

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Referencia:	Expediente n.º 36442
Radicación:	250002326000199703892 01
Actor:	Colombiana de Microcomputadores y Comunicaciones Ltda. MICROCOM
Demandado:	Distrito Capital y otro
Naturaleza:	Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B el 9 de julio de 2008, por medio de la cual declaró la caducidad de la acción respecto de las pretensiones 2 y 3 y denegó las súplicas de la demanda, la cual será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

La Secretaría de Educación del Distrito Capital tramitó la licitación pública nacional n.º SED-013/96, para la obtención de equipos de cómputo y otros bienes, en la cual participó la sociedad MICROCOM LTDA., que fue evaluada y calificada, pero como resultado de las observaciones que le hizo a su oferta otro de los proponentes luego de conocer el informe de evaluación, la misma fue rechazada.



ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 24 de abril de 1997, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989- la sociedad Colombiana de Microcomputadores y Comunicaciones Ltda. – MICROCOM LTDA- en contra del Distrito Capital de Santafé de Bogotá- Secretaría de Educación y/o la Nación, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 2 a 14, c. 1):

PRIMERA: La propuesta presentada por la sociedad MICROCOM LTDA. en la licitación pública nacional LPN-SED-013/96, abierta y tramitada por el DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN para la obtención de equipos de cómputo con software operativo y herramienta de automatización de oficinas preinstalados, impresoras, equipos de protección eléctrica, concentrador y la instalación de cableado estructurado para implementar aulas de informática en centros educativos del Distrito Capital ubicados en diversas localidades de la ciudad fue la que ofreció las mejores condiciones para la Secretaría de Educación.

SEGUNDA: Es nulo el literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones de la licitación pública nacional SED-LPN-013/96, por cuanto viola en forma flagrante y directa el artículo 25 numeral 15 inciso segundo de la ley 80 de 1993.

TERCERA: Es nulo el acto público de adjudicación de la licitación pública nacional SED-LPN-013/96 en lo que concierne solamente al lote 1 de la licitación.

CUARTA: Es nulo el artículo segundo del acto de adjudicación contenido en la resolución número 7420 del día 24 de diciembre de 1996 dictada por el señor Secretario de Educación de Santa Fe de Bogotá, por el cual se adjudica la Licitación Pública Nacional SED-LPN-013/96, solamente en lo que concierne al lote 1 de la licitación, a través del cual se adjudicó parcialmente dicho lote a la firma EXHIBIT IMPORT EXPORT S.A.



QUINTA: Condénase al DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN y/o a la NACIÓN a pagar a MICROCOM LTDA. a título de indemnización, el valor de la utilidad total que dejó de percibir como consecuencia de no haber sido la firma adjudicataria de la parte del lote 1 adjudicado a Exhibit, más los costos en que incurrió como proponente, los intereses bancarios corrientes, el lucro cesante y el daño emergente causados y sufridos, suma que deberá ser actualizada a la fecha de la sentencia aplicando los principios de la corrección monetaria.

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante dio cuenta de la apertura y trámite, por parte de la Secretaría de Educación del distrito capital, de la licitación pública nacional n.º SED-013/96, para la obtención de equipos de cómputo con software operativo y herramienta de automatización de oficinas preinstalados, impresoras, equipos de protección eléctrica concentrador y la instalación de cableado estructurado para implementar las aulas de informática en centros educativos del distrito, ubicados en diversas localidades de la ciudad y equipos de cómputo para algunas de las oficinas de la secretaria.

2.1. En dicha licitación, la oferta presentada por MICROCOM fue rechazada ilegalmente, manifestando la entidad que no poseía autorización para distribuir los equipos que estaba ofertando, cuando el proponente presentó con su oferta 2 certificaciones de la firma AST, fabricante de los equipos que ofreció, una dirigida a MAKROCOMPUTO y la otra a MICROCOM, de las cuales se deduce que MAKRO es distribuidor de AST y que AST asegura la legalidad de la exportación y manejo de los productos.

2.2. MICROCOM no presentó la autorización del fabricante con su propuesta, pues como era bien conocido en el mercado de los computadores, AST no exige ni requiere ningún tipo de autorización



suya ni directamente ni a través de sus distribuidores para vender sus productos en Colombia, como posteriormente lo aclaró mediante comunicación dirigida a la secretaría de educación. Además, afirmó que el pliego de condiciones lo que exigía era que el proponente tuviera la autorización, no que la presentara, por lo que la entidad debió requerir a MICROCOM para darle la oportunidad de explicar la situación y presentar el documento faltante.

2.3. No obstante, el rechazo de la propuesta, que tenía el máximo puntaje para el lote n.º 1, que es por el que se demanda, se presentó en la audiencia de adjudicación, sin que se le hubiera dado oportunidad a MICROCOM de dar las explicaciones del caso y presentar la respectiva autorización, es decir sin que pudiera defenderse, desconociendo además que el rechazo era facultativo de la entidad, según lo dispuesto por el pliego de condiciones y no imperativo y que la ley establece que el mismo no se debe dar por la falta de requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas; y además, a la referida autorización no se le asignó puntaje alguno.

2.4. El demandante adujo que la actuación de la entidad fue ilegal, al señalar en el numeral 10.1.8, literal f) del pliego de condiciones, "... cuando no se posea la autorización del fabricante o distribuidor para su comercialización", pues el artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993 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 servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos y el numeral 2 del artículo 24 *ibídem*, dispone que en los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se adopten,



debiéndose establecer las etapas que permitan dicho conocimiento y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el presente caso, la decisión de rechazo de su oferta le fue notificada a la firma TEXINS, proponente que hizo la observación, dentro de los 5 días dados para efectuar las observaciones, pero MICROCOM sólo fue informada en desarrollo de la audiencia de adjudicación.

II. Actuación procesal

3. Admitida mediante auto del 19 de mayo de 1997 (f. 20, c. 1), se notificó a Bogotá distrito capital, que presentó **contestación de la demanda** en la cual se opuso a las pretensiones, por considerar que no se violó el debido proceso ni el derecho de defensa del demandante, que no era cierto que no fuera indispensable para la comparación de las ofertas el requisito por cuya ausencia se rechazó la presentada por la demandante, pues la exigencia de la autorización por parte del productor o casa matriz de los equipos, era *“fundamental con el fin de evitar el lavado de dólares frecuente en esta época o la desigualdad presentada por la venta de equipos piratas frente a otros que sí ofrecen originalidad y no clones”* y que tampoco era cierto que el precio de las ofertas *“fuera objeto de puntaje fundamental para dicho análisis solo en caso de darse empate por lo que se buscaba era calidad y garantía de originalidad y no competencia desleal o lavado de dólares ...”* (f. 39, c. 1).

4. La sociedad Exhibit Import S.A. fue emplazada como litis consorte necesario de la parte demandada y se le designó curador *ad litem*, quien contestó la demanda y propuso las excepciones de i) caducidad de la acción, respecto de la resolución 05393 del 7 de octubre de 1996 que ordenó la apertura de la licitación pública SED-013-96; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación, pues los recursos de la licitación eran del distrito y de la



sociedad Exhibit Import Export S.A., pues ni a ésta ni al ministerio se les puede imputar responsabilidad por un acto administrativo que no expidieron; iii) inepta demanda, pues el demandante pidió directamente la nulidad del literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones, pero debió demandar *"tanto los actos y la actuación administrativos pues se trata de una unidad jurídica inescindible"*, refiriéndose al acto administrativo que ordenó la apertura de la licitación, que al no ser demandado, impide un pronunciamiento sobre el mismo, pues sería una decisión extra petita (f. 160 y 166, c. 1).

5. En la oportunidad para alegar de conclusión, la actora reiteró los argumentos de la demanda respecto del rechazo ilegal de su oferta y la vulneración del deber de selección objetiva por parte de la entidad licitante, al desconocer la oferta que había sido calificada con el mayor puntaje (f. 77, c. 1).

6. En **sentencia** proferida el 9 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió (f. 186 a 210, c. ppl.):

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el Curador Ad-Litem del litisconsorte.

SEGUNDO. DECLARAR injustamente demostrada, y de manera parcial, la caducidad de la acción en relación con las pretensiones 2 y 3 del libelo demandatorio.

TERCERO. DENEGAR las súplicas de la demanda, acorde con los argumentos esbozados en la motivación (...).

6.1. Lo resuelto por el *a-quo* obedeció a que consideró que, contrario a lo afirmado por el curador *ad litem* de Exhibit Import Export S.A., no hay ineptitud sustantiva de la demanda, ya que no se le podía exigir al demandante que impugnara también el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso licitatorio, pues no alegó ninguna ilegalidad en su contra; tampoco falta de legitimación en la causa por pasiva de dicha



firma, ya que la jurisprudencia ha establecido que en estos casos, debe necesariamente vincularse al proponente que resultó favorecido con la adjudicación con el fin de garantizarle el derecho de defensa de la legalidad del acto y la idoneidad de su propuesta, lo que demuestra el interés de su comparecencia en juicio.

6.2. En cuanto a la caducidad de la acción, el *a-quo* halló que ésta se produjo en relación con la primera pretensión, pues consta que el pliego de condiciones fue conocido por la sociedad demandante el 21 de noviembre de 1996 y la demanda fue presentada el 24 de abril de 1997, es decir por fuera de los 4 meses previstos en la ley y lo mismo se puede predicar del acta de adjudicación, que es del 19 de diciembre de 1996.

6.3. Sobre el acto administrativo de adjudicación contenido en el artículo 2º de la Resolución 7420 del 24 de diciembre de 1996, el *a-quo* denegó las pretensiones, por cuanto concluyó que la decisión de rechazar la oferta del demandante se adoptó de conformidad con la ley y la finalidad de garantizar los principios de selección objetiva y transparencia, estuvo acorde con las exigencias del pliego de condiciones y las causales que para tal determinación éste contemplaba, teniendo en cuenta la importancia que representaba la autorización de distribución de los bienes objeto de la licitación por parte de su fabricante, por el respaldo que ella implica, en cuanto a la garantía, calidad y servicio que son requeridos en esta clase de contratos, que no se agotan con la entrega de los elementos, sino que implican su instalación, el soporte técnico, la capacitación para el buen manejo de los equipos y en este caso, la implementación del cableado estructurado para las aulas de informática. Y la sociedad MICROCOM, no aportó la referida autorización, ni la prueba de que la misma no fuera necesaria, pues esto no se desprendía claramente de la comunicación que posteriormente se presentó, proveniente del fabricante AST.



6.4. Por otra parte, el Tribunal consideró que la comunicación sobre el rechazo de la oferta al proponente MICROCOM, que se produjo concomitante con el acto de adjudicación, luego de estudiar las observaciones efectuadas a la evaluación de las ofertas, no conlleva una transgresión de los derechos del participante afectado, especialmente el de contradicción, pues en ese acto se le otorgó el derecho de réplica para que manifestara lo pertinente e hizo uso del mismo, con argumentos que la entidad consideró insuficientes.

7. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso **recurso de apelación**¹, en el cual pidió que se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se despacharan favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual observó que el *a-quo* no tuvo en cuenta la parte 11 de la propuesta de MICROCOM, en la que se allegaron dos certificaciones de la firma AST, fabricante de los equipos, una dirigida a MAKROCÓMPUTO y la otra a MICROCOM, en las cuales es claro que aquella era distribuidor de AST y que ésta aseguraba la legalidad de la exportación y el manejo de los equipos ofertados, la primera como casa matriz y la segunda, subsidiaria en el país y enlace de MICROCOM. A juicio de la apelante, esta documentación por sí sola satisfacía ampliamente la exigencia contenida en el literal f) del numeral 10.1.8, puesto que comercialmente se establecía con la misma, la autorización del fabricante para comercializar los elementos ofertados. *“Es decir AST certificó y reconoció como distribuidor de sus productos en Colombia a MAKROCÓMPUTO como enlace de distribución en el país, lo que normalmente debió ser suficiente para la Secretaría de Educación, pues de hecho se probaba la autorización que ésta tenía del fabricante AST para distribuir los equipos en el país”* (f. 212, c. ppl.).

¹ El recurso fue interpuesto el 5 de agosto de 2008.



7.1. Reiteró el apelante que su oferta fue calificada con el mayor puntaje y que el *a-quo* no tuvo este hecho en consideración, como tampoco que la no aportación de la referida autorización, a la luz de lo dispuesto por la ley, no le servía a la entidad demandada de título suficiente para el rechazo de su oferta, pues aquella no era necesaria para la comparación de las propuestas y además en el pliego la decisión de rechazar las ofertas, se dejó como facultativa de la entidad, es decir que la ausencia de dicha certificación, no era causal obligatoria de rechazo.

7.2. Adujo que no era cierto que la autorización de distribución fuera indispensable para garantizar la calidad, el servicio, el respaldo, etc., pues para eso estaba la garantía única de cumplimiento del contrato. Lo que debió prevalecer, según el apelante, fue la regla de oro de la selección objetiva, que lo era el puntaje. Y el demandante obtuvo el mayor, sin que la entidad hubiera echado de menos la referida autorización, hasta que otro de los proponentes le hizo la observación, sin que se le hubiera otorgado a MICROCOM la oportunidad de defenderse adecuadamente.

8. En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, la parte actora presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, mientras que el agente del **Ministerio Público** presentó concepto, en el cual pidió confirmar la sentencia de primera instancia, pues a su juicio el pliego de condiciones sí exigió la presentación de la autorización de distribución de los equipos objeto de la licitación pública y en el acápite que reguló el rechazo de las ofertas, incluyó la ausencia de la misma como causal para esta decisión, lo cual fue de conocimiento del demandante desde el momento en que recibió el pliego de condiciones, sin que hubiera hecho observación alguna al respecto y sin que haya cumplido con la exigencia de presentar la referida autorización; además la demandante no asistió a la audiencia



técnica realizada por la Secretaría de Educación para realizar las objeciones o aclaraciones correspondientes a su propuesta, por lo que no puede ahora alegar en su provecho su propia culpa (f. 230 y 234, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

9. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 129 –modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998- y 132 –modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- del Código Contencioso Administrativo².

II. Hechos probados

10. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis³:

² El valor de las pretensiones de la demanda asciende a \$ 1 448 516 996 (f. 10, c. 1), monto que supera la cuantía establecida para que el asunto sea conocido en segunda instancia por esta Corporación, que es de \$ 51 601 500.

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas, teniendo en cuenta además, que fueron remitidas al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la entidad demandada (f. 1, c. 2).



10.1. El 12 de noviembre de 1996, la secretaría de educación del distrito capital dio apertura a la licitación pública nacional LPN-OP-013/96, ordenada por Resolución 5393 del 7 de octubre de ese año, para la adquisición de equipos de cómputo, impresoras, software operativo, herramientas de automatización de oficinas, equipos de protección eléctrica, concentrador y la instalación del cableado estructurado para implementar aulas de informática en centros educativos del distrito capital, ubicados en diversas localidades de la ciudad y equipos de cómputo para algunas de las oficinas de la secretaría. (f. 249 y 260, c. 2).

10.2. En la licitación pública nacional LPN-OP-013/96, se presentaron 8 proponentes: Sycom S.A., Informática Datapoint de Colombia Ltda., Exhibit Import Export S.A., Colombiana de Computadores y Colombiana de Software y Hardware Colsof Ltda. y Econta S.A. (f. 64 y 236, c. 2).

10.3. La licitación se rigió por un pliego de condiciones, del cual se destacan las siguientes disposiciones (f. 568 a 643, c. 2; f. 5 a 120, c. 3):

10.3.1. En las características técnicas de los equipos a adquirir, se dividió la licitación en 6 lotes: Lote 1: Equipos de cómputo; lote 2: Impresoras; lote 3: redes locales; lote 4: otros periféricos; lote 5: software; lote 6: equipos de protección eléctrica.

10.3.2. En el capítulo de las condiciones y calidades exigidas, en cuanto a la propuesta, en el numeral 10.1 se estableció, entre otras cosas:

Los elementos solicitados deberán ser nuevos, completos y en buen estado, deben tener marca registrada, de última tecnología, de la mejor calidad (...), deberán anexar declaraciones de aduana o autorización de ensamble en el país, y una certificación de autorización de distribución de los equipos en el país, expedida por la casa matriz o la subsidiaria en el país (...).



10.3.3. En el numeral 10.1.8, enlistó las causales por las cuales la secretaría de educación podría rechazar las ofertas, dentro de las cuales se encuentra la del literal f:

f. Cuando por lo menos uno de los elementos ofrecidos no posea los documentos de importación, en caso de que su fabricación o procedencia sea de origen extranjero; o no posea autorización del fabricante o distribuidor, para su comercialización.

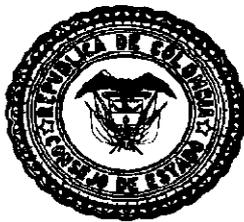
10.3.4. En el numeral 11.1, referido a los aspectos jurídicos, se dispuso que éstos no daban lugar a puntaje, pero su cumplimiento o incumplimiento habilitaba o descalificaba las propuestas para su evaluación técnica y económica, agregando:

Se estudiarán y analizarán los requisitos esenciales de orden legal exigidos en este pliego de condiciones, verificando su estricto cumplimiento. Constituyen requisitos esenciales de la propuesta, la carta de presentación debidamente firmada, la garantía de seriedad de la oferta, el registro único de proponentes, el formulario de cantidades de elementos y precios unitarios debidamente diligenciado (Anexo # 5), los documentos de autorización del fabricante o distribuidor, los documentos de importación, en los casos pertinentes. Podrán ser rechazadas las propuestas que no cumplan los citados requisitos legales.

10.3.5. En el numeral 10.1.3, se enunciaron los documentos de la propuesta, entre los cuales se halla:

11. Documentos de importación, en caso de bienes de origen extranjero, o del fabricante o distribuidor nacional o extranjero en los que conste la autorización al proponente para la comercialización de los bienes de que trata la presente licitación.

10.4. La firma demandante, Colombiana de Microcomputadores y Comunicaciones Ltda. MICROCOM, presentó oferta en la licitación, para los lotes: n.º 1 (entero): una básica, por valor de \$ 2 052 779 038 y una alternativa, por \$ 2 245 610 664; y para el lote n.º 5 (parcial): por valor



de \$ 141 190 560, más capacitación, por valor de \$ 23 000 000 (f. 121 a 287, c. 3).

10.4.1. En dicha oferta, consta que varios de los equipos de computación ofrecidos son marca AST. En anexo denominado "aclaraciones a la propuesta capacidad operativa y soporte técnico", entre otras cosas, el proponente informa que la empresa fue fundada en 1980 y "(...) en ese lapso de tiempo hemos representado las siguientes marcas: Radio Shack, desde 1980 hasta 1984, Tandy hasta 1988, Samsung desde 1986 hasta el presente y 'Comet by Microcom', desde 1987 hasta el presente". La papelería de la oferta, tiene una leyenda que dice "distribuidor autorizado SAMSUNG".

10.4.2. En relación con los equipos ofrecidos en esta licitación, el proponente explicó:

En 1994 Samsung adquirió el control de AST, uno de los cuatro líderes de computadores en los Estados Unidos, tanto por ventas como por calidad y performance. A partir de ese momento Samsung suspendió la fabricación de computadores en Corea mientras definía las políticas a seguir en el ramo de computadores. La decisión se tomó hace poco, en el sentido de continuar la producción de computadores en las plantas de AST en los Estados Unidos, pero mercadear dos líneas paralelas: AST y Samsung/AST. La única diferencia entre las dos líneas, es que la distribución de AST continúa a través de los canales establecidos de AST, mientras los equipos con marca Samsung/AST se distribuyen a través de los canales de distribución de Samsung, y para Colombia específicamente, a través de Microcom Ltda.

10.4.3. Sobre el requisito de aportar los certificados de distribución, la propuesta de MICROCOM adjuntó:

10.4.3.1. Certificación expedida el 25 de enero de 1994 por el gerente general de Samsung Electronics Co. oficina Bogotá, en el sentido de que "los señores de COLOMBIANA DE MICROCOMPUTADORES Y



COMUNICACIONES LTDA. MICROCOM LTDA., son distribuidores para Colombia de las líneas de microcomputadores y periféricos, facsímiles, máquinas de escribir, registradoras y demás productos marca SAMSUNG y cuentan con el respaldo tecnológico de SAMSUNG ELECTRONICS Co. LTD. de Korea en todos los casos”, añadiendo que “(...) garantizamos el suministro oportuno de partes y repuestos requeridos en cualquier momento para los productos antes mencionados por intermedio de los señores de MICROCOM LTDA.” (f. 198, c. 3).

10.4.3.2. Oficio del 21 de noviembre de 1996 dirigido, al parecer, por la representante de ventas Latinoamérica de AST Computer, a Makrocómputo S.A., con referencia “Certificado de distribución”, en el que consta que AST Research reconoce a la referida empresa como su distribuidor mayorista en Colombia desde septiembre de 1994 y que como tal, Makrocómputo S.A. está autorizado para celebrar negocios bajo la modalidad de ventas en plaza en Colombia y FOB en la fábrica de AST, quien asegura además, la legalidad de la exportación y manejo de producto a través de Makrocómputo S.A. (copia simple, sin constancia de autenticidad, f. 200, c. 3).

10.4.3.3. Comunicación suscrita por la misma persona y dirigida, aparentemente, a MICROCOM, en la que le informa a ésta que MAKROCÒMPUTO está en condiciones de suministrar la calidad y capacitación de los componentes físicos y lógicos de los equipos de procesamiento de datos de AST COMPUTER, así como los servicios de instalación y mantenimiento durante el periodo de garantía y el soporte técnico durante la vida útil de los bienes contratados, contando con el respaldo de AST en repuestos, garantía y suministro de negocios, agregando que “AST Computer, garantiza la calidad y rendimiento de los equipos de nuestra marca y se compromete bajo esta garantía a reparar

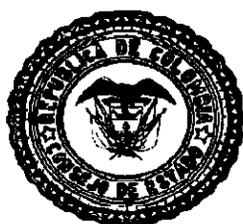


y/o reemplazar las piezas o componentes defectuosos, en caso de fallas de fábrica” (copia simple, sin constancia de autenticidad, f. 201, c. 3).

10.5. En comunicación enviada por MICROCOM a la secretaría administrativa de la alcaldía de Bogotá el 20 de noviembre de 1996, con referencia: licitación pública SED-013 de 1996, esta firma pide aclaración sobre algunos puntos del pliego de condiciones y respecto del requerimiento de que la casa matriz certifique que la mercancía se importará legalmente al país, manifestó: *“Dicho requerimiento no tiene problemas para aquellas marcas que importan los equipos a Colombia a través de una subsidiaria, pero para quienes le compramos directamente al proveedor en el exterior, nos encontramos con el problema de que el proveedor (Casa Matriz) no tiene ninguna injerencia ni control en el proceso de importación del importador (nosotros), por lo no (sic) puede garantizar que las máquinas se importarán legalmente al país” (f. 435, c. 3).*

10.6. En el cuadro de calificación de las propuestas elaborado por la secretaría de educación para el lote 1 (servidor, microcomputador básico, multimedia tipo 1, multimedia tipo 2, portátil, sistema operacional y ampliación equipos actuales), los proponentes obtuvieron los siguientes puntajes: Colsof, 756; MICROCOM, 702; Exhibit, 659; Unisys, 593; Exhibit alternativa, 574; Informática, 516 y Texins, 422 y consta en dicho cuadro, que en el análisis jurídico, la firma Econta fue rechazada (f. 677, c. 2).

10.7. En el cuadro resumen de la calificación técnica de las propuestas, específicamente en experiencia y soporte, en el criterio de calificación denominado *“posee respaldo internacional”*, se inscribió, respecto de MICROCOM: *“Respaldo técnico directamente de Samsung en Panamá, Miami y Seúl”*; en el criterio *“certificaciones enviadas por los*

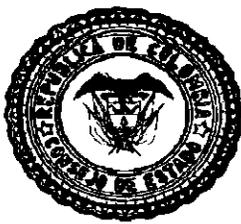


proveedores”, a la firma MICROCOM no se le hizo anotación alguna, pero obtuvo una calificación de 75 puntos, a pesar de que en la descripción del criterio se anotó que “Quien entregue las certificaciones y puedan ser verificadas, obtiene los 75 puntos”; en el requerimiento “liste los repuestos que tiene en stock con su respectiva cantidad”, se registró que “Los centros de acopio Samsung/AST, Samsung y AST en Colombia comenzarán a funcionar a partir de diciembre de 1996. Por el momento se da soporte con máquinas completas” (f. 705, c. 2; datos correspondientes a la oferta, f. 130 y 131, c. 3).

10.8. El 9 de diciembre de 1996, se fijaron en lugar público de la subsecretaría administrativa de la entidad licitante los estudios técnico, jurídico y económico de la licitación pública nacional LPN-OP-013/96, para ser desfijados el día 13 de diciembre del mismo año (f. 251, c. 2).

10.9. Mediante oficio del 16 de diciembre de 1996, la firma Texins S.A., presentó sus observaciones a las evaluaciones de las ofertas presentadas en la licitación. Específicamente sobre MICROCOM, advirtió que esta firma no poseía la autorización para distribuir los equipos que estaba ofreciendo, únicamente presentaba la distribución que le entregaba Makro Cómputo, *“pero la cadena de distribución no está completa ya que no presenta la Autorización de distribución de los fabricantes a Makro. Makro no es fabricante, es mayorista”,* por lo tanto pidió que esta oferta fuera descalificada; advirtió así mismo que no cumplía con el requisito mínimo solicitado en el ítem 5, pantalla de los portátiles de 12.1 pulgadas y además, que MICROCOM había sido multado por incumplimiento de contrato y que no contaba con oficinas en Bogotá (f. 282, c. 2).

10.10. El 18 de diciembre de 1996, la Secretaría de Educación del distrito envió comunicación a la sociedad Texins S.A., en la cual dio respuesta

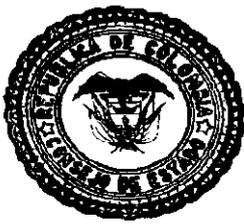


a las observaciones efectuadas por esta firma respecto de la evaluación de las ofertas presentadas en la licitación, y en relación con la de MICROCOM, le manifestó que la volvió a revisar y encontró que en ella obraba una certificación expedida por AST Computer dirigida a la firma Makrocómputo S.A., en la que consta que esa firma es distribuidor mayorista en Colombia de sus productos, pero no se refiere a MICROCOM, que fue quien presentó oferta en la licitación. Por lo tanto, la entidad modificaba su concepto de aprobación de esta propuesta y en su lugar, procedía a rechazarla, con fundamento en lo dispuesto en el literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones (f. 17, c. 2).

10.11. En comunicación fechada el 23 de diciembre de 1996 y dirigida a la secretaria de educación, alcaldía de Bogotá, aparentemente por el gerente de cuenta AST Latinoamérica⁴, éste informa a) que los canales de distribución y ventas de equipos de computación AST, no tienen que ser centros de servicio técnico y garantías, aunque en general, son los que ofrecen esa atención, soporte y servicio técnico a los clientes-usuarios finales; b) que en Latinoamérica existen modernos centros de servicio técnico, autorizados por SAT, para prestar incondicionalmente garantías y servicio técnico y en Colombia disponen de numerosos centros de servicio independientes de los *resellers*⁵, que ofrecen las garantías de los equipos mundialmente y valederas por igual en Colombia; c) que los distribuidores autorizados AST (mayoristas o *wholesellers*), clientes directos suyos, se encargan principalmente de la distribución y mayoreo de los equipos. Que se requiere también un centro de servicio y de garantías en general para sus *resellers* y que funciona en Colombia. Que la función principal del distribuidor es la de mercadear, prestar soporte de ventas y distribuir a su red de *resellers*; d) que la comercialización y venta al usuario final, se hace a través de

⁴ No obra prueba alguna de la autenticidad de esta comunicación.

⁵ Este vocablo del idioma inglés se traduce al español como "revendedor".
<http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=reseller>



una red de *resellers*, que a su vez compran en los canales autorizados de distribución de AST; e) que los *resellers* no requieren de ningún tipo de autorización de AST, ni directamente ni a través de sus distribuidores autorizados, para ofrecer y vender computadores AST; f) que la trayectoria y seriedad de una empresa para atención y soporte (independientemente del servicio técnico y garantías) a través del tiempo, debe constituir un factor importante para una institución de la magnitud de la secretaría, agregando que las relaciones humanas y el personal capacitado juegan un rol primordial y que es generalmente allí, donde existe la diferencia entre empresas comercializadoras; g) que todo equipo comercializado en Colombia cuenta con la misma garantía mundial, independientemente del canal de venta (*reseller* que compre de un distribuidor autorizado), siempre y cuando se presente la factura original del equipo mostrando los datos requeridos por el centro de servicio oficial AST (f. 564, c. 2).

10.12. En las mismas condiciones de la anterior, obra comunicación del gerente regional Cali de Makro Cómputo, concluyendo que *"En el caso específico de las licitaciones SED-13 y 14 de la Secretaría de Salud (sic), la firma Microcom Ltda. NO REQUERÍA DE AUTORIZACIONES NUESTRAS, NI DE AST, ni de ningún otro Distribuidor Autorizado AST, para participar y eventualmente venderle equipos AST a la Secretaría, PORQUE TALES AUTORIZACIONES SON INNECESARIAS"* (f. 565, c. 2).

10.13. La secretaría de educación del distrito capital llevó a cabo un *"acto público"* de adjudicación de la licitación –el acta que lo registra carece de fecha, pero en las invitaciones al mismo se lee que se llevaría a cabo el 19 de diciembre de 1996 (f. 310, c. 3)-, en la cual se leyeron las observaciones efectuadas por los proponentes al informe de evaluación de las ofertas y se dio respuesta a las mismas. Entre otras cosas, se



informó sobre el rechazo de la oferta presentada por MICROCOM, debido a la omisión en que incurrió, al no presentar la autorización de distribución de los equipos ofrecidos; el proponente adujo que esta observación debieron efectuarla con anterioridad para darle la oportunidad de explicar el punto y que "la Secretaría de Educación debió averiguar si MICROCOM lo tenía o no y por el contrario, lo que hace la Secretaría de Educación es rechazarla de plano"; el representante legal de MICROCOM adujo argumentos de defensa frente a la decisión de rechazo de su oferta, en el sentido de que si poseía autorización de distribución de los equipos ofrecidos, los cuales soportó con el aporte de unos certificados expedidos por MAKRO CÓMPUTO y relativos a la distribución –no se detalla en el acta el contenido de los mismos-, documento que no fue aceptado por la entidad, al considerar que implicaba modificar la oferta. Al respecto, el secretario de educación respondió (f. 739 y 747, c. 2):

(...) es importante la sugerencia de que la Secretaría de Educación debió buscar la información la respuesta es no, porque se deformaría el proceso licitatorio. La Secretaría de Educación debe juzgar la información que puso el proponente en su oferta, esta es la regla de juego que rige y por eso no se le puede aceptar las dos hojas que le añade a su propuesta. En este caso concreto es necesario precisar que la información no llegó a la Secretaría de Educación dentro del tiempo fijado para ello. En la propuesta no existe un documento que diga que A.S.T. COMPUTER, autoriza a MICROCOM para distribuir sus equipos en Colombia (...) la misma Ley 80 establece que se debe recurrir a toda la propuesta y efectivamente se hizo y no se encontró que había una relación con la firma MAKROCÓMPUTO.

El señor Secretario manifiesta que mantiene el rechazo de la propuesta.

10.14. El secretario de educación de Santa Fe de Bogotá D.C., expidió la Resolución n.º 7420 del 24 de diciembre de 1996, por medio de la cual adjudicó parcialmente la licitación pública nacional LPN-SED-013/96, disponiendo en su artículo segundo: "Parcialmente a la firma EXHIBIT



IMPORT EXPORT S.A., el lote 1 y el lote 6, por valor de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA CON 80/100 PESOS (\$1.934.586.380,80), incluido IVA" (f. 775, c. 2; f. 288, c. 3).

III. El problema jurídico

11. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte actora, deberá la Sala establecer si el acto administrativo de adjudicación del lote 1 de la licitación pública nacional LPN-SED-013/96 a la firma EXHIBIT IMPORT EXPORT S.A. está viciado de nulidad, en virtud del rechazo ilegal de la oferta presentada por la firma MICROCOM, que por cumplir todos los requisitos del pliego de condiciones y ser la más favorable, ha debido resultar favorecida con dicha decisión; o si, por el contrario, se trata de una decisión válida, cuya legalidad no fue desvirtuada.

IV. Análisis de la Sala

Las excepciones

12. Se analizarán: i) las propuestas por Exhibit Import S.A., litis consorte necesario de la parte demandada y la excepción de caducidad parcial de la acción respecto de las pretensiones 2 y 3, declarada oficiosamente por el *a-quo*:

Caducidad de la acción

Respecto de la resolución 05393 del 7 de octubre de 1996 que ordenó la apertura de la licitación pública SED-013-96.



12.1. En relación con esta excepción, propuesta por el litisconsorte del demandado, observa la Sala que en el presente proceso no se impugnó la Resolución 05393 del 7 de octubre de 1996, hecho que se constata con la sola lectura de las pretensiones de la demanda, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad.

Respecto del pliego de condiciones y el acto público de adjudicación:

12.2. En la demanda se demandaron: i) el literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones, ii) el acto público de adjudicación efectuado el 19 de diciembre de 1996 y iii) el artículo 2º de la resolución de adjudicación n.º 7420 del 24 de diciembre de 1996.

13. El *a-quo* declaró la caducidad de la acción respecto de los dos primeros, sobre lo cual, advierte la Sala:

13.1. En primer lugar, que el denominado acto público de adjudicación, no corresponde a un acto administrativo, sino a una audiencia que se llevó a cabo para poner en conocimiento de los proponentes las observaciones efectuadas al informe de evaluación y las decisiones tomadas por la entidad como resultado de las mismas, así como para oírlos en sus réplicas, previamente a la decisión de adjudicación, que quedó plasmada en la Resolución 7420 del 24 de diciembre de 1996. Razón por la cual a juicio de la Sala, no se trata de un acto administrativo impugnabile ante esta jurisdicción, respecto del cual haya de contabilizarse el término de caducidad de la acción.

13.2. En relación con el literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones, considera la Sala que le asiste razón al Tribunal de primera



instancia, toda vez que, tal y como lo manifestó, se trata de un acto administrativo impugnado ante esta jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando quiera que una persona se sienta afectada en un derecho suyo amparado por la ley, para lo cual deberá intentar la acción dentro del término de caducidad dispuesto por el CCA para este medio de impugnación, en el artículo 136, numeral 4º, es decir dentro de los 4 meses siguientes a su publicación, notificación o comunicación. En el presente caso, consta que el pliego de condiciones fue adquirido por el demandante para elaborar su oferta el 21 de noviembre de 1996, según el registro elaborado por la secretaría de educación del distrito (f. 62, c. 3). Dada la fecha de presentación de la demanda, 24 de abril de 1997, resulta evidente su extemporaneidad respecto de este acto administrativo, por lo que resulta procedente la confirmación del fallo en este punto.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación y de la sociedad Exhibit Import Export S.A.:

14. La legitimación en la causa, es aquella situación en la que se halla la persona que ocupa una posición dentro de la situación jurídica debatida, que le permite reclamar o la hace destinataria de la reclamación, según se trate de la legitimación en la causa por activa, o por pasiva⁶. Así, cuando se impugna un acto administrativo de carácter particular y concreto, estará legitimado por activa, quien se sienta afectado por el acto administrativo demandado, en un derecho suyo amparado legalmente y estará legitimada por pasiva, la entidad que lo profirió.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 10455, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



15. En estas condiciones, considera la Sala que le asiste razón al litisconsorte de la parte demandada, en la medida en que la demanda se dirigió en contra del distrito capital de Bogotá- secretaria de educación y/o la Nación, cuando la entidad que abrió el proceso de selección y expidió los actos administrativos demandados, fue el distrito capital de Bogotá a través de su secretaria de educación, entidad territorial con personería jurídica propia y que por lo tanto, responde por sus propios hechos y actuaciones, sin que se hubiera dado participación alguna por parte de la Nación en dicho procedimiento ni en la producción del acto administrativo de adjudicación demandado en el *sub-lite*, razón por la cual esta entidad no se encuentra legitimada en la causa por pasiva y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta providencia.

16. No sucede lo mismo en cuanto a Exhibit Import Export S.A., toda vez que al haber resultado favorecida con la adjudicación contenida en el acto administrativo demandado, la declaratoria de nulidad de esta decisión, repercutirá en la validez del contrato celebrado por esta sociedad con el distrito capital-secretaría de educación y por lo tanto, debe concurrir al proceso en calidad de litis consorte necesario, tal y como fue citada por el *a-quo*⁷.

⁷ En providencia de esta Sección del 26 de mayo de 2005 (expediente 25341, C.P. Ruth Stella Correa Palacio), la Sala había establecido que en caso de impugnación del acto de adjudicación de un contrato, surgía el litisconsorcio necesario, siempre que para el momento de presentación de la demanda el contrato se encontrara en ejecución, pues si el mismo ya había terminado, surgía un litisconsorcio facultativo. No obstante, esta posición fue modificada, mediante auto del 7 de diciembre de 2005, expediente 27651, C.P. Alier E. Hernández Enríquez, en la que se aclaró que en todos los casos, surge un litisconsorcio necesario con la persona que resultó favorecida con la adjudicación cuya legalidad se cuestiona y que por lo tanto celebró con la entidad el contrato adjudicado. Así, sostuvo que "(...) siempre que se demande la nulidad del acto de adjudicación de un contrato debe vincularse al proceso al contratista que suscribió el respectivo contrato". Aclarando posteriormente la jurisprudencia: "Si bien en otras oportunidades⁷ la Sala ha sostenido que, únicamente, cuando se demande la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó el contrato, y éste se encuentre en ejecución, la entidad contratante y el adjudicatario conforman un litisconsorcio necesario, porque sólo en ese supuesto, existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso, dado que puede verse perjudicado con la



Inepta demanda

17. En relación con esta excepción, se observa que corresponde al requisito de la presentación de la demanda en debida forma, en relación con el cual, ha dicho la Sala⁸:

(...) para la debida conformación y trámite del proceso hasta su culminación mediante la obtención de un fallo, deben reunirse ciertos elementos que resultan indispensables y que corresponden a requisitos que tienen que ver unos con la acción, otros con la demanda y otros más con el proceso propiamente dicho, y que son los denominados presupuestos procesales.

22. *En relación con la demanda, para que la misma sea admitida por éste, debe cumplir ciertas exigencias⁹: i) que sea formulada ante el funcionario competente de la jurisdicción contencioso administrativa, ii) que la persona demandada tenga capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio en calidad de tal y iii) que la demanda reúna los requisitos legales, tanto los de forma como los relativos a la presentación de ciertos documentos que deben acompañarla.*

23. *El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo establece cuál debe ser el contenido de la demanda, que en términos generales resulta similar al de las tramitadas ante la jurisdicción ordinaria, pero que en el procesal contencioso administrativo presenta algunas variaciones en razón de las específicas*

sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, en esta ocasión, la Sala precisa el punto, en el entendido de que siempre que se demande la nulidad del acto de adjudicación de un contrato, deberá vincularse al proceso a la entidad adjudicataria de ese contrato. // En efecto, sin necesidad de ahondar en la existencia o inexistencia de implicaciones económicas para el contratista, derivados de la anulación del acto de adjudicación, es claro que, a la entidad adjudicataria le asiste el derecho de salir a defender que la propuesta, por ella presentada, fue la mejor y que, en tal propósito, cumplió con todos los requisitos señalados en el pliego de condiciones, y se sujetó a los principios que rigen la contratación estatal. // Precisamente, la única manera de que la adjudicataria pueda defender sus derechos, es compareciendo al proceso en el cual se está cuestionando la legalidad del acto que le adjudicó el contrato. De allí que el juez de primera instancia está en la obligación de garantizarle tal posibilidad, y, de no hacerlo, estaría patrocinando una clara violación a su derecho de defensa".

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, expediente 21129, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ [13] "Betancur Jaramillo, Carlos; Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Señal Editora, 5ª ed., 1999, pag. 132".



pretensiones que se formulan ante esta jurisdicción especializada, de los derechos e intereses que están involucrados, el régimen jurídico que se aplica y el hecho de que habrá siempre de por medio una entidad pública como demandante o como demandada; la norma estipula:

"Art. 137.- Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

- 1º) La designación de las partes y de sus representantes;
- 2º) Lo que se demanda;
- 3º) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción;
- 4º) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación;
- 5º) La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer;
- 6º) La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

24. Cuando se trate de la impugnación de actos administrativos resulta necesario, además de aportar su copia con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según el caso (art 139), cumplir con la exigencia estipulada en el artículo 138 relativa a la perfecta identificación del acto acusado y de las pretensiones a formular:

Art. 138. Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Quando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.

18. En el presente caso, la excepción de inepta demanda se fundó en el hecho de que el demandante pidió directamente la nulidad del literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones, pero debió demandar "tanto los actos y la actuación administrativos pues se trata de una unidad jurídica inescindible", explicando que la demanda, para entenderla como presentada en debida forma, debió comprender al acto administrativo que ordenó la apertura de la licitación, como queriendo



indicar que la disposición demandada no tiene la naturaleza de acto administrativo, única decisión susceptible de ser impugnada ante esta jurisdicción.

19. El cargo no tiene vocación de prosperidad, toda vez que tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia, el pliego de condiciones es un verdadero acto administrativo, demandable por lo tanto en forma independiente, por lo que no resultaba necesario involucrar en la demanda la impugnación del acto administrativo de apertura de la licitación, como lo sostuvo el litisconsorte necesario que propuso la excepción.

20. Ahora bien, se advierte que aun cuando el pliego de condiciones ha sido considerado un acto administrativo de carácter general¹⁰, susceptible por lo tanto de ser enjuiciado, en principio, a través de la acción de simple nulidad, cuando el afectado considere que ha sufrido un daño en un derecho suyo con ocasión de dicho acto, resulta posible que lo impugne a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal y como sucedió en el *sub-lite*, en donde acumuló esta pretensión, a la que elevó en contra del acto administrativo de carácter particular y concreto de adjudicación¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, reiterada, entre otras, en sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; en sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ *Sobre la posibilidad de acumular las pretensiones en contra de un acto administrativo general con las dirigidas a atacar el acto de carácter particular derivado de aquel, ha dicho el Consejo de Estado: la Sala reitera que cada proceso de supresión de cargos debe analizarse según sus especificidades propias y que por ello resulta inadecuado definir de manera general cuáles son los actos que por afectar la situación jurídica individual del empleado son pasibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello depende de la particularidad propia de cada proceso. // No obstante, la decisión de suprimir unos cargos por razones del servicio, es la primera manifestación de la voluntad de la administración dentro del proceso. Dicho acto de Supresión es casi siempre un acto general que no identifica a quienes serán retirados del servicio y que constituye en principio la causa remota para que el nominador mediante un acto particular y en ejercicio de la competencia que tiene para*



Las pretensiones

El acto de adjudicación¹²

21. En el ámbito de la contratación estatal, que se halla regida para entidades como la demandada en el *sub-lite* por la Ley 80 de 1993, una de las decisiones más importantes que se deben tomar por los jefes o representantes de las mismas, es la determinación de la persona con la cual se va a concretar una relación contractual, es decir, la decisión de adjudicación de los contratos de las entidades públicas, la cual debe obedecer, tal y como lo dispone el artículo 29 de la referida ley¹³, a una selección objetiva, esto es, aquella en la cual la escogencia se hace 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, resultado que se impone de cara al cumplimiento de la finalidad de toda la contratación estatal, que no es otra que la de buscar el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad

nombrar y remover a los funcionarios, defina a quienes incorporará en la nueva planta de personal. // Sin embargo, esta Corporación ha aceptado la demanda de tal acto, aparentemente general, cuando por diversas razones tiene la capacidad de afectar la situación particular y concreta de cada funcionario. En tales ocasiones resulta prudente dirigir una misma demanda contra actos que aparecen como generales y contra actos de claro contenido particular mediante la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., para que sea el juez de conocimiento el que determine la procedencia del restablecimiento pretendido, sin que ello implique una indebida acumulación de pretensiones, pues debe hacerse efectivo el principio de primacía del derecho substancial sobre las formas procesales adjetivas" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 1011-05, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹² Aunque la demanda también estuvo dirigida en contra del literal f) del numeral 10.1.8 del pliego de condiciones que rigió la licitación cuya adjudicación se cuestiona, la parte actora no hizo manifestación alguna sobre este acto en su recurso de apelación, conformándose, por lo tanto, con la denegatoria de las pretensiones elevadas en contra de dicha disposición.

¹³ Vigente para la época de los hechos, esta norma fue subrogada por el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.



de los derechos e intereses de los administrados –art. 3º y numeral 3 del art. 25, Ley 80 de 1993-.

22. El mecanismo más idóneo para el logro de una selección objetiva, es sin duda el procedimiento de selección que garantiza la libre concurrencia de los interesados para que en un ámbito de transparencia, igualdad y sometimiento a unas mismas reglas de juego, puedan presentar sus ofertas y optar por la adjudicación del respectivo contrato. Por ello, la ley ha establecido como regla general de escogencia de los contratistas de la administración, la licitación pública¹⁴, definida por el párrafo del artículo 30 del estatuto contractual como *“el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”*.

23. Esa misma norma dispone las reglas generales que estructuran dicho procedimiento de selección, el cual se inicia con la resolución que ordena la apertura de la licitación, expedida por el jefe o representante de la entidad estatal y culmina con el acto administrativo de adjudicación, como regla general y excepcionalmente, con la declaratoria de desierta de la licitación, cuando se den las circunstancias que la permiten, que no son otras que la imposibilidad de llevar a cabo una selección objetiva –num. 18, art. 25, Ley 80/93-.

24. El procedimiento en sí mismo, está compuesto por i) el periodo comprendido entre su apertura y cierre, destinado a que los interesados presenten sus ofertas a la administración y que corresponde a un plazo fijado por la entidad de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del

¹⁴ El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, antes de ser subrogado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, establecía que, en virtud del principio de transparencia, la escogencia del contratista se efectuaría siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los casos expresamente enunciados en la norma, en los que se podría contratar directamente.



contrato, dentro del cual se podrá llevar a cabo una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones y oír a los interesados -de lo cual podrán resultar modificaciones a dicho documento-; seguido de la ii) etapa de evaluación y calificación de las ofertas, que culminará con un informe que, a su vez, debe ser puesto a disposición de los participantes, con el fin de que hagan las observaciones que consideren pertinentes en relación con el mismo, en cuanto a la propia calificación o la otorgada a los demás proponentes y finalmente, iii) la adjudicación, que deberá efectuar la administración a través de un acto administrativo.

25. La licitación pública se rige por un pliego de condiciones, que deberá detallar todos los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias, para garantizar reglas objetivas, claras y completas. De acuerdo con lo establecido en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80, en los pliegos de condiciones se deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; así mismo, se incluirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

26. De la misma manera, la norma establece que en el pliego se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato y que la entidad debe abstenerse de incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, o exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, debiendo establecer así mismo, reglas que no induzcan a error a los proponentes



y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. El último inciso de la referida norma, dispone que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos que contravengan lo dispuesto o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos allí enunciados.

27. De acuerdo con lo anterior, es claro que en el marco legal que rige el procedimiento de selección de contratistas de la licitación pública, las entidades estatales gozan de una relativa libertad de configuración del pliego de condiciones, el cual deberán elaborar estableciendo su contenido de acuerdo con las necesidades de la adquisición que se propone, siempre que se respeten las exigencias mínimas de la ley en cuanto a los elementos configuradores de dicho documento¹⁵.

28. Es así como la entidad debe establecer los requisitos de participación en la licitación pública, qué documentos deben ser aportados por los interesados, cuáles serán los factores de calificación, qué puntajes se les atribuirán, cuál será la ponderación de los mismos, etc. y así mismo, deberá determinar cuáles de esos requisitos y documentos exigidos resultan indispensables, a tal punto que su ausencia pueda dar lugar al rechazo de las ofertas, para lo cual, la administración, deberá utilizar criterios razonables que impidan desechar buenas propuestas por incumplimientos menores, de requisitos no indispensables para la

¹⁵ "La administración dispone de libertad de valoración para la configuración del pliego de condiciones, dentro de los parámetros generales señalados en la ley y en el reglamento, y conforme a los requerimientos específicos de cada proceso de selección. // Por tal razón, se ha señalado que la administración ejerce y mantiene una facultad discrecional para su configuración, para ponderar los hechos, intereses, derechos y principios jurídicos comprometidos en un caso concreto y para una determinada solución. (...) Esta discrecionalidad ajustada a los principios del proceso se observa al determinar las especificaciones y características del objeto, la identificación de los criterios de habilitación o de rechazo de la oferta y su calificación, y también sobre los criterios que deben ser ponderados y la medida de dicha ponderación". González López, Edgar, "El pliego de condiciones en la contratación estatal", Universidad Externado de Colombia, 1ª. Ed., 2010, p. 87 y 88.



comparación de las ofertas o que nada le aportan a la calidad de las mismas.

29. Es claro entonces, que la administración, a la hora de elaborar el pliego de condiciones, puede establecer las causales de rechazo de las ofertas y los proponentes, deberán tenerlas en cuenta al momento de su elaboración y presentación, pues como es bien sabido, el pliego es conocido como la ley del procedimiento de selección y del futuro contrato, en la medida en que, una vez adoptado, se torna obligatorio tanto para los interesados en proponer, como para la propia entidad que lo elaboró.

30. En el presente caso, se observa que el pliego de condiciones que rigió la licitación pública LPN-SED-013/96, consagró específicamente como causal de rechazo de las ofertas, el hecho de que el proponente *no posea autorización del fabricante o distribuidor, para su comercialización* –ver párrafo 10.3.3-.

31. Se constató así mismo, que en la oferta presentada por Colombiana de Microcomputadores y Comunicaciones Ltda. MICROCOM, no existe documento alguno mediante el cual la fabricante de los computadores marca AST, ofrecidos por aquella en la licitación, certifique que MICROCOM es su distribuidor autorizado, como tampoco está plenamente demostrado que MAKROCÓMPUTO ostente dicha calidad y que en virtud de la misma, haya autorizado a la demandante para ofrecer esa marca de equipos a la secretaría de educación del distrito, mientras que sí consta la propia declaración de la sociedad actora, en el sentido de que ella pretendía adquirir esos equipos directamente de su fabricante –ver párrafo 10.12-.



32. La constatación de la anterior circunstancia, dio lugar a que la entidad, como resultado de las observaciones efectuadas al informe de evaluación por los participantes, en las que se llamó la atención por la referida omisión, específicamente en relación con la propuesta presentada por MICROCOM, decidiera rechazarla.

33. Ahora bien, el apelante adujo, como sustento de su recurso, los siguientes argumentos:

33.1. Que el *a-quo* no tuvo en cuenta las certificaciones de AST, adjuntas con su propuesta, *“una dirigida a MAKROCÓMPUTO y la otra a MICROCOM en las cuales es claro que MAKROCÓMPUTO era distribuidor de AST y que ésta aseguraba la legalidad de la exportación y el manejo de los productos ofertados, la primera casa matriz y la segunda subsidiaria en el país y enlace de MICROCOM”*.

33.1.1. Al respecto, se observa que los documentos a los que alude el apelante como provenientes de la fabricante AST, no tienen nota de autenticidad, por lo que no existe certeza sobre su procedencia, tal y como se anotó al verificar los hechos probados en el plenario –párrafos 10.4.3.2 y 10.4.3.3-. Pero aún si en gracia de discusión se tuvieran por auténticos y fueran valorados dichos documentos, advierte la Sala que de los mismos no se deduce relación alguna de representación entre AST y MICROCOM, como tampoco entre ésta y MAKRO CÓMPUTO, que permita inferir que, efectivamente esta última firma, como distribuidor del fabricante en Colombia, fuera quien autorizó a la demandante para ofrecer los equipos marcar AST en la licitación pública. Es decir, ninguno de estos documentos cumple con el requisito exigido en el pliego de condiciones de acreditar que el proponente posee autorización del fabricante o distribuidor, para la comercialización de los equipos ofrecidos. En consecuencia no es cierto, como lo afirma en su



recurso, que “esta documentación, por sí sola, satisfacía ampliamente la exigencia contenida en el pliego en el literal f) del numeral 10.1.8”.

33.1.2. El demandante afirmó que no es lo mismo la exigencia de *tener* autorización para comercializar los equipos, que fue lo que se exigió en el pliego de condiciones, y la exigencia de *presentar* dicha autorización, que no se hizo en tal pliego, aduciendo que él sí contaba con la requerida, aunque no haya presentado documento proveniente del fabricante, lo que, entre otras cosas, resulta contradictorio con otra afirmación que efectuó y que trató de acreditar con los documentos que anexó al proceso, en el sentido de que a juicio del mismo fabricante y del distribuidor autorizado para Colombia, no se requería tal autorización a MICROCOM para ofertar los equipos.

33.1.3. Al respecto, es necesario advertir que, jurídicamente, tener una calidad o derecho y no demostrar que se tiene, equivale a no tener, por cuanto la sola afirmación del interesado, resulta insuficiente. Así, cuando la entidad exige el cumplimiento de un determinado requisito, el destinatario de dicha exigencia debe presentar pruebas de que efectivamente, lo cumple. Por lo tanto, si el demandante afirmó que cumplía el requisito de contar con autorización para comercializar los equipos marca AST, ha debido presentar la prueba de esa afirmación en el momento oportuno, es decir con su oferta, tal y como lo exigía el pliego de condiciones.

33.2. Otro argumento esgrimido por el apelante, es que el Tribunal *a-quo* no tuvo en cuenta que la propuesta presentada por MICROCOM obtuvo durante todo el procedimiento licitatorio la mayor calificación. Y la selección objetiva imponía darle prevalencia en la adjudicación, pues la posibilidad de rechazar ofertas, según el pliego de condiciones, era potestativa de la entidad y no imperativa y además la causa para que su



oferta fuera rechazada—no aportación de la referida autorización- no le servía de título suficiente para ello, pues ese requisito no era necesario para la comparación de las propuestas.

33.2.1. En relación con estos argumentos, debe recordarse que el procedimiento licitatorio, tal y como ya se explicó, cuenta con varias etapas, una de las cuales es la de evaluación y calificación de las ofertas, que culmina con la presentación del respectivo informe por parte del comité evaluador designado en la entidad para llevar a cabo esa tarea, el cual, en todo caso, no es obligatorio para el representante legal de la entidad o el funcionario competente para adjudicar, porque en tal caso, se estaría trasladando dicha competencia al mencionado comité, en contra de lo dispuesto por la ley.

33.2.2. No se puede olvidar que es la ley la que determina la competencia para adjudicar el contrato, que está radicada, en principio, en cabeza del jefe o representante legal de la respectiva entidad, quien la podrá delegar en los términos autorizados por la norma —arts. 11 y 12, Ley 80/93—, quien tendrá en cuenta para tomar la decisión, la recomendación que en tal sentido hace el comité evaluador, con fundamento en el puntaje obtenido por las ofertas calificadas, mediante la aplicación de los factores de calificación y ponderación previamente establecidos en el pliego de condiciones.

33.2.3. Y si bien en principio se considera que la oferta más favorable para la administración fue la que ocupó el primer lugar por haber obtenido el mayor puntaje, puede el representante legal apartarse de tal recomendación, siempre que tenga suficientes razones que justifiquen su actuación, lo que puede suceder por varias razones, por ejemplo, cuando surge una inhabilidad sobreviniente en cabeza del calificado en



primer lugar, lo que sin duda alguna impide que resulte favorecido con la adjudicación.

33.2.4. Pero otra circunstancia que puede conducir a la modificación de la evaluación de las ofertas, está dada por el análisis que la entidad licitante debe hacer frente a las observaciones y objeciones que los oferentes presenten respecto del informe de evaluación de las propuestas y la respuesta que a las mismas brinde, tomando las decisiones que resulten procedentes. En efecto, debe entenderse que si el legislador dispuso el deber de dar a conocer ese informe a los proponentes y de brindarles la oportunidad para presentar sus opiniones en torno al mismo¹⁶, fue con una finalidad útil, cual es la de permitir que los errores de evaluación y calificación en los que se haya podido incurrir por parte de los funcionarios designados para ello, puedan ser corregidos por la entidad, antes de tomar la decisión de adjudicación. Ningún sentido tendría introducir en el procedimiento de selección la etapa de observaciones al informe de evaluación, si como resultado de la misma, no se pudiera modificar la evaluación y calificación de las ofertas por parte de la entidad.

33.2.5. En consecuencia, no es cierto que una vez calificadas las ofertas en la etapa de su evaluación, los puntajes obtenidos se tornen inmodificables, como tampoco lo es que dicha calificación otorgue derecho alguno a los proponentes, pues es simplemente una etapa más en el camino hacia la adjudicación. Como lo ha dicho la jurisprudencia:

No cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación

¹⁶ El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que regula la estructura del procedimiento licitatorio, establece en su numeral 8º que los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de 5 días hábiles, para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes, aclarando que en ejercicio de esta facultad, ellos no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.



jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa. Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación.

(...) No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993). Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes¹⁷.

33.3. Por otra parte, en relación con la afirmación del apelante en el sentido de que la prescripción del pliego de condiciones –literal f) del numeral 10.1.8- simplemente facultaba a la entidad para rechazar las ofertas pero no se lo imponía, por lo que ésta bien pudo abstenerse de tomar esa decisión en relación con la propuesta presentada por MICROCOM, la Sala considera que en un procedimiento reglado como lo es la licitación pública, las decisiones discrecionales son improcedentes. Como ya se advirtió, la entidad cuenta con una relativa libertad para elaborar el pliego de condiciones y por lo tanto, puede establecer en él tanto los requisitos de participación como los criterios de selección que considere pertinentes y necesarios, con miras a la obtención de las ofertas más favorables para los intereses de la administración. Así mismo, puede establecer aquellos requisitos y documentos que considera indispensables para el logro de esa finalidad

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, M.P. Nora Cecilia Gómez Molina.



de selección objetiva¹⁸, de tal manera que, de no acreditarse, se haga imposible la consideración de esas ofertas, debiendo tratarse, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia, de requisitos que incidan en la parte sustantiva de las ofertas y no de meros requisitos formales susceptibles de ser subsanados, es decir "(...) que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, para la comparación de las propuestas"¹⁹.

33.3.1. Por lo anterior, las causales de rechazo que se consagren en el pliego de condiciones, deben obedecer a razones fundadas en criterios objetivos y se deben aplicar con total imparcialidad e igualdad para todos los participantes, lo que descarta toda posibilidad de que se deje al arbitrio de la administración cuándo sí rechazar y cuándo no, a pesar de evidenciarse el hecho que configura la causal consagrada en el pliego.

¹⁸ El artículo 29 de la Ley 80/93 –antes de la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007-, establece: "Artículo 29º.- Del Deber de Selección Objetiva. La selección de contratistas será objetiva. // Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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. // Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación. // El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. // En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización".

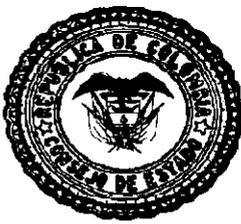
¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 24059, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en sentencia de la Subsección C, del 12 de junio de 2014, expediente 21324, C.P. Enrique Gil Botero.



33.3.2. En consecuencia, a pesar de la utilización de la expresión “podrá rechazar”, contrario a lo afirmado por el demandante, debe entenderse que en presencia de alguno de los hechos consagrados como causales de rechazo de la oferta y teniendo en cuenta que el pliego de condiciones obliga a la misma entidad que lo elaboró, ésta se verá impelida a tomar la decisión de apartar del procedimiento de selección la respectiva oferta que haya incurrido en ese defecto, puesto que obrar de una manera diferente, atenta contra los principios de transparencia e imparcialidad que informan esta clase de actuaciones administrativas.

33.4. En cuanto a la afirmación de que no se podía rechazar la oferta por la falta de autorización del fabricante para comercializar los equipos marca AST, porque este no era un elemento indispensable para comparar las ofertas, la Sala se separa de tal apreciación. Al respecto, tal y como se dejó registrado en los hechos probados, en varias disposiciones del pliego de condiciones se resaltó la necesidad de que los proponentes acreditaran la autorización de distribución de los equipos ofrecidos –párrafo 10.3.2, 10.3.3, 10.3.4 y 10.3.5- y además, uno de los ítems de calificación era el de las especificaciones técnicas, dentro de las cuales se evaluaba, entre otras cosas, i) el respaldo internacional; ii) la experiencia y soporte, en el cual se le otorgaba puntaje a las certificaciones enviadas por los proveedores, factor en el cual si bien se le otorgó un puntaje al demandante, no se relacionó certificación alguna que hubiere allegado y iii) los repuestos en stock – párrafo 10.6-, aspectos éstos que, sin duda, están vinculados con la relación existente entre el fabricante y el proveedor autorizado para comercializar sus equipos.

33.4.1. Una vez fijado este requisito en el pliego de condiciones y consagrada su ausencia como causal de rechazo de las ofertas, los proponentes estaban en el deber de aportar la certificación que se les



estaba solicitando, hecho que en el presente caso no se dio, por cuanto efectivamente, la sociedad Colombiana de Microcomputadores y Comunicaciones Ltda., no adjuntó con su oferta la autorización del fabricante AST, para comercializar sus equipos, ofrecidos en la licitación de la secretaría de educación distrital. Dada la obligatoriedad de dicho pliego, tanto para los proponentes como para la misma entidad, una vez verificada la omisión en la que incurrió este proponente, la única decisión posible era la de proceder al rechazo de la oferta, tal y como lo hizo.

33.4.2. Ahora bien, el demandante afirma que no debió ser rechazada su oferta, pues en su caso particular, no era necesaria la autorización de AST para comercializar sus equipos, hecho que en su calidad de proponente no propuso ni acreditó en el trámite de la licitación y lo cierto es que frente a la exigencia incluida en el pliego de condiciones, en el sentido de presentar dicho documento so pena de ser rechazada la oferta, tal y como quedó consagrado, el proponente MICROCOM no dijo nada, no pidió aclaración ni modificación del pliego, ni objetó el referido requisito cuando tuvo la oportunidad, durante el término para presentar ofertas. Simplemente se limitó a adjuntar documentos que daban cuenta de la condición de distribuidor autorizado de equipos AST que ostentaba otra firma, MAKROCÓMPUTO, persona distinta del proponente, que era quien debía acreditar esa condición –párrafos 10.4.3.1, 10.4.3.2 y 10.4.3.3-.

33.4.3. Por otra parte, no queda claro cómo es que no se requiere de tal autorización, cuando lo cierto es que según los documentos aportados por el demandante AST sí designó a MAKROCÓMPUTO como distribuidor autorizado suyo y en ese certificado consta que aquella firma está autorizada para celebrar negocios de venta de los productos de dicho fabricante, de quien tenía todo el respaldo técnico, de garantía y de repuestos que fueran necesarios, exigencias que en la licitación



pública se requería acreditar por parte de los proponentes, en relación con los equipos que fueran ofrecidos a la secretaria de educación y que MICROCOM no probó cumplir respecto de los computadores marca AST de su propuesta.

33.5. Otro argumento del apelante para solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, es que no es cierto, como lo afirmó el *aquo*, que la certificación de autorización de distribución de los equipos sea necesaria para asegurar el cumplimiento del contrato, toda vez que para ello están instituidas las garantías contractuales de cumplimiento y calidad exigidas por la ley y que el contratista tiene que constituir a favor de la entidad.

33.5.1. En relación con esta afirmación, observa la Sala que la exigencia que se hizo en el pliego de condiciones, en cuanto a la acreditación de la autorización de distribución de los equipos ofrecidos, opera, precisamente, en la etapa de selección del contratista y como elemento de comparación entre las ofertas presentadas, toda vez que se trata de verificar la procedencia de los equipos y el respaldo técnico con el que actúa el proponente que los ofrece, elementos diferenciadores que resultan determinantes a la hora de escoger la oferta más favorable para la administración.

33.5.2. No cabe duda de la importancia que reviste el hecho de actuar como distribuidor autorizado de un fabricante, por cuanto esa condición representa una garantía concreta de respaldo técnico, en cuanto a la capacitación en el manejo, el mantenimiento y la reparación de los equipos ofrecidos y el acceso a los servicios y repuestos que sean requeridos para los mismos, características que desde luego, brindan una mayor seguridad y tranquilidad en el adquirente, respecto de los eventuales inconvenientes que se puedan presentar a futuro con el



manejo y utilización de los equipos adquiridos y en cuanto a la protección de su inversión, garantía que muy seguramente no podrá brindar quien actúa sin la debida autorización del fabricante.

33.5.3. Por ello, no resulta extraño que en una licitación pública adelantada por una entidad estatal para la adquisición de equipos de cómputo -o de cualquier otra naturaleza-, resulte indispensable la acreditación de esa autorización de distribución, cuando el proponente no sea el mismo fabricante que responde por sus productos, como elemento indispensable para la calificación de las ofertas, tendiente a garantizar que quien resulte favorecido con la adjudicación, cuente con el respaldo necesario para responder en caso de fallas o deficiencias de los bienes adquiridos por la administración.

33.5.4. Es errada pues, la afirmación del apelante, en el sentido de que el requisito exigido en el pliego de condiciones no es lo suficientemente importante como para determinar la descalificación de una oferta y que no es necesario para la comparación de las propuestas presentadas en la licitación, pues es allí donde cobra mayor relevancia, aunque, de igual manera, hay que decir que el hecho de contar con la autorización de distribución exigida en el pliego de condiciones, no releva al futuro contratista de su obligación de garantizar el contrato en los términos exigidos por la ley, mediante la constitución de la respectiva garantía única de cumplimiento, con los amparos correspondientes de calidad y correcto funcionamiento de los equipos adquiridos.

33.6. El apelante también adujo la violación del derecho que tenía al debido proceso, pues la decisión de rechazar su oferta se dio después de haber sido evaluada y calificada y sin haberle dado la oportunidad de brindar las explicaciones del caso. Frente a este cargo, observa la Sala que, efectivamente, el rechazo de la oferta no se produjo como



consecuencia de la tarea de evaluación de las ofertas por parte de la entidad, sino como resultado de las observaciones que otro proponente efectuó durante el plazo legal en el que las ofertas fueron puestas a su disposición, con esa finalidad.

33.6.1. Sin embargo, esta sola circunstancia es insuficiente para admitir la violación del referido derecho, toda vez que de acuerdo con lo establecido por el artículo 2º del Decreto 287 de 1996²⁰, *“Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación”*. En el presente caso, se advierte que la entidad licitante llevó a cabo una audiencia de adjudicación previa a la expedición del respectivo acto administrativo, en la cual dio a conocer los resultados del estudio de las objeciones presentadas por los proponentes al informe de evaluación de las propuestas. Y es así cómo, una vez conocida por la administración la objeción a la oferta de MICROCOM LTDA., decidió rechazarla y de esta determinación dio cuenta en la referida audiencia, momento en el cual el representante legal de la sociedad demandante fue escuchado y pudo exponer las explicaciones y justificaciones que consideró necesarias, pero que a juicio de la entidad resultaron insuficientes, pues subsistía la omisión en el cumplimiento del deber de aportar la prueba de la autorización como distribuidor del fabricante de los equipos ofrecidos, tal y como se exigió en el pliego de condiciones –párrafo 10.13-.

33.6.2. Como consecuencia de lo anterior, no resulta acertado sostener, como lo hace el demandante, que se violó su derecho de defensa y contradicción, puesto que sí tuvo oportunidad de ejercerlo, sólo que no

²⁰ Este decreto fue derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, excepto los artículos 3 y 4 y posteriormente, en su integridad, por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012.



fue suficiente para subsanar el incumplimiento del requisito que daba lugar al rechazo de su oferta.

33.7. Finalmente, observa la Sala que no es cierto, como lo afirmó el apelante, que su oferta hubiera sido rechazada a instancias de otro proponente para favorecer a este último con la adjudicación, puesto que quien hizo la observación sobre el incumplimiento del requisito que daba lugar al rechazo de la oferta de la sociedad actora, fue la firma TEXINS DE COLOMBIA S.A., a la que no se le adjudicó ítem alguno del lote 1, en el que participó la demandante, tal y como se constata en el acto administrativo mismo de adjudicación (f. 775, c. 2).

Conclusión

34. De lo expuesto, concluye la Sala que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de adjudicación demandado, razón por la cual resulta procedente la confirmación del fallo de primera instancia en cuanto denegó las pretensiones de la demanda en su contra y en ese sentido se decidirá.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCANSE los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 9 de julio de 2008, los



cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación.

SEGUNDO: DECLÁRASE oficiosamente la caducidad de la acción en relación con la pretensión 2 de la demanda.

TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás el fallo impugnado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

Actuado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado
Impedido²¹

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado



Soluciones jurídicas en línea

²¹ Mediante auto del 12 de marzo de 2014, la Sala aceptó el impedimento presentado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero, con fundamento en la causal consistente en haber conocido del proceso en instancia anterior, en su calidad de magistrado del tribunal de primera instancia (f. 250 y 252, c. ppl.).