación en el diario oficial. Siendo así, es dable concluir que, de haber conocido su celebración, la pretensión anulatoria habría comprendido el contrato, pero, como no ocurrió así, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia¹¹, en el ámbito de la acción ejercida que tiene que ver con la nulidad del acto de adjudicación y, dada la facultad contenida en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., se impone analizar de fondo la cuestión, en cuanto atribuye al juez la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato, plenamente demostrada. Siempre que el proceso cuente con la participación de los contratantes o sus causahabientes, sin perjuicio, eso sí, de que los terceros con interés directo o el ministerio público estaban legitimados para invocarla¹², de modo

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, sentencia de 2 de febrero de 2014, exp. 27273. Decisión aprobada con salvamento de voto del consejero Danilo Rojas Betancourth.

[¹¹ Sentencia de 30 de agosto de 2007, Expediente 15451. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado Sección Tercera].

[¹² Sobre facultades del ministerio público auto de 27 de septiembre de 2012. Expediente n.º 44541. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Consejo de Estado Sección Tercera “4.7. Como corolario de lo anterior, el Ministerio Público refleja el ejercicio de una función constitucional, autónoma, independiente, cuyo objetivo ha sido el control de la actuación pública. Por consiguiente, su participación en los procesos judiciales y, concretamente en los de naturaleza contencioso administrativa, tiene como objetivo el ser garante de la legalidad en sentido material, la protección del patrimonio público en respeto del principio de primacía del interés general y la concreción o materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos como partes o sujetos procesales.

De modo que, lejos de ser considerada su participación como una coadyuvancia respecto de las partes, su intervención desborda la simple presentación o emisión del concepto al interior del proceso y, por lo tanto, supone una activa dinámica en la que el Procurador General de la Nación o sus delegados en una permanente dialéctica con el juez, las partes y los intervinientes sea el

que habrá de resolverse sobre la nulidad del acto previo demandado y del contrato” – se destaca.

De entrada se destaca que la demandante cuestiona la ilegalidad del acto de adjudicación, dentro del término legal previsto en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A.

Al respecto, es de anotar, que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que los actos previos a la celebración del contrato podían ser controvertidos, indistintamente, en ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación¹³. Inicialmente la Sala entendió que la norma involucraba a los actos previos¹⁴. En ese orden, los administrados, con interés directo –para el efecto los proponentes vencidos- o quienes en interés general pretendían preservar el ordenamiento, podían demandar la ilegalidad del acto de apertura del proceso licitatorio, del pliego de condiciones, del acto de adjudicación y aún del informe final de evaluaciones, sin inmiscuirse en la acción contractual. En suma, porque al tenor del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la gestión

encargado de velar por el respeto de los cánones constitucionales y legales, de la protección del erario, y de los derechos que son inherentes y esenciales a la persona.

Así las cosas, la intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo es principal y relevante, sin que sea posible limitar sus facultades por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, en razón a que este último lo que deberá verificar es que exista el interés en la respectiva actuación desplegada por el agente o el procurador respectivo, esto es, que el derecho o instrumento procesal que se esté ejerciendo –sin importar su naturaleza– sea procedente según la ley adjetiva y, de otro lado, que le asista interés en el mismo, lo cual se verificará a partir del análisis del contenido del acto procesal, pues tendrá que estar encaminado materialmente a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, independiente de la forma que lo rodee].

¹³ El artículo 32 de la Ley 446 de 1998, fijó en 30 días el término de caducidad para demandar los actos separables del contrato. Dispone la norma en su inciso 2º: “los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando está plenamente demostrada en el proceso. En todo caso dicha declaración solo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 7 de octubre de 1999, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610.

contractual de la administración, eran demandables en ejercicio de las acciones “de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso”.

Sin embargo, la misma Sala, con el propósito de precisar su alcance, encontró que solo podían impugnarse los actos precontractuales definitivos o que, en su lugar, impidieran continuar con el proceso de selección¹⁵.

Al tiempo entendió que la escogencia de la acción no se sujeta al arbitrio del demandante, sino al interés perseguido en el juicio y a los efectos de la sentencia, lo que comporta la consonancia de la aludida elección con los hechos y las pretensiones de la demanda. Lo anterior, porque no resulta razonable considerar que el legislador previó dos o más acciones para enjuiciar una misma actuación de la administración y en razón de que, cualquiera fuere la ejercida, el resultado sería el mismo. Al respecto, se sostuvo:

“Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte

¹⁵ Sentencia de 13 de junio de 2011. Expediente n.º 19336. Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Con salvamento de voto de la Dra Stella Conto Díaz del Castillo. “A mi juicio, la lectura textual del artículo 32 no deja duda alguna sobre la posibilidad de demandar las actuaciones efectuadas con anterioridad a la celebración del contrato mediante la acción pública de nulidad o mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De igual modo, resulta claro que tales acciones deben ejercerse dentro de un término fijado por el mismo artículo, que es de treinta (30) días contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación o publicación de dichos actos previos al contrato.

Ahora bien, cierto es que tanto la ley como la jurisprudencia del Consejo de Estado han dado virajes en relación con este punto. No obstante, en la sentencia C-1048 de 2001 la Corte Constitucional abordó la cuestión al decidir una demanda de inconstitucionalidad mediante la que se acusaron algunos segmentos del citado artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. En aquella ocasión la Corte estimo indispensable establecer dos asuntos. En primer término, si la norma acusada tenía el efecto que el actor había establecido en el escrito de demanda, a saber, “si la celebración del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad de la acción”. Consideró la Corte que de ser cierto lo anterior, entonces era necesario precisar un segundo aspecto, es decir, si con la extinción anticipada del término de caducidad de la acción se habían vulnerado “los principios y derechos de rango constitucional que el actor mencionó”. Para tales efectos, encontró la Corporación conveniente estudiar la naturaleza jurídica de los actos separables así como examinar si la eventualidad de que fuesen demandados con independencia del contrato dichos actos era una exigencia que emanaba de la Constitución y hasta que término y bajo qué circunstancias debía extenderse la posibilidad de ejercer una demanda autónoma”.

que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.

Un correcto entendimiento del alcance de la expresión “según el caso”, ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa.

No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción.

Así, el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos –generales o particulares- que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

Y esa regla no sufrió variación en el inciso segundo que se adicionó al artículo 87 del C.C.A., para establecer las acciones a través de las cuales es posible el enjuiciamiento de los actos precontractuales. Es decir el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones, según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación”.

En la misma oportunidad, la Sala vislumbró que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 amplió el control de los actos separables o precontractuales, contrario al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que lo limitó al acto de adjudicación. Al tiempo concluyó que éste solo podía ser enjuiciado por quien demuestre un interés legítimo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del mismo término.

Señala la norma:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.

Se consideró en la sentencia:

“La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección¹⁶, sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.

Contrario sensu, cuando el acto precontractual, además de su carácter de definitivo acusa la vulneración a una persona determinada, de un derecho amparado en una norma, el caso determinará el contencioso subjetivo como el medio de control judicial idóneo para enjuiciar su legalidad y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

Y ello por cuanto el acto de adjudicación puede llevar consigo la vulneración a sujetos determinados, los participantes en el proceso licitatorio incluida la entidad estatal contratante, de un derecho amparado en una norma, lo cual excluye su control por la vía del contencioso objetivo, dado que al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación.

(...)

En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados

¹⁶ *El control judicial de los actos administrativos está circunscrito a los que tengan el carácter de definitivos, actos éstos que corresponden a aquellos a través de los cuales se ha puesto fin a una actuación administrativa o a aquellos que constituyendo una actuación en principio de trámite, se erigen en definitivos en la medida en que impiden la culminación normal del procedimiento a través de una decisión contenida en el acto principal, según lo tiene establecido el inciso final del artículo 50 del C. C.A.*

con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado.

El acto de adjudicación, conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa.

La claridad de los textos legales arriba referidos impide interpretar que se puedan cuestionar todos los actos separables con independencia de los efectos que produzca la nulidad del acto e intentar así tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación. El contencioso de simple legalidad en materia de actos precontractuales es viable en otras situaciones, como es la adopción de los pliegos de condiciones o el acto de autorización de los concejos o asambleas –según el caso- a los alcaldes y gobernadores para celebrar contratos”.

Bajo esa misma línea, cabe precisar que, acorde con el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, las acciones instauradas en contra del proceso licitatorio, no interrumpen la celebración y ejecución del contrato¹⁷ y la ilegalidad de los actos previos podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, ya fuere por el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo en los resultados del proceso.

Aunado a lo expuesto, esta Corporación ha considerado que la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A. i) sustrajo la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses, previsto en el artículo 136 del C. C. A. para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues estableció uno especial de treinta días contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto y ii) precisó lo relativo al término para intentar la acción contractual, en cuanto podrá intentarse dentro de los dos años siguientes, por las partes, por el ministerio público o por el proponente vencido, sin perjuicio de la oportunidad para instaurar la acción de restablecimiento -30 días-¹⁸.

Lo último, porque no resulta acorde con el ordenamiento superior privar a los interesados de su derecho de acceso a la justicia, para definir aspectos de la actividad contractual que les interesa, en razón de que otros celebraron el

¹⁷ Aparte declarado exequible. Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 20 de 2001, exp. 9807. M.P. Ricardo Hoyos Duque y autos rad(s) 16549 y 16602 M.P.(s) Jesús María Carrillo Ballesteros y María Helena Giraldo Gómez.

contrato, comoquiera que el derecho a ejercer control sobre los actos de la administración no puede sujetarse a la voluntad negocial de la entidad y del adjudicatario; lo que daría lugar incluso a que se apresure la suscripción del contrato, privando así a los interesados de un derecho fundamental. En otras palabras, tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción le sigue, son susceptibles de ser enjuiciados por quien tiene un interés directo en uno y otro, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales, reconocida por el legislador al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato¹⁹.

En consecuencia, la vía procesal, en procura de obtener tanto la nulidad de los actos previos como la absoluta del contrato, es la acción contractual y aunque el texto del artículo 87 del C.C.A. da lugar a sostener que, una vez celebrado el contrato, *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”*, esta Sala ha prohijado la tesis acogida por la doctrina a cuyo tenor las pretensiones pueden acumularse, dado que la existencia de un vicio en los actos previos puede dar lugar a la nulidad del contrato, siempre que este se hubiere demandado.

Se señala al respecto:

“En las controversias que giren en torno a los actos previos dictados en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato no será necesario demandar éste, aunque nada se opone [a] que la pretensión anulatoria de aquellos se acumule con la de nulidad absoluta de dicho contrato (parágrafo art. 77, ley 80); como también se estima viable la acumulación de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación con la de nulidad del contrato, aunque formalmente parezca indebida, porque en tal hipótesis la acción principal, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del consejo de Estado, será la última, ya que la primera, en el fondo, no será otra cosa que el supuesto para la formulación de la aludida pretensión anulatoria del convenio. En este mismo sentido se ha dicho que podrá pedirse directamente la nulidad del contrato alegando esas irregularidades o ilegalidades en el acto de adjudicación o en el proceso selectivo previo, sin que tenga que pedirse expresamente la nulidad de estos extremos”²⁰.

En ese orden, el tercero que acredite un interés directo está legitimado para demandar la nulidad de los actos previos, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 y al

¹⁹ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 30 de abril de 2012. Expediente 21571. Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora, 7ª ed., 2009. pgs. 350 y 351*].

mismo tiempo pretender la nulidad del contrato, según se desprende de los términos de la norma legal en cita, prevista para proteger a quienes participan en los procesos de selección, cuyos derechos pueden resultar vulnerados con ocasión de las decisiones que la administración adopta en la etapa precontractual. En consecuencia, no hay duda de que, una vez celebrado el contrato, el proponente vencido podrá solicitar, tanto la nulidad de los actos previos como la del contrato, en ejercicio de la acción contractual y concretar allí mismo sus aspiraciones económicas a título de restablecimiento del derecho. Esto último en los treinta días, contados a partir de la comunicación, publicación o notificación del acto.

La Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2010, se pronunció en estos términos:²¹

“En efecto, se observa que la Ley 446 de 1998 introdujo importantes variaciones al régimen de las acciones procedentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia contractual, por cuanto estableció, en relación con los actos precontractuales, es decir aquellos proferidos antes de la celebración del contrato, que los mismos son demandables “(...) mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”, a lo cual añadió dicha norma legal que la interposición de estas acciones no interrumpe el procedimiento administrativo de licitación ni la celebración y ejecución del contrato; así mismo, agregó la disposición en cita, que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

(...)

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia²² mediante la interpretación armónica

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente n.º16540. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²² Constitución Política, Art. 229.- “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”].

de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual **o una vez celebrado el contrato** –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de la posibilidad de cuestionar judicialmente su validez.

(...)

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece

autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante”.

En el caso sometido a consideración de la Sala, aunque la Sala encuentra que dentro de los treinta días previstos por la norma, las sociedades Conconcreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC, en calidad de terceros con interés, ejercieron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con miras a obtener la nulidad del acto administrativo, contenido en la resolución n.º 2832 de 3 de abril de 2003, por medio del cual se adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-089-2002 a la Unión Temporal Metrocapital II y, como consecuencia, acceder al restablecimiento; empero no cuestionó el contrato de obra n.º 063 de 2003, suscrito con antelación a la presentación de la demanda, por lo que en principio podría sostenerse que la sentencia impugnada tendría que confirmarse, en tanto la pretensión anulatoria no comprende el contrato, sino que se limita al acto de adjudicación.

No obstante, no debe perderse de vista que para la fecha de presentación de la demanda -20 de mayo de 2003-, no se conocía sobre la celebración del contrato. Esto es así porque ningún elemento de prueba se aportó para evidenciar dicho conocimiento, siendo necesario, dado que a la suscripción solo concurrieron y fueron convocadas las partes, esto es el IDU y el Consorcio adjudicatario. Aunado a lo expuesto, la demanda no evidencia que la actora conocía sobre la celebración, en cuanto así lo revela el libelo.

Se destaca la relación de las pruebas y anexos allegados con la contestación de la demanda:

“Pruebas

Solicito al H. Tribunal decretar y tener como pruebas las siguientes:

Documentales: las siguientes pruebas documentales se presumirán auténticas de conformidad con lo dispuesto en el Art. 11 de la Ley 446/98, así:

Para demostrar las afirmaciones que se han hecho en este escrito, me permito solicitar a los señores magistrados tener en consideración las siguientes pruebas:

- Las aportadas y solicitadas por la parte demandante.*
- Acuerdo 19 de 1972*
- Pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-DTC-089-2002.*
- Resolución de apertura*
- Acta de audiencia de aclaraciones*
- Propuesta presentada por el Consorcio Crecer*
- Respuesta a las aclaraciones*
- Propuesta presentada por el Consorcio Transmilenio ACC*
- Documento de observaciones formulado el (sic) Consorcio Transmilenio ACC*
- Resolución de adjudicación*
- Anexo No. 1 respuesta a las observaciones*
- Acta de audiencia de adjudicación” (fl. 150 c-1).*

Y, en los anexos se anunció:

- “1.- Lo anunciado en el acápite de pruebas*
- 2.- poder legalmente otorgado*
- 3.- Copia auténtica de la resolución 054 del 30 de enero de 1989 de la Dirección Ejecutiva del IDU.*
- 4.- Copia auténtica de la resolución 083 de 13 de diciembre de 1988 de la Junta Directiva del IDU.*
- 5.- Copia auténtica de la resolución 0163 de 24 de febrero de 1999 de la Dirección Ejecutiva del IDU.*
- 6.- Copia auténtica de la resolución 476 de 31 de agosto de 1995.*
- 7.- Copia del acta de posesión y constancia como Director Técnico Legal del IDU” (fl. 151 c-1).*

En el acápite de pruebas del libelo tampoco se hizo referencia al contrato –se destaca-:

“Pruebas

Con el objeto de probar todos y cada uno de los hechos de la demanda, atentamente solicito se decreten, practiquen y se tengan como tales las siguientes:

Documentales

- 1.- Todos los documentos que se acompañan con la demanda y que están debidamente relacionados en el acápite de anexos.*
- 2.- Que por la Secretaría del H. Tribunal se oficie al IDU para que remita con destino a este proceso copia autenticada de todos y cada uno de los*

documentos producidos durante la licitación IDU-LP-DTC-089-2002 que reposan en esa entidad, dentro de los cuales deberán remitirse entre otros los siguientes:

2.1.- Copia debidamente autenticada del pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-DTC-089-2002 con sus correspondientes adendos.

2.2.- Copia debidamente autenticada del acta de audiencia pública de la adjudicación.

2.3.- Copia debidamente autenticada de la comunicación calendada el 3 de marzo de 2003 y radicada bajo el número IDU 028496 STLC-6300, suscrita por al (sic) Directora Técnica de Licitaciones y Concursos y dirigida al representante legal del Consorcio Crecer.

2.4.- Cinta de video de la audiencia pública de adjudicación de la licitación.

3.- Que igualmente por la Secretaría se oficie al IDU para que remita con destino a este proceso:

3.1.- Copia debidamente autenticada del oficio del IDU calendado el 20 de febrero de 2003 (..).

3.2.- Copia del oficio radicado en la oficina bajo el número 015257 que responde a la comunicación del 20 de febrero de 2003 (..).

4.- Que por Secretaría se oficie al Concejo Distrital de Bogotá para que remita con destino a este proceso:

4.1.- Copia auténtica del Acuerdo Distrital No. 19 de 1972 de creación del IDU”.

Y, en los anexos del libelo se adjuntó:

“1.- Convenio constitutivo del Consorcio Transmilenio ACC.

2.- Memoriales poder otorgados por los representantes legales de las sociedades que conforman el consorcio (..).

3.- Certificados de existencia y representación de las sociedades (..).

4.- Copia auténtica de la resolución 2832 de 3 de abril de 2003, que es el acto acusado.

5.- Copia auténtica de la oferta del Consorcio Transmilenio ACC y sus anexos.

6.- Copia auténtica de los informes de evaluación, inicial y final, de las propuestas.

7.- Cuadro explicativo de la utilidad esperada por el contratista.

8.- Copia simple de la comunicación de 3 de marzo de 2003 (..).

9.- Copia simple del oficio del IDU de 20 de febrero de 2003 (..).

10.- *Copia simple del oficio que responde a la comunicación de 20 de febrero de 2003 (..).*

11.- *Cinta de video de la audiencia pública de adjudicación.*

12.- *Copia simple del acuerdo distrital 19 de 1972 de creación del IDU” (fls. 116-117 cuaderno 1).*

Es de anotar que el IDU tampoco adjuntó el contrato y que la copia que obra en el expediente fue allegada una de las sociedades que integró la unión temporal adjudicataria, H. Rojas y Asociados Ltda. (fl. 283 cuaderno 1).

Cabe advertir al respecto que, si bien el IDU alegó ineptitud de la demanda, lo hizo en la medida en que, para el momento de la contestación, no se había ordenado la comparecencia de la Unión Temporal Metrocapital II. En este orden, sostuvo que *“(..) la no citación al proceso de la adjudicataria configura la inepta demanda y la imposibilidad del juez para pronunciarse sobre cuál fue la mejor propuesta y mucho menos sobre la nulidad del contrato que en un momento dado pudiera considerarse de oficio”* (fl. 150 cuaderno 1).

Fue en la excepción de caducidad de la acción que, con fundamento en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la entidad alegó que *“(..) las causales de nulidad de que adolece el acto solamente podrán invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato que es otra acción a la que deben recurrir los interesados en demandar el contrato que dejaron vencer el término inicialmente concedido”*.

Sin perjuicio de lo anterior, se insiste en que ningún elemento probatorio da cuenta del conocimiento de la suscripción del contrato, más allá de las partes. Esto es, se echa de menos el trámite relativo a la publicación en el diario oficial, lo que de suyo hace de la celebración del contrato un acto inoponible a terceros.

En los términos del párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, *“(..) perfeccionado el contrato, se solicitará su publicación en el Diario Oficial o Gaceta Oficial correspondiente a la respectiva entidad territorial, o a falta de dicho medio, por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, **que permita a los habitantes conocer su contenido.** Cuando se utilice un medio de divulgación oficial, éste requisito se entiende cumplido con el pago de los derechos correspondientes”* (negrillas y subrayas fuera de texto).

Tal conocimiento no se evidencia ni de las pruebas allegadas con el libelo, tampoco de los argumentos esgrimidos por la parte actora en el transcurso del proceso. La posición de la demandante se ha mantenido. En ningún momento controvertió la legalidad del contrato y, conocida la excepción, fue enfática en señalar que, para la fecha de la presentación de la demanda, no conocía de su celebración (fl. 166 cuaderno 1). Y, en la alzada insistió en ello (fl. 436 cuaderno ppal.).

Siendo así, es dable concluir que, de haberlo conocido, la pretensión anulatoria habría comprendido el contrato, pero, como no ocurrió así, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia²³, en el ámbito de la acción ejercida que tiene que ver con la nulidad del acto de adjudicación y, dada la facultad contenida en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A., se impone analizar de fondo la cuestión, en cuanto atribuye al juez la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta del contrato, plenamente demostrada. Siempre que el proceso cuente con la participación de los contratantes o sus causahabientes, sin perjuicio, eso sí, de que los terceros con interés directo o el ministerio público estaban legitimados para invocarla²⁴, de modo que habrá de resolverse sobre la nulidad del

²³ Sentencia de 30 de agosto de 2007, exp. 15451. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Consejo de Estado Sección Tercera.

²⁴ Sobre facultades del Ministerio Público el auto de 27 de septiembre de 2012, exp. n.º 44541. Consejero Ponente Enrique Gil Botero: “4.7. Como corolario de lo anterior, el Ministerio Público refleja el ejercicio de una función constitucional, autónoma, independiente, cuyo objetivo ha sido el control de la actuación pública. Por consiguiente, su participación en los procesos judiciales y, concretamente en los de naturaleza contencioso administrativa, tiene como objetivo el ser garante de la legalidad en sentido material, la protección del patrimonio público en respeto del principio de primacía del interés general y la concreción o materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos como partes o sujetos procesales.

De modo que, lejos de ser considerada su participación como una coadyuvancia respecto de las partes, su intervención desborda la simple presentación o emisión del concepto al interior del proceso y, por lo tanto, supone una activa dinámica en la que el Procurador General de la Nación o sus delegados en una permanente dialéctica con el juez, las partes y los intervinientes sea el encargado de velar por el respeto de los cánones constitucionales y legales, de la protección del erario, y de los derechos que son inherentes y esenciales a la persona.

Así las cosas, la intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo es principal y relevante, sin que sea posible limitar sus facultades por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, en razón a que este último lo que deberá verificar es que exista el interés en la respectiva actuación desplegada por el agente o el procurador respectivo, esto es, que el derecho o instrumento procesal que se esté ejerciendo –sin importar su naturaleza– sea procedente según la ley adjetiva y, de otro lado, que le asista interés en el mismo, lo cual se verificará a partir del análisis del contenido del acto procesal, pues tendrá que estar encaminado materialmente a la

acto previo demandado y, en caso de probarse la ilegalidad del acto y el derecho del tercero a ser el adjudicatario de la licitación, procederá analizar la injerencia de la decisión en la validez del contrato.

2.3. Régimen jurídico aplicable

De entrada precisa señalar que el régimen contractual del proceso de selección en estudio corresponde al contenido en la Ley 80 de 1993, norma vigente para el 18 de diciembre de 2002, fecha para la cual se abrió la Licitación Pública n.º licitación pública n.º. IDU-LP-DTC-089-2002, a través de la resolución n.º 12411; además, esa es la normatividad aplicable en tratándose de una entidad estatal como lo es el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-. Además, en lo no regulado por el estatuto en mención, deberá acudirse a las disposiciones comerciales y civiles en la materia.

2.4. Nulidad de la adjudicación y del contrato. Requisitos habilitantes y de comparación de oferta

Las sociedades Conconcreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC solicitan que se declare la nulidad de la resolución n.º. 2832 de 3 de abril de 2003, por medio de la cual se adjudicó el contrato de obra para la construcción de la Estación de Cabecera y el Patio (garaje) de la troncal Américas, para el sistema de transporte masivo Transmilenio de la ciudad de Bogotá D.C., a la Unión Temporal Metrocapital II. Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita condenar al pago de los perjuicios causados.

La entidad demandada, por su parte, defendió la legalidad de su actuación y se opuso a la prosperidad de las súplicas. Se atuvo a lo demostrado en el proceso; empero, en todo caso, señaló que la propuesta presentada por el demandante no podía ser considerada elegible, dado que no cumplía con los requisitos de participación señalados en los numerales 3.1 a 3.6 del pliego de condiciones, entre los que se comprendía la acreditación de la existencia y representación legal y la capacidad del representante, para la presentación de la propuesta y la

defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, independiente de la forma que lo rodee”.

suscripción del contrato. De esta forma, aseguró que las inconsistencias no eran subsanables y que la oferta del Consorcio Transmilenio ACC no era la mejor.

El acto administrativo entendido como manifestación de la voluntad de la administración con miras a producir efectos jurídicos, goza de presunción de legalidad y conformidad con el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos, lo que se traduce en entender que fue expedido en el ejercicio de competencias previamente conferidas, sujeto a las normas constitucionales y legales que rigen la materia, fundado en el cumplimiento de las funciones previstas en la ley y conforme con la realización de los fines institucionales de que se trata.

De esta forma, el inciso segundo del artículo 4º de la Constitución Política establece que *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*. Así mismo, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo²⁵ prevé que *“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

En armonía con lo expuesto, puede afirmarse que, salvo que se demuestre lo contrario, las actuaciones de la administración responden a las reglas y respetan las normas que enmarcan su ejercicio, presunción necesaria para su exigibilidad e inmediata aplicación, que impone a quien pretende controvertirla la carga de desvirtuar la validez que las acompaña, como sucede en el *sub lite*, pues corresponde a la parte actora que lo plantea demostrar los cargos aducidos en su contra.

Dispone el artículo 84 del C.C.A. que toda persona podrá solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de las decisiones de la administración *“(.) cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”* (negritas fuera de texto).

²⁵ Hoy retomado por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, a cuyo tenor *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

La parte actora alega que el acto acusado desconoció los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva, en la medida en que la entidad rechazó su oferta fundada en la ausencia de un requisito habilitante, no necesario para la comparación de las propuestas, como aconteció con el certificado de existencia y representación de uno de los integrantes del Consorcio Transmilenio ACC, a quien, además, no se le permitió subsanar. Aseguró que el IDU no lo requirió; empero sí lo hizo respecto de otro proponente, en relación con el mismo documento, para luego habilitarlo. Sostuvo, de igual forma, que su oferta ocupaba el primer orden de elegibilidad, por ser la más favorable a los intereses de la entidad (fls. 18-60 cuaderno 1).

Las pruebas que reposan en la actuación dan cuenta del actuar irregular de la administración en el rechazo de su propuesta. Esto, en la medida en que la decisión se fundó en que la sociedad Conconcreto S.A. no acreditó la existencia y representación legal de su sucursal en Bogotá, tampoco la capacidad de contratación de quien fungía como representante. Documentos no necesarios para la comparación de ofertas, en cuanto habilitan la propuesta y de ahí su carácter subsanable. Por tanto, la entidad no podía, como lo hizo, rechazar el ofrecimiento.

Aunado a lo anterior, revisado el contenido de la oferta del Consorcio Transmilenio ACC, se observa que, si bien fueron aportados los certificados de existencia y representación de las sociedades Agregados Garantizados del Norte S.A. y Conconcreto S.A., última respecto de la cual el certificado hace referencia a la casa o sede principal, esto es la ubicada en Itagüí (fls. 18-38 cuaderno 6) y se allegó el Registro Único de Proponentes de ambos integrantes del consorcio; empero, respecto de Conconcreto S.A., solo referido a la sede principal (fls. 54-84 cuaderno 6), la Sala comparte el argumento de la parte actora, en el sentido de establecer que *“no son personas jurídicas independientes”, “tampoco existen registros únicos de proponentes como sucursales tenga una sociedad, ya que lo que el mismo busca es precisamente un manejo centralizado y único”*.

Es de anotar que, contrario a lo que adujo el IDU, el hecho de que no se hubiera aportado el certificado de existencia y representación de uno de los integrantes del proponente, en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona moral como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 señala que tienen capacidad para contratar las personas legalmente capaces conforme a las disposiciones vigentes, los consorcios y las uniones temporales. La norma indica, además, que las sociedades nacionales y extranjeras deben acreditar que su duración no sea inferior a la del plazo del contrato y un año más.

Esta preceptiva debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 8 de la misma Ley 80 y con las demás normas²⁶ que contemplan restricciones para contratar con el Estado (inhabilidades e incompatibilidades), las cuales se hallan instituidas para preservar el principio de la moralidad administrativa.

Asimismo, quien aspire contratar con el Estado debe estar inscrito en el RUP, salvo las excepciones que el ordenamiento jurídico consagra.

En suma, toda persona legalmente capaz o sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le ha otorgado la posibilidad de celebrar contratos con el Estado, que no se halle incurso en la causales de inhabilidad o de incompatibilidad que el ordenamiento jurídico prevé y que se halle inscrita en el RUP (en los casos en los que lo requiere el ordenamiento jurídico), tiene capacidad jurídica para participar en los procesos de selección y eventualmente para contratar con el Estado.

Con todo, si la entidad pública tenía dudas, debió otorgar la posibilidad de subsanar y aportar el documento que se echaba de menos, en la oportunidad prevista por los numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; pero, como no lo hizo, soslayó el debido proceso administrativo consagrado y amparado por el artículo 29 de la Constitución, razón por la cual el acto administrativo cuestionado surgió viciado de nulidad.

En ese sentido, el debido proceso proscribe las decisiones de plano, es decir, sin fórmula de juicio o con pretermisión de alguna de las etapas del procedimiento definido por la ley, porque esto atenta contra el legítimo derecho que le asiste al administrado de participar, en los momentos oportunos, para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate.

²⁶ Como la Ley 610 de 2000, la Ley 828 de 2003, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1150 de 2007, que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Las leyes enunciadas, a excepción de la primera, no se hallaban vigentes para la fecha del proceso de selección sub júdice.

En este caso, se estructura la violación del mencionado derecho fundamental, porque, como se dijo, no se dio la posibilidad a la parte demandante de que, en la etapa procesal prevista por los citados numerales 7 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara o explicara el contenido del documento respecto del cual tenía dudas y mucho menos se le dio la oportunidad de que, en últimas, lo subsanara por ratificación.

El Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- pasó por alto que la capacidad de existencia y representación legal del proponente no constituye un requisito de comparación, en los términos del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. La entidad demandada, sin mayor análisis, rechazó la propuesta por una cuestión meramente formal.

En el marco de la actividad contractual, el principio de transparencia tiene distintas manifestaciones que, por cierto, han sido decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: (i) los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y (ii) las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista (artículos 24, numeral 5, literales a y b y 29 de la Ley 80 de 1993).

Surge de dichas preceptivas una primera distinción entre los requisitos que miran las condiciones de los oferentes, denominados requisitos habilitantes y los que califican la propuesta (no al proponente), llamados factores de escogencia, por cierto únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación.

El inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época del proceso de selección en estudio²⁷, disponía:

“Del principio de economía. En virtud de este principio (...):

²⁷ El inciso segundo fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

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

De ahí que, en cuanto a los requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, la entidad puede y debe solicitarlos, permitiendo al proponente subsanar y defenderse, luego de la evaluación, resulta improcedente el rechazo de la propuesta que no cuente con los requisitos habilitantes, en la medida en que son subsanables, dado que nada tienen que ver con la asignación de puntaje.

Para resolver la litis, la Sala considera pertinente traer a colación algunos pronunciamientos relacionados con la posibilidad de subsanar la oferta particularmente, lo relacionado con los requisitos habilitantes.

En sentencia de 26 de febrero de 2014²⁸, la Subsección C interpretó el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, referido a la posibilidad que tienen los proponentes para subsanar, aclarar o explicar los errores en que incurrieron en la oferta, distinguiendo entre los que habilitan para participar y los que, una vez corregidos, permiten otorgar puntaje. Distinguió entre los requisitos formales y los sustanciales para el proceso de selección y la selección objetiva de la propuesta más favorable a los intereses de la entidad. Hizo referencia a la prelación del derecho sustancial sobre el procedimental y al debido proceso administrativo, esto es, a la oportunidad que tienen los proponentes para conocer la evaluación, controvertirla y presentar observaciones, con miras a subsanar, sin que dé lugar a mejorar el ofrecimiento.

Sobre el particular, se transcribe *in extenso* las consideraciones tenidas en cuenta en la providencia señalada:

“Como punto de partida, la Sala recuerda que en el tema propuesto se presentó una ruptura ideológica entre los estatutos contractuales anteriores a la Ley 80 de 1993 (Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983) y el régimen que impuso ésta. La diferencia consistió en que antes de 1993 era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrieron, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones, porque en esa época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, que sacrificó lo esencial o sustancial de las ofertas por lo procedimental.

²⁸ Exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplían algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc. De esta manera, sucedió que muchas ofertas técnicas y económicas extraordinarias fueron rechazadas por obviar exigencias sustanciales del negocio; pero también por no cumplir aspectos adjetivos, que en nada incidían en la comparación de las ofertas y en general en el negocio jurídico potencial.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental²⁹, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa³⁰. Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades–, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado.

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

²⁹ Cita original: “Art. 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

³⁰ Cita original: “Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

i) 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.

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

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 subsanarla, para luego admitirla y evaluarla”** (se destaca).

En sentencia de 12 de noviembre de 2014³¹, la Subsección A, al explicar el alcance de la subsanación de los requisitos habilitantes, señaló:

“Del principio de transparencia surge el deber de selección objetiva que, para la fecha en la cual fue adelantado el proceso de selección sub – júdece, se hallaba consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

A la luz de la citada normatividad, el deber de selección objetiva se concretaba cuando: (i) la escogencia del contratista y, por ende, la adjudicación del contrato se realizaba al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella perseguía (satisfacción del interés público), sin tener en consideración motivaciones de orden subjetivo, verbigracia, razones afectivas o de intereses personales, (ii) el ofrecimiento más favorable era aquel que resultaba ser el más ventajoso para la entidad, luego de realizar la ponderación precisa, detallada y completa de los factores de escogencia previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tales como el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos, los plazos y el precio y (iii) la favorabilidad sólo podía ser determinada con fundamento en todos los factores previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia y no sólo con algunos de ellos, como el menor precio ofrecido o el plazo más reducido.

El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último conservó el criterio general que informa el deber de selección objetiva, esto es, que la escogencia se realice a la oferta más

³¹ M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 29855.

favorable a la entidad pública y a los intereses que ella busca, desprovisto de razones de afecto o de interés particular y, en general, de cualquier consideración subjetiva, el legislador modificó las formas de concreción del mencionado deber para hacer más específicos los postulados que garantizan su cumplimiento.

Bajo esta óptica, el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados³², (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia³³), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.

La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados.

Lo anterior constituye una manifestación de los principios de igualdad y de la libre concurrencia que se deriva de aquél, pues garantiza que todas las personas que reúnan ciertas condiciones mínimas (adecuadas y proporcionales) señaladas en el pliego puedan participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, al margen de que algunos de los oferentes gocen de mayor capacidad de contratación, de mayor fortaleza financiera (mejores índices de liquidez, menores índices de endeudamiento y mayor cobertura de intereses) o de mayor experiencia, pues lo que determina quién será el vencedor del proceso será el que tenga la mejor oferta, es decir, la que resulte mejor calificada en los factores ponderables. Para lo anterior, la norma señala que la entidad estatal efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello, sin que los requisitos habilitantes puedan

^[32] *Específicamente, se hace alusión al requisito de experiencia que en los procesos de selección de consultores (concurso de méritos con y sin precalificación) puede ser objeto de calificación, pues en estos casos la materia de proceso es la escogencia de un contratista con específicos conocimientos técnicos en relación con una determinada disciplina y en estos casos la experiencia juega un papel fundamental para su selección].*

^[33] *Selección abreviada por subasta inversa, para la compra de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización].*

otorgar puntaje, salvo en algunos procesos de selección, como se anotó párrafos atrás.

Ahora bien, en virtud del principio de economía, el artículo 25 (numeral 15) de la Ley 80 de 1993 previó que las autoridades no pueden exigir "... sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo que en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales" y añadió que "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"(subraya fuera del texto).

Esta última parte de la norma fue adicionada por el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que "... 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..."³⁴, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado³⁵, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), "... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc. ..." ³⁶ (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

[³⁴ Sin embargo, el enunciado que trae la norma no significa que los oferentes puedan subsanar las falencias en cualquier momento. Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta la adjudicación (salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un término prudencial para que el oferente allegue los documentos solicitados; pero, si la falencia es detectada en la audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que indique la entidad].

[³⁵ Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas].

[³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25804].

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado.

No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.

En sentencia del 13 de noviembre de 2014³⁷, la Subsección B señaló que no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo. Así mismo, se distinguió entre requisitos habilitantes y de calificación de ofertas. Se destaca-:

*“20. Así mismo, deben tener en consideración **la posibilidad de requerir a los proponentes para que aporten aquellos requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, cuya ausencia, según el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ‘(...) no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos’,** norma que se debe interpretar en consonancia con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 30 de la misma ley, que permite a las entidades licitantes ‘solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’ durante el término para la evaluación; y con el numeral 8º del artículo 30, que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas, facultad en ejercicio de la cual ‘(...) los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus*

³⁷ M.P. Danilo Rojas Betancourt, exp. 27896.

propuestas'³⁸. En relación con el referido numeral 7º, ha dicho la jurisprudencia:

“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 esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista;** así para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

“En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué ‘solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?³⁹”

“21. Y en relación con el numeral 8º, manifestó la misma providencia:

“La etapa de ‘observaciones al informe de evaluación’ corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

[³⁸ “Art. 25. En virtud de este principio –el de economía–: (...) 15. (...) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

(...) Art. 30. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...) 8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”].

[³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25804, C.P. Enrique Gil Botero].

“Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o añadiría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía-, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

*“En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que **no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido ‘era o no necesario para la comparación de las propuestas’.***

*“22. De acuerdo con lo anterior, **no cabe duda de que aún a la luz de las normas de la Ley 80 de 1993 -antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007-, existen requisitos y exigencias que se hacen en el pliego de condiciones que no son indispensables para la comparación de las ofertas y que por lo tanto, frente a su deficiencia, pueden ser subsanados a solicitud de la entidad**⁴⁰.*

[⁴⁰ Al respecto, si bien el presente caso no se rige por la Ley 1150 de 2007, puesto que el procedimiento de selección al que se refiere fue anterior a su vigencia, sí resulta ilustrativo lo dispuesto en dicha normatividad en relación con la capacidad financiera de los proponentes, que pasó a ser un requisito habilitante no sujeto a puntaje y la posibilidad de subsanar esta clase de requisitos. Dicha ley, establece en el artículo 5º numeral 1º, que las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; a su vez, el parágrafo 1º de la misma norma dispone que 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. La norma establece: “Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: // (...) // “Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, 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.” En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las

En estos términos, la Subsección concluyó:

“... Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración. Contrario sensu, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos y documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables.”

En sentencia de 3 de junio de 2015⁴¹, la Subsección C precisó que el numeral 6 del artículo 30 no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, en cuanto se trata de presupuestos para participar en el procedimiento, no comparativos de las ofertas; para el efecto, el número de copias, la tabla de contenido, el foliado en el “orden” exigido de presentación de los documentos. Aspectos que de no cumplirse no justifican el rechazo, ni siquiera cuando la entidad solicite que se subsanen y el oferente no lo haga, ya que su finalidad es facilitar el examen de las propuestas, esto es la disciplina del proceso y no el fondo o contenido de las ofertas. Se sostuvo:

“En consecuencia, la regla que contiene el artículo 30.6 rige plenamente en relación con los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación son requisitos de participación en el procedimiento, por tanto fundamentan el rechazo de un ofrecimiento. Algunos de ellos son: falta de certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, un certificado de experiencia, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, la autorización del representante legal por parte de la junta directiva, etc. Requisitos que se acreditan pura y simplemente, y por tanto no se ponderan; frente a ellos el 30.6 aplica plenamente, no tiene excepciones, es decir, la propuesta tiene que cumplir esos requisitos so pena de rechazo. Sin embargo, dicho

entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación, y en el caso de la subasta, deben ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración. Contrario sensu, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos y documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables].

⁴¹ M.P. Olga Valle de De La Hoz, exp. 31211.

cumplimiento es ideal que se satisfaga cuando se entrega la oferta; pero si desgraciadamente no sucede así, puede subsanarse, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25.15 de la Ley 80 original, y en la actualidad el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Lo importante con esos requisitos es que se cumplan una vez los requiera la entidad, incluso dichas falencias, que en muchas ocasiones las advierten los demás proponentes durante el traslado que se les da para presentar observaciones al informe de evaluación, pueden acreditarse, a solicitud de la entidad, a más tardar antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, pues es la única oportunidad para defenderse frente a los señalamientos hechos a la oferta”.

En la decisión se distinguió entre subsanar y aclarar o explicar. Señaló que, “(..) conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así”. Preciso que “(..) aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene”. Y, por último, sostuvo que si la oferta no se ajusta a lo pedido en el pliego, la entidad optará por: “a) permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley; b) rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia produce esa consecuencia y es insubsanable, o c) evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración”.

Y, en sentencia de 5 de diciembre de 2016⁴², de nuevo la Subsección B se pronunció sobre las posibilidades de rechazo y subsanación de las propuestas y la improcedencia de rechazar por defectos y requisitos formales. Concluyó que la limitante de la facultad de rechazo de las propuestas estaba fundada en el

⁴² M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 35704.

privilegio de lo sustancial sobre lo formal; sin embargo, se impone precisar en esta ocasión, que la subsanación no podía sobreponerse frente a la prohibición de la modificación de las propuestas, como quiera que se limitaba a la aclaración o explicación de los requisitos o documentos aportados, pero de ningún modo a su complementación, adición, modificación o mejoramiento. Ahora, de no ser necesarios para la evaluación, tampoco existía razón práctica para pedirlos. De igual forma, señaló:

“De modo que si la evaluación era posible, aun cuando faltaran requisitos o documentos del proponente o de la futura contratación, resultaba improcedente el rechazo de la propuesta que tuviera tal falencia. En efecto, la norma en estudio establecía un mandato positivo a las entidades estatales de llevar a cabo la evaluación, aun cuando faltaran documentos o requisitos, siempre que estos fueran irrelevantes para la comparación de las propuestas o, dicho en otras palabras, para evaluarlas

En lo que debe repararse es que esa norma era muy clara en establecer un hipotético de ausencia o falta de requisitos y documentos irrelevantes y un mandato positivo de actuación para las entidades estatales frente a ese escenario. De esa forma también ratificaba la prohibición de complementación, adición, modificación o mejoramiento de las propuestas, posibilidad proscrita por completo dentro de los procesos de selección regulados por la Ley 80 de 1993. De suerte que resultaba un desgaste innecesario que las entidades estatales solicitaran a los proponentes el cumplimiento de este tipo de exigencias, toda vez que sin ellas bien podía seguirse la selección.

La cuestión era qué pasaba si el requisito o documento se allegaba, pero generaba dudas frente al cumplimiento de la exigencia. De entrada el referido artículo no parecía responder el interrogante, en tanto su hipotético, como quedó visto, era uno diferente. Sin embargo, si le imponía una tarea a la entidad estatal de determinar si el requisito o documento era necesario para la comparación de las propuestas. Lo anterior, generalmente, quedaba establecido en el pliego de condiciones bajo la denominación de los documentos de la propuesta, sin que esa denominación fuera suficiente, en tanto materialmente debían ser necesarios para evaluar las propuestas. Si eran necesarios, la entidad estatal podía pedir las aclaraciones y explicaciones del caso (numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993⁴³). Si no eran necesarios, era claro que se podía evaluar, toda vez que si ante su ausencia o falta, como lo establece la norma en cita, procedía la evaluación de las propuestas, con mayor razón cuando los requisitos o documentos estaban, pero generaban dudas.

Ahora, si una vez pedidas las aclaraciones y explicaciones, teniendo en cuenta que se trataba de un requisito o documento necesario para la

[⁴³ Ese numeral disponía: “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”].

comparación de las propuestas, se llegaba a la conclusión de que se satisfacía la exigencia, lo que seguía era la evaluación; en ese mismo escenario, si se establecía lo contrario, es decir, que la exigencia no estaba satisfecha, se habilitaba el rechazo de la propuesta”.

De lo anterior se concluye que tanto en vigencia de la Ley 80 de 1993 como en la 1150 de 2007, las autoridades no pueden rechazar las propuestas alegando omisión o deficiencias habilitantes, con la connotación de subsanables. Así mismo, la posibilidad de aclaración o explicación parte del supuesto de que el requisito se cumpla, en tanto no es posible aclarar o explicar lo inexistente. De ese modo se confirma la inmodificabilidad de las propuestas. Cabe diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito en sí mismo considerado, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Esto supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

En este orden, la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señaló que el IDU interpretó la ausencia del certificado de existencia y representación legal como un requisito subsanable, en la medida en que permitió, a uno de los oferentes, subsanar la propuesta. Ello ocurrió con el Consorcio Crecer, a quien, mediante oficio n.º 024977 de 21 de marzo de 2003, el comité evaluador de la entidad lo requirió para subsanar, sin que se permitiera al Consorcio Trasmilenio ACC.

De donde, no se explica el trato desigual de la entidad pública licitante frente a situaciones similares de dos proponentes. No es válido que el IDU haya solicitado a un proponente que adjuntara el certificado de existencia y representación legal y que a otro proponente, en nuestro caso el Consorcio Trasmilenio ACC, no se le haya solicitado el mismo documento, cuando el IDU detectó su ausencia en la propuesta.

De ahí que proceda declarar la nulidad del acto administrativo acusado. Esto, en la medida en que el rechazo de la oferta fue injustificada.

En tales condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias que atrás se precisaron y las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, la Sala encuentra acreditado el desconocimiento de los principios de legalidad, igualdad y selección objetiva, por lo que habrá de revocar la sentencia impugnada, para, en su lugar, declarar la nulidad del acto demandado.

2.5. Restablecimiento del derecho

La parte actora solicita que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, se reconozca la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del contrato a la que legítimamente tenían derecho y que se traducen en la suma de \$3 988 518 955. Así mismo, la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A. y los intereses causados.

La jurisprudencia de la Sala⁴⁴ ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la administración.

A continuación se transcriben algunos apartes de las orientaciones dadas por la Sala en este sentido:

“(..) el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de el pliego de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección (..).

⁴⁴ Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de 4 de junio de 2008, exp. 14169, Actor Consorcio Delgado y Delgado Vélez; de 4 de junio de 2008, exp. 17783, Actor: Javier Alonso Quijano Alomía; de 26 de abril de 2006, exp. 16041; de 19 de septiembre de 1994, exp. 8071. Actor: Consorcio José Vicente Torres y Ricardo Ortigoza González.

(..) pese al evento de aplicar los criterios y adicionar los puntos en la calificación del proceso de selección con la perspectiva que define el demandante, ello no comporta que ascienda al primer lugar en el orden de elegibilidad y mérito y, por ende, que resulte ser la mejor y más ventajosa de las propuestas presentadas en la licitación pública que se estudia. En suma, el demandante no acreditó que su propuesta fuese la más favorable para la administración”⁴⁵.

A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, que su propuesta, ajustada en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, era la mejor entre las presentadas, en los aspectos señalados en el pliego y, así mismo, su condición de acreedor al restablecimiento de su derecho a la adjudicación de la licitación pública n°. IDU-LP-DTC-089-2002 y, por tanto, beneficiario de la indemnización.

Aunque las razones expuestas son suficientes para declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, no sucede igual con la pretensión de restablecimiento, en tanto, a la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala⁴⁶, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra los actos administrativos acusados, sino también demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en los términos de referencia y, así mismo, que el ofrecimiento era el mejor para los intereses de la entidad pública. Condicionamientos necesarios para acreditar su derecho a la adjudicación de la licitación pública n°. IDU-LP-DTC-089-2002 y, por tanto, a la indemnización que se reclama.

Si bien en la actuación obran dos dictámenes periciales, practicado a instancias de la parte actora, la Sala encuentra que el rendido por la perito Ana Tulia Medina Cepeda, quien fue relevada de su cargo, no puede ser tenido en cuenta, en la

⁴⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. exp.: 16041. 26 de abril de 2006.

⁴⁶ Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de 4 de junio de 2008, exp. 14169; de 4 de junio de 2008, exp. 17783; de 26 de abril de 2006, exp. 16041 y de 19 de septiembre de 1994. exp. 8071, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencias de 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de enero 29 de 2009, exp. 13206, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Posición reiterada el 4 de febrero de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17109. Sentencias de 9 de abril de 2012, exp. 21869 y de 3 de mayo de 2013, exp. 25595, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

medida en que se limitó a reproducir las argumentaciones esgrimidas en el libelo y calculó los perjuicios fundada en las estimaciones y afirmaciones de las sociedades demandantes y, asimismo, absolvió el interrogatorio.

En los términos del artículo 264 del C.P.C., la prueba pericial procede en aquéllos casos en que se necesiten especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, para verificar ciertos hechos que interesan al proceso. No basta con responder a los interrogantes planteados por las partes o el juez, sino hacerlo con suficiencia, infundiendo certeza sobre los hechos objeto de la experticia, para lo cual deben soportar sus conclusiones en pruebas que demuestren sus afirmaciones.

Realizada la valoración del dictamen, la Sala encuentra que las conclusiones de la perito no se apoyan en soportes suficientes para infundir certeza sobre la realidad de lo acontecido, frente a las reclamaciones de la parte actora.

Sobre el particular se debe tener en cuenta que el juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados, siempre que no sea claro, preciso y detallado⁴⁷ y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito, en síntesis, que otras pruebas no lo desvirtúen⁴⁸.

⁴⁷ El numeral 6 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil señala: *“El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”*.

⁴⁸ Artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece: *“Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”.

En el presente caso, la Sala encuentra que, si bien las partes no objetaron la experticia, si solicitaron complementación y aclaración por falta de fundamentación, las cuales no fueron satisfechas en la medida en que la perito Ana Tulia Medina Cepeda omitió pronunciarse, razón que dio lugar a que fuera removida del cargo y se ordenara la apertura del incidente de exclusión de la lista de auxiliares de la justicia. Sus conclusiones carecen de soportes, en cuanto se advierten afirmaciones sin demostración en orden a acoger los cálculos efectuados por la actora, al margen de los hechos probados.

Distinta situación se predica de la experticia practicada por el ingeniero civil Valentín Castellanos Rubio, quien reemplazó a la perito inicialmente designada (fl. 306 cuaderno 1). Se pronunció sobre la evaluación económica de las ofertas, el cálculo de los factores para cada uno de los proponentes habilitados, las simulaciones del sorteo, las respuestas al cuestionario formulado por el IDU y la sociedad H. Rojas y Asociados Ltda., en calidad de litisconsorte.

El perito dio cuenta de haber consultado el pliego de condiciones, las adendas y cada uno de sus anexos; la resolución de apertura de la licitación y el dictamen pericial rendido por la auxiliar de justicia Ana Tulia Mendieta Cepeda. Documentación que reposa en la actuación. El experto trajo a colación la evaluación adelantada por la entidad respecto de cada proponente. Acto seguido se pronunció sobre el procedimiento de sorteo y adelantó simulaciones bajo el supuesto de que el Consorcio Transmilenio ACC estuviera habilitada. Calculó los puntajes por cada proponente y respecto de cada uno de los factores objeto de calificación. De esta forma, estableció un orden de elegibilidad, atendiendo al número de la balota y concluyó:

Con balota cero, en el primer lugar figura CONALVÍAS S.A. con 999.9997 puntos, la U.T. Metrocapital II en tercer lugar con 999.9981 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC en cuarto lugar con 999.9932 puntos.

Con balota uno, la Unión Temporal Metrocapital II ocupó el primer lugar con 1000.000 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC el cuarto puesto con 999.9951 puntos.

Con la balota dos, la Unión Temporal Metrocapital II ocupó el primer lugar con 999.9998 puntos y el Consorcio Transmilenio ACC el quinto puesto con 999.9951 puntos.

Con la balota tres, el Consorcio Transmilenio ACC ocupó el primer lugar con 1000.000 puntos y la Unión Temporal Metrocapital II el cuarto puesto con 999.9951.

En relación con las preguntas formuladas por el IDU, el perito respondió como sigue:

“Primera pregunta

El auxiliar de justicia deberá indicarle al despacho cuál proponente hubiese resultado ganador y/o adjudicatario del contrato, aun con la participación del Consorcio Transmilenio ACC, suponiendo que su propuesta haya sido aceptada, si la forma de determinar el número de veces que entra el presupuesto oficial en el cálculo de la mediana es algo incierto, pues depende del resultado de una balota escogida al azar por un representante escogido por los proponentes aceptados.

Respuesta

Con la intervención o no del Consorcio Transmilenio, la respuesta a la pregunta del abogado del IDU no puede ser única, porque como el mismo lo discierne la forma de determinar el número de veces que entra el presupuesto oficial en el cálculo de la mediana es algo incierto y esta es la mediana depende del resultado de una balota escogida por un representante de los proponentes, igualmente escogido al azar.

Por lo anterior, habría un portafolio de posibilidades que se ceñiría al número de balotas (4), al número de proponentes (10) y al cálculo par o impar de la mediana.

Por tanto, no habría una sola respuesta, sino cuatro respuestas, cada una calculada para cada situación de balota seleccionada.

Segunda pregunta

Cuál es la posibilidad de que el Consorcio Transmilenio ACC resultara adjudicatario del contrato de obra 063 de 2003, teniendo en cuenta el sistema de selección adoptado en el adendo 3 modificación 18 al numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones en donde interviene un elemento de azar.

Respuesta

De acuerdo con la respuesta anterior, los elementos de azar que intervienen son: el número de la balota y la presencia par o impar del número de proponentes.

Por lo preseñalado para el presente dictamen, con la intervención del Consorcio Transmilenio ACC habilitada técnicamente, el número de proponentes es diez (10) con una condición de posición preestablecida para cada proponente, que se va desplazando a medida que intervienen, cero, uno, dos o tres veces el presupuesto en el número par o impar de proponentes.

La posibilidad es que se pudieran dar cuatro (4) sorteos para balotas diferentes, con un proponente ganador para cada balota.

Por tanto, desde el punto de vista de las probabilidades se presenta la siguiente situación de certidumbre

- Cada proponente tiene un 10% de probabilidad de salir adjudicatario en el evento licitatorio.
- Cada número de balota incrementa el porcentaje de incertidumbre adjudicatorio en un 25%.
- Los proponentes cuyo presupuesto de obra se encuentre ubicado hacia la zona de la mediana de las propuestas, tienen un incremento de un 25% de posibilidades de salir ganadores en el juego de las balotas.
- Solo un proponente tiene la posibilidad del 50% de salir ganador en el juego de las balotas, sea la cero, la uno, la dos o la tres, para el caso estudiado de diez proponentes.
- Ningún proponente puede alegar que puede salir ganador en el juez de selección de cualquiera de las cuatro balotas.

Tercera pregunta

Indíquese de forma específica y clara que ocurriría en el evento en que el número de valores resultantes de la suma de las propuestas hábiles más el número de veces que quedaba incluido el presupuesto oficial para calcular los factores F1, F2 y F3 corresponderá a la balota 0, 1 o 2 y no a la 3 que finalmente salió al azar. Cuál proponente hubiera obtenido la adjudicación del contrato.

Respuesta del perito

Número de balota seleccionado	Proponente ganador
Cero	CONALVÍAS S.A.
Uno	U.T. Metrocapital II
Dos	U.T. Metrocapital II
Tres	Consorcio Transmilenio ACC⁴⁹

(..)

Quinta pregunta

Bajo el sistema de selección adoptado en los pliegos de condiciones para este contrato, como puede determinarse si una propuesta es mejor que otra y por tanto ser elegida.

Respuesta

⁴⁹ El perito anotó que este cálculo sería en el evento en que el consorcio demandante hubiese sido habilitado.

*De acuerdo con el sistema de selección adoptado por el IDU, en los pliegos de condiciones y los adendos modificatorios, no puede llegar a determinarse que una propuesta sea mejor que otra, sino que existen un número de propuestas que cumplen unas condiciones técnicas, económicas y legales que la califica para participar de un evento adjudicatorio en igualdad de condiciones, **igualdad que está prevista desequilibrar a través de un sistema de azar llevado a efecto a través de balotas.***

(..) (negritas y subrayas fuera de texto).

En el *sub lite* está acreditado que luego de la evaluación de los proponentes habilitados, la adjudicación estaba sujeta al azar de las balotas, tal y como se indicaba en las reglas del proceso de selección. Como quedó demostrado, el rechazo de la oferta presentada por el Consorcio Transmilenio ACC devino en injustificada y, por tanto, impidió que participara en la escogencia de balotas. De ahí que perdiera la oportunidad de acceder a la adjudicación, por hechos atribuibles a la administración.

De conformidad con el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora, con la habilitación del Consorcio Transmilenio ACC, el número de proponentes sería de diez (10), con una posición preestablecida para cada uno, la cual se va desplazando a medida que intervienen, esto es, cero, uno, dos o tres veces el presupuesto en el número par o impar de proponentes. La posibilidad se estableció en cuatro (4) sorteos para balotas diferentes, con un proponente ganador para cada balota. De esta forma, el ingeniero Valentín Castellanos Rubio señaló:

“Segunda pregunta

Cuál es la posibilidad de que el Consorcio Transmilenio ACC resultara adjudicatario del contrato de obra 063 de 2003, teniendo en cuenta el sistema de selección adoptado en el adendo 3 modificación 18 al numeral 5.3.3.3 del pliego de condiciones en donde interviene un elemento de azar.

Respuesta

De acuerdo con la respuesta anterior, los elementos de azar que intervienen son: el número de la balota y la presencia par o impar del número de proponentes.

*Por lo preseñalado (sic) para el presente dictamen, con la intervención del Consorcio Transmilenio ACC habilitada técnicamente, **el número de proponentes es diez (10) con una condición de posición preestablecida para cada proponente**, que se va desplazando a medida que intervienen, cero, uno, dos o tres veces el presupuesto en el número par o impar de proponentes.*

La posibilidad es que se pudieran dar cuatro (4) sorteos para balotas diferentes, con un proponente ganador para cada balota.

Por tanto, desde el punto de vista de las probabilidades se presenta la siguiente situación de certidumbre.

- Cada proponente tiene un 10% de probabilidad de salir adjudicatario en el evento licitatorio.*
- Cada número de balota incrementa el porcentaje de incertidumbre adjudicatario en un 25%.*
- Los proponentes cuyo presupuesto de obra se encuentre ubicado hacia la zona de la mediana de las propuestas, tienen un incremento de un 25% de posibilidades de salir ganadores en el juego de las balotas.*
- Solo un proponente tiene la posibilidad del 50% de salir ganador en el juego de las balotas, sea la cero, la uno, la dos o la tres, para el caso estudiado de diez proponentes.*
- Ningún proponente puede alegar que puede salir ganador en el juego de selección de cualquiera de las cuatro balotas” (negrillas fuera de texto).*

Si bien, el perito estableció una posibilidad de cuatro (4) sorteos por balotas diferentes, la Sala encuentra acertada la posición del IDU cuando sostuvo en la aclaración del dictamen que las probabilidades no se reducían a cuatro, según el número de balotas, sino a diez que era la cantidad de ofertantes. De ahí la incertidumbre en la selección, de esa forma prevista en el pliego de condiciones y en las adendas 3 y 4, una vez establecido que los proponentes cumplían con las exigencias técnicas, económicas y financieras. Por tanto, *“aumentarán las posibilidades de resultados diferentes en tanto crezca el número de proponentes habilitados con posibilidad de seleccionar una balota”* (fls. 324-326 cuaderno 1).

Por tanto, si el Consorcio Transmilenio ACC hubiese sido habilitado en la evaluación por el comité evaluador, tendría la oportunidad de participar en el sorteo y aumentar las posibilidades de resultar beneficiado, en igualdad de condiciones con los demás ofertantes.

En el documento de evaluación final de marzo de 2003, dado a conocer por la entidad en la audiencia de adjudicación, se observa las calificaciones obtenidas por los proponentes y el orden de elegibilidad, así:

“RESUMEN EVALUACIÓN FINAL CUADRO I

Presupuesto oficial total = 41.729.799.270

Presupuesto oficial valor global para obras de construcción = 36.857.356.495

Presupuesto oficial valor global ambiental y de gestión social = 968.275.729

Presupuesto oficial valor por obras para redes = 971.886.687

Presupuesto oficial valor global por mantenimiento = 665.000.000

Presupuesto oficial para el Fondo de Compensaciones = 2.267.280.359

Propo nente	Pun taje Val ores Glo bales F1 (Ma x. 600)	Facto r de pago prom edio pond erado para obras de const rucci ón F2 (Max. 200)	Prec io unita rio pro medi o pond erado de obra s para rede s F3 (Max .100)	Pun taje tota l Fac tores F1 + F2+ F3 (Ma x. 900)	Evaluació n de cumplimie nto F4 (Max. 50)		Asegurami ento calidad F5 (Max. 50)		Punt aje total	Obser vacion es	Orde n elegi bilid ad
					Valo r san cion es	Pu nta je	ISO 9001/ 9002: 94 % Partic ipació n >=15 %	Pu nta je			
1. Cons orcio AIA- El Cón dor Améri cas 089	599 .98 4	200.0 00	100. 000	899 .98 3	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 983		
2. Cons orcio Crece r	599 .96 1	199.9 86	99.9 93	899 .94 0	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 940		
3. Cons orcio Vial Capit al	0.0 00	0.000	0.00 0	0.0 00	0.0	50. 0	SI	50. 0	Rech azado	Se rechaz a por razone s expue stas en la evalua ción financi era inicial	
4. Unión Temp oral Metro	600 .00 0	200.0 00	100. 000	900 .00 0	0.0	50. 0	SI	50. 0	1.00 0.00 0		1

capita I II											
5. Consorcio Transmilenio ACC	0.0 00	0.000	0.00 0	0.0 00	0.0	50. 0	SI	50. 0	Rech azad o	Se rechaz a por razone s expue stas en la evalua ción legal inicial	
6. Consorcio MVO	599 .99 7	199.9 98	99.9 99	899 .99 4	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 994		
7. Consorcio QCC Transmilenio	599 .99 8	200.0 00	99.9 99	899 .99 7	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 997		2
8. Unión Temporal Américas	599 .99 5	199.9 98	99.9 99	899 .99 3	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 993		
9. UTE Conciviles	599 .96 7	199.9 89	99.9 95	899 .95 0	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 950		
10. Conalvías	599 .99 8	200.0 00	100. 000	899 .99 7	0.0	50. 0	SI	50. 0	999. 997		2
11. Consorcio CTO	599 .76 3	199.9 22	99.9 60	899 .64 5	0.0	50. 0	NO	0.0	949. 645		

Así mismo, obra en la evaluación los cálculos realizados para establecer la Mediana aplicable en la calificación, la evaluación técnica relativa a la experiencia y la capacidad residual en construcción; la evaluación financiera y legal.

El proponente Consorcio Vial Capital no cumplió con las exigencias de naturaleza financiera, en la medida en que no se acreditó el pago de los parafiscales. De ahí que la oferta quedara inhábil e igual declaración se emitió respecto de la oferta

presentada por el Consorcio Transmilenio ACC, en razón de que se consideró que no cumplió con los requisitos legales de representación y capacidad.

De la evaluación se observa que los nueve proponentes habilitados y, por ende, calificados, se encontraban en igualdad de condiciones, incluso obteniendo puntajes similares.

Es de anotar que en la evaluación inicial el comité evaluador reconoció que el Consorcio Transmilenio ACC cumplía con las exigencias técnicas y económicas y obtuvo igual puntuación que el resto de los diez (10) proponentes⁵⁰, por lo que, claramente, se habilitaba su ofrecimiento y la obtención de puntaje, en la medida en que, como ya se dijo, los documentos que se echaron de menos, atinentes a la existencia de la sociedad Concreto S.A. no justificaba el rechazo de la oferta.

De ahí que la Sala considere procedente reconocer a las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., integrantes del Consorcio Transmilenio ACC, los perjuicios causados con la pérdida de oportunidad.

Para efectos del cálculo del perjuicio, la Sala tendrá en cuenta el valor de la utilidad que esperaba recibir, prevista en la propuesta y la décima parte de la misma, teniendo en cuenta que debió ser habilitado y sumarse a los nueve proponentes que sí participaron en el sorteo.

Como quiera que el caso concreto el Consorcio Transmilenio ACC pone de presente una situación indemnizatoria que involucra el concepto de utilidad esperada por la no adjudicación del contrato –numeral 3.1. de las pretensiones-, que se encuadra bajo la noción de lucro cesante y que la Sala entiende que, por su propia naturaleza, ofrece dificultades probatorias, que permitan arribar a conclusiones absolutamente ciertas, por la consideración de que se trata de valorar un daño sobre bases proyectadas a futuro, específicamente, referidas al contrato de obra, circunstancia que, por sí sola, impide poder conocer con certeza absoluta o por lo menos relativa, el *quantum* exacto del perjuicio experimentado por el demandante, reiterará el principio de valoración en equidad, el cual supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, consagrado positivamente en la Ley 446 de 1998 en su artículo 16, a cuyo tenor:

⁵⁰ En la evaluación inicial fueron valorados once proponentes, diez fueron calificados con 50 puntos, incluyendo el Consorcio Transmilenio ACC y el Consorcio CTO con cero (0).

“Art. 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

De ahí que a quien se le priva injustamente de la posibilidad de ser adjudicatario, se le vulnera un interés jurídico que se materializaría en la ejecución del contrato y, por esa misma vía, en la posibilidad de obtener unas utilidades razonablemente esperadas, se ha de procurar mantener indemne el patrimonio del no adjudicatario reconociéndole una indemnización que consulte la realidad del daño por él padecido.

Ese daño es generador de perjuicios que deben ser indemnizados y que consisten, fundamentalmente, en la pérdida de la utilidad que esperaba obtener con la ejecución del contrato; no obstante, puede suceder que la parte actora no haya acreditado el *quantum* del perjuicio, pero ello no implica que el daño antijurídico no se haya causado o que éste no tenga vocación indemnizable. Por tal razón, no podría decirse que no se causan perjuicios cuando esa posibilidad se frustra por la ilegalidad de la actuación de la administración, porque nadie pretende celebrar y ejecutar un contrato sin procurar obtener, válidamente, el margen de utilidad económica; por ello, el perjuicio inferido tiene las características de ser real y cierto, por consiguiente, indemnizable.

La Sala, en algunas oportunidades, ha optado por indemnizar los perjuicios tomando como referente el monto del depósito o la garantía de seriedad del ofrecimiento con el único objetivo de valorar el daño causado, en aquellos casos donde, por ejemplo, la propuesta presentada por el oferente no discrimina la utilidad, por lo que, ante la ausencia de cualquier otro elemento de juicio del cual se pueda deducir el monto de la utilidad esperada, ha cuantificado el perjuicio en el equivalente al monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, aplicando la equidad como criterio para tasar la indemnización por el perjuicio inferido.

En el *sub lite*, si bien obra la propuesta presentada por el Consorcio Transmilenio ACC, no aparece discriminado el AIU⁵¹ y no existe dentro del expediente elementos de juicio del cual se pueda deducir el monto o el porcentaje de la

⁵¹ En la descripción de las labores el AIU aparece incluido dentro del valor unitario, sin que se pueda establecer el porcentaje de cada uno de los ítems (anexo 2 B, fls. 136-151 cuaderno 6).

utilidad que esperaba obtener con la ejecución total del contrato; sin embargo, en este caso, no es procedente acudir a la equidad y fijar la indemnización del perjuicio en el monto de la garantía de seriedad del ofrecimiento, porque la dificultad no estriba en la segregación del precio del contrato y del porcentaje o del monto de la utilidad que esperaba recibir el demandante con su ejecución, sino en la ausencia de los elementos de juicio necesarios para cuantificar el perjuicio material irrogado, de modo que, como la Sala desconoce si la oferta presentada por la parte actora señalaba expresamente el monto de la utilidad esperada, no puede proceder a fijar la indemnización acudiendo a la equidad⁵².

Toda vez que en el caso concreto no es posible discriminar dentro del valor del contrato los costos, de la utilidad esperada, la Sala acudirá a los criterios fijados para determinar la suma a indemnizar.

Sobre el particular, es de anotar que la Sección Tercera ha considerado que, si bien no existe previsión legal que imponga la discriminación de los conceptos de administración, imprevistos y utilidades (AIU) por parte del contratista al momento de presentar su propuesta, el juez puede, con elementos debidamente fundados y probados, calcular la utilidad esperada promedio, aplicable en casos similares, para indemnizar los perjuicios reclamados por éste⁵³.

Así mismo, la Sala ha señalado que el *“(.) AIU propuesto para el contrato, corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato: I; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.”*; sin embargo, ante la ausencia de *“reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros*

⁵² Al respecto, se puede consultar la sentencia de 16 de agosto de 2012, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 19216.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2003, exp.17554, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado.”⁵⁴

En aquellos eventos en que no se acredita la utilidad esperada por el contratista con su ejecución, la Sala ha establecido el valor del AIU a partir del promedio entre varios contratos de objeto similar, verbigracia en contratos de obra pública⁵⁵, sin embargo, en este caso no se tiene dicho parámetro de comparación. En consecuencia, en ejercicio del arbitrio judicial, se estima un porcentaje del 15% por AIU para la tipología contractual analizada, del cual se establece un 5% de utilidad.

Para el efecto, se tendrá en cuenta el valor del presupuesto oficial, esto es la suma de \$41 729 799 270 x 5% (utilidad) = \$2 086 489 963.

De ahí que, en caso de que el Consorcio Transmilenio ACC hubiera resultado habilitado, sería el proponente número diez (10), razón por la cual la décima parte equivale a la suma de \$208 648 996, valor que la Sala reconocerá a las sociedades Concreto S.A. y Agregados Garantizados del Norte S.A., por la pérdida de oportunidad de participar en el sorteo y, por ende, de la posibilidad de resultar adjudicatarias. Esto, en proporción a su participación en la conformación del consorcio, es decir, el 30% de dicha suma para la primera sociedad en mención -\$62 594 699- y el 70% para la segunda nombrada -\$146 054 297-.

El valor de la utilidad que esperaba recibir las sociedades con la ejecución del contrato se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁵ En providencia del 26 de junio de 2015, la Sala acudió a la reglas de la experiencia y la utilidad que en otros asuntos se ha fijado para los contratos de obra, como en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 1993, exp. 7959, M.P. Carlos Betancur Jaramillo. En esa oportunidad, el A.I.U. del contrato de obra se calculó en el 21.5%, distribuido así el 8% de utilidad; el 9.5% de administración, y el 4% imprevistos; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355, M.P. Alier Hernández Enríquez. En ese asunto, la utilidad se fijó en la propuesta en 7.45% para un contrato de obra de construcción de unas oficinas; en unos contratos de obra de canalización las utilidades se fijaron en 5%, en promedio, toda vez que se trataban de varias licitaciones, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683, M.P. Alier Hernández Enríquez. Sobre el promedio de utilidad a reconocer en casos en los que no se ha demostrado el porcentaje de cada uno de los factores que componen el AIU, en casos de contratos de obra que no han sido completamente ejecutados por causas imputables a la entidad contratante, se pueden consultar, entre otras, las sentencias de 30 de junio de 2016, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 33129 y de 30 de marzo de 2017, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 37500. También se puede consultar las sentencias de 19 de octubre de 2017, exp. 28671, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

corresponde a la fecha en que terminaría el plazo contractual⁵⁶ –aproximadamente y que el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de esta providencia, así:

$$Va = Vh \frac{\text{índice final (mayo 2018)}}{\text{Índice inicial (octubre 2008)}}$$

$$Va = \$62\,594\,699 \frac{142,06}{99,28}$$

$$Va = \$89\,566\,911$$

$$Va = \$146\,054\,297 \frac{142,06}{99,28}$$

$$Va = \$208\,989\,458$$

De ahí que la Sala reconozca a la sociedad Conconcreto S.A. la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS MCTE (\$89 566 911) y a la sociedad Agregados Garantizados del Norte S.A. la suma de DOSCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$208 989 458).

En consecuencia, la Sala revocará la decisión, en cuanto se declarará la nulidad del acto de adjudicación demandado y accederá al restablecimiento, como quedó explicado⁵⁷.

⁵⁶ El plazo del contrato se estipuló en 68 meses contados a partir del acta de inicio. No se conoce la fecha de iniciación, por lo que, a partir de la suscripción -28 de abril de 2003-, el plazo de los 68 meses -5,6 años-, convenido vencería aproximadamente en el mes de octubre de 2008.

⁵⁷ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206, M.P. Miryam Guerrero de Escobar. En similar sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2011, exp. 15550, M.P. Hernán Andrade Rincón, en su parte resolutive se consignó: “*REVOCAR la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera– y, en su lugar dispone: // Por las razones expuestas en la parte motiva, DECLARAR la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa. // Negar las demás pretensiones*”. Sentencias de 11 de agosto de 2010, exp. 19056, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 5 de abril de 2013, exp. 26292 y de 3 de mayo de 2013, exp. 25595, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Ahora, en cuanto a la solicitud de condena en costas elevada por el litisconsorte, la Sala negará la petición, por no aparecer causadas. Además, la conducta desplegada por la parte vencida en primera instancia no se puede calificar de temeraria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sala de Conjuez, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVOCAR la sentencia de 11 de noviembre de 2009, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar, disponer:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la resolución n.º 2832 de 3 de abril de 2003, por medio de la cual se adjudicó el contrato de obra para la construcción de la Estación de Cabecera y el Patio (garaje) de la troncal Américas, para el sistema de transporte masivo Transmilenio de la ciudad de Bogotá D.C., a la Unión Temporal Metrocapital II.

SEGUNDO.- CONDENAR al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- a pagar a la sociedad Conconcreto S.A. la suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS MCTE (\$89 566 911) y a la sociedad Agregados Garantizados del Norte S.A. la suma de DOSCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$208 989 458), por la pérdida de oportunidad de participar en la escogencia de balotas y, por ende, de la posibilidad de resultar beneficiadas con la decisión de la entidad.

TERCERO.- DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

RAMIRO PAZOS GUERRERO
IMPEDIDO⁵⁸

HERNANDO HERRERA MERCADO
Conjuez

⁵⁸ Por medio de oficio de 10 de febrero de 2017, el magistrado Ramiro Pazos Guerrero, manifestó su impedimento para conocer del asunto de la referencia por estar incurso en la causal del numeral 2º del artículo 141 del C.G.P. (fol. 631, c. ppal.), el cual fue aceptado por la magistrada instructora mediante auto de la misma fecha (fol. 632 a 633, c. ppal.).