

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018)**

**Radicación número: 68001-23-31-000-2001-1182-00 (41198)**

**Actor: OICA S.A.**

**Demandado: NACIÓN – INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS).**

**Referencia: ACCIÓN de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
(D.01/84).**

Tema: Criterios de selección y adjudicación.

Subtema 1: Improcedencia del rechazo de la oferta por requisitos formales.

Subtema 2: Primacía del fondo sobre la forma.

Sentencia: Niega.

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora contra la sentencia de veinte (20) de agosto de dos mil diez (2010) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

## **I. SÍNTESIS DEL CASO**

Durante el trámite de la licitación pública SCT-013-2001, fueron rechazadas las propuestas presentadas por algunos participantes debido a las discrepancias que se presentaban entre los datos consignados en la propuesta y la documentación de soporte solicitada por la entidad convocante. Sin embargo, al considerar que el rechazo de dichas propuestas atendía a consideraciones meramente formales, ya que los defectos en nada afectaban las condiciones

de admisibilidad de las propuestas, la entidad convocante decidió readmitir las propuestas inicialmente rechazadas. El contrato fue adjudicado a uno de los participantes cuya propuesta fue readmitida. Otra firma participante demandó la resolución de adjudicación, demanda que fue desestimada en primera instancia. La demandante presenta recurso de apelación.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. La demanda.

Mediante escrito presentado el cinco (5) de marzo de dos mil uno (2001) en ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento de derecho (art. 85, C.C.A.), la sociedad Oica S.A. presentó demanda contra la Nación – Instituto Nacional de Vías (Invias), con el propósito de que: **(i)** se **declare** la nulidad de la Resolución del Invias número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001), por medio de la cual se adjudicó la licitación pública SCT-013-2001, a la Sociedad Murillo Lobo Guerrero Ingenieros S.A.; y, **(ii)** como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la demandada a pagar a Oica S.A. la suma de trescientos ochenta y cinco millones seiscientos cuarenta y siete mil setecientos treinta y cinco pesos (\$385'647.735), correspondientes a la utilidad del quince por ciento (15%), que dejó de percibir por la no adjudicación de la licitación pública SCT-013-2001, *“no obstante ser el proponente de mejor derecho dentro de la aludida licitación”*.

Como **fundamento de hecho** de sus pretensiones, la parte actora señaló lo siguiente:

La Subdirección de Construcción del Invias dio inicio a la licitación pública SCT-013-2001, cuyo objeto consistía en el mejoramiento y pavimentación de tramo K10 + 000-K16 + 000, del sector Vélez-Landázuri, Transversal del Carare.

Según el numeral 4.2 del pliego de condiciones de dicha licitación, las propuestas serían evaluadas de la siguiente forma:

“a) El Instituto comprobará la exactitud de la información consignada en la propuesta y podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes, dichas aclaraciones y demás solicitudes que para el efecto de la evaluación realice el Instituto, deberán ser resueltas por el proponente dentro del término que para el efecto le (sic) determine la entidad[,] de lo contrario dicha información se tendrá por no presentada.

La información contenida en las certificaciones, constancias o cualquier otro documento con que el oferente pretenda acreditar el ofrecimiento consignado en el formulario número 2 de la propuesta, no puede discrepar del ofrecimiento contenido en este. Si se presentaran discrepancias, se procederá de la siguiente manera:

Si los documentos con que se pretende soportar el ofrecimiento se allegaren con posterioridad a la entrega o por requerimiento del INVIAS, este último Rechazará (sic) la oferta si la información es relativa a un contrato vigente (Contrato –sic– que está en ejecución y/o suspendido y el que está adjudicado sin orden de iniciación), o la tendrá por no ofrecida si corresponde a contrato terminado”.

El veintisiete (27) de diciembre del dos mil (2000) se produjo el cierre de la licitación pública SCT-013-2001.

Con fundamento en el precitado numeral 4.2 del pliego de condiciones, el Invias solicitó, mediante oficio de cuatro (4) de enero de dos mil uno (2001), a la sociedad oferente **Ingeniería de Vías S.A.**, que aclarara unos datos consignados en el formulario número dos y presentara documentación que permitiera verificar el plazo y valor sin IVA del contrato número 19, presentado sin soporte alguno a la propuesta<sup>1</sup>.

**Ingeniería de Vías S.A.** dio respuesta dentro del término dispuesto de dos (2) días hábiles. Sin embargo, persistía la incongruencia entre lo indicado en el formulario número dos y el documento de soporte, ya que

---

<sup>1</sup> Folio 1 de la reforma a la demanda.

el Comité de Cafeteros había certificado que el valor del contrato era de ciento treinta y siete millones doscientos setenta y dos mil cuatrocientos sesenta y seis pesos (\$137'272.466), mientras la oferente afirmaba que su valor era de ciento cuarenta y cinco millones seiscientos veintiocho mil noventa y cuatro pesos (\$145'628.094).

Debido a la anterior discrepancia entre el valor del contrato certificado y el que afirmaba la sociedad proponente, el Comité de Evaluación del Invias rechazó la oferta presentada por **Ingeniería de Vías S.A.**

Con fundamento en el mismo numeral 4.2 del pliego de condiciones, el Invias solicitó al proponente **URCAL Ltda.**, mediante oficio de cuatro (4) de enero de dos mil uno (2001), que aclarara unos datos en los que se presentaba una discrepancia entre lo apuntando en el formulario dos y los documentos de soporte.

El proponente respondió fuera del término fijado de dos (2) días hábiles, ya que el término se vencía el nueve (9) de enero de dos mil uno (2001) y **URCAL Ltda.** respondió el once (11) de enero, por lo que –según la demandante– su respuesta debería haber sido rechazada.

En la audiencia de cinco (5) de febrero de dos mil once (2001), el proponente **INSCO Ltda.** objetó la propuesta de URCAL Ltda. La objeción fue acogida por el Invias, teniendo en cuenta que *“no ofreció el contrato SOP – V – 143 – 99 como vigente sino como terminado, y que la información allegada con posterioridad, no puede ser tenida en cuenta puesto que viola lo establecido en el Numeral (sic) 8 artículo 30 de la Ley 80 de 1993, toda vez que modifica la propuesta”*.

El Invias solicitó asimismo al proponente **Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.** que aclarara información incongruente dentro de un término de dos (2) días hábiles, mediante oficio de cuatro (4) de enero de dos mil uno (2001).

**Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.** respondió de forma oportuna. Pero en la propuesta y el formulario número dos (2) afirmaba que la fecha de terminación de uno de los contratos era el treinta (30) de mayo de dos mil uno (2001), mientras en la respuesta aclaratorio decía que el contrato terminaba el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil (2000).

Ante esta incongruencia, el Comité de Evaluación rechazó la propuesta de

**Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.**, ya que la fecha de terminación del contrato SOP-V-46-99 indicada en el formulario dos (2) no había sido acreditada. Aparte, en el escrito de aclaración, **Murillo Lobo-Guerrero** mencionó que el oferente había presentado una adición al contrato SOP-V-46-99, firmada tras el cierre de la licitación, en la que se constata una adición de siete (7) meses al contrato principal<sup>2</sup>.

Mediante el adendo número cinco (5) de catorce (14) de marzo de dos mil uno (2001), el Director del Invias informó a los participantes que el plazo para proferir la resolución de adjudicación se prorrogaría hasta el primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001) y que el texto del pliego de condiciones no sufriría modificación alguna.

El quince (15) de febrero de dos mil uno (2001) el Invias informó a los proponentes que el requisito del numeral 4.2 del pliego, con base en el cual había rechazado las propuestas de **Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.**, **URCAL Ltda.** e **Ingeniería de Vías S.A.**, no era sustancial, sino simplemente formal, por lo que estaban considerando el reingreso de esas tres (3) firma al proceso licitatorio.

El Invias no suprimió o anuló el numeral 4.2. del pliego de condiciones, por lo que –según la firma actora– debía ser aplicado.

---

<sup>2</sup> Folios 2 y 3 de la reforma a la demanda.

El diecinueve (19) de febrero de dos mil uno (2001) **OICA S.A.** presentó inconformidad ante el Invias, para que no fueran reincorporadas las sociedades inicialmente excluidas del proceso licitatorio. Esta inconformidad no fue acogida.

El primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001), el INVIAS adjudicó la licitación SCT-013-2000 a **Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.**

## **2.2. Trámite procesal relevante**

El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y ordenó que la misma fuera notificada a Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda.<sup>3</sup>. Posteriormente, admitió la reforma de la demanda<sup>4</sup>.

El **Invias contestó la demanda**, mediante escrito presentado el veintiocho (28) de octubre de dos mil tres (2003)<sup>5</sup>, en el que se opuso a todas las pretensiones de la demandante. La entidad demandada adujo que, en el proceso licitatorio, permitió que los participantes hicieran observaciones a los informes de evaluación, para evitar reclamos futuros y demandas infundadas. Esto llevó a que la entidad examinara si los errores tenían carácter sustancial, con el fin de corregir los que no lo fueran, para evitar que fueran eliminadas propuestas que le pudieran resultar más favorables. Además, afirmó que la calificación asignada a la propuesta de OICA S.A. estuvo muy por debajo de que recibieran las ofertas de otros proponentes, por lo que no tiene derecho a reclamar una eventual indemnización.

Con respecto al rechazo y posterior reincorporación de los proponentes excluidos, el Invias manifestó en la contestación de la demanda, que el numeral 4.3.1.6 del pliego de condiciones solicitaba acreditar el valor total de los contratos vigentes (discriminando básico y ajustes, sin IVA), mientras la

---

<sup>3</sup> Folios 45 a 47 del cuaderno 1. Auto de 23 de abril de 2002.

<sup>4</sup> Folios 52 y 53 del cuaderno 1. Auto de 5 de mayo de 2003.

<sup>5</sup> Folios 83 a 97 del cuaderno 1.

columna tres (3) del formulario dos (2) solicitaba consignar el valor total, incluidas las adiciones. En ningún caso –afirmó– el pliego o el formulario indicaron que el valor total no debía incluir el IVA. Así pues, teniendo en cuenta que las certificaciones aportadas coincidían con el valor consignado en el formulario dos (2) para el contrato DE-615, el Invias decidió aceptar finalmente la propuesta de Ingeniería de Vías S.A.

El Invias aclaró, por otro lado, que los motivos que dieron lugar a la habilitación de URCAL Ltda. y Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros, tuvieron origen en la observación presentada por Grodco S.C.A., para las licitaciones SCT-011-2000 y SCT-01-2000.

Añadió la entidad que en la audiencia de cinco (5) de febrero de dos mil uno (2001) se definió el primer orden de elegibilidad de la licitación, quedando INSCO en primer lugar, con mil (1000) puntos, seguida de OICA en Ingeniería de Vías S.A. con doscientos (200) puntos.

Finalmente, en la audiencia de quince (15) de febrero de dos mil uno (2001), en la que se estableció el orden definitivo de elegibilidad, Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros se ubicó en primer lugar, con novecientos noventa y nueve (999.999) puntos; INSCO Ltda. quedó en segundo lugar, con la misma puntuación; y, en tercer lugar se posicionó OICA S.A. con doscientos (200), los mismos de Ingeniería de Vías S.A., ubicada encuarto lugar. De acuerdo con esto, la entidad demandada alegó que no se configuró un daño cierto y concreto.

Por último, INVIAS arguyó que, si bien el acto de adjudicación es un acto reglado, también admite cierta discrecionalidad en la valoración y ponderación de las propuestas. Dentro de ese margen de discrecionalidad, la entidad convocante readmitió las ofertas que habían sido excluidas, ya que consideró que la regla de los pliegos que motivó el rechazo contravenía el artículo 24, num. 5, lit. b) de la Ley 80 de 1993.

El veinticinco (25) de febrero de dos mil cinco (2005), **Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros** presentó escrito de **contestación**<sup>6</sup>, en el que manifestó que toda la actividad precontractual se ciñó a las reglas fijadas por el Invias. Aparte, indicó que la acción impetrada por la firma demandante se dirige contra la resolución de adjudicación, no contra el contrato, por lo que éste último se mantiene incólume. Además, advirtió que el Invias es el único demandado, ya que la elaboración y trámite interno de la resolución demandada es de la esfera exclusiva del Invias y el documento en el que sí participó la constructora, no fue objetado por la demandante.

El siete (7) de junio de dos mil cinco (2005), el **Invias contestó la reforma de la demanda**<sup>7</sup>, oponiéndose a las excepciones formuladas por la demandante y reiterando los argumentos de la contestación.

Cerrada la etapa probatoria<sup>8</sup>, el **Invias** presentó **alegatos de conclusión**<sup>9</sup> en los que reiteró sus argumentos anteriores y agregó que, de acuerdo con la prueba documental aportada, se evidenció que la evaluación de las ofertas se había realizado de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones, como lo había manifestado en la contestación de la demanda.

**Oica S.A.** formuló **alegatos de conclusión**<sup>10</sup>, en los que aseveró que la prueba testimonial solicitada por la demandada es “*completamente irrelevante e intrascendente*”, ya que no permite acreditar cuál era la normativa aplicable para la adjudicación y el proponente de mejor derecho, que finalmente debería haber sido el adjudicatario. Aparte, reseñó que el despacho comisorio para la práctica de los testimonios no fue retirado del expediente por la parte pasiva. De esto, en su entender, se colige la falta de interés en la práctica de la prueba que solo vino a tener efectos dilatorios.

---

<sup>6</sup> Folios 132 a 146 del cuaderno 1.

<sup>7</sup> Folios 148 a 152 del cuaderno 1.

<sup>8</sup> Auto de 15 de febrero de 2008. Folio 235 del cuaderno 1.

<sup>9</sup> Folios 236 a 241 del cuaderno 1.

<sup>10</sup> Folios 242 a 248 del cuaderno 1.

Por otro lado, la firma demandante manifestó que la objeción al dictamen formulada por la entidad demandada afirmaba que deberían haberse tenido en cuenta todas las propuestas, pero no especificó la normativa que el perito había violado.

### **2.3. La sentencia apelada.**

El veinte (20) de agosto de dos mil diez (2010) el Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia<sup>11</sup> en la que rechazó las excepciones de caducidad y de falta de litisconsorcio necesario pasivo, desestimó la objeción contra el dictamen pericial y, en relación con el fondo del asunto, resolvió:

“**Primero: DENIEGANSE** (sic) las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaura la Sociedad OICA S.A. en contra del Instituto Nacional de Vías –INVIAS–, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema”.

El a quo argumentó que, en el procedimiento de valuación y comparación, la entidad pública puede advertir errores o irregularidades, con relación a lo establecido en el pliego de condiciones o en la ley. En tal caso, la entidad *“deberá definir si los errores son o no de carácter sustancial, con el objeto de corregir los no sustantivos”*, siendo admitida por la jurisprudencia la posibilidad de corregir las ofertas que contengan errores.

En el presente asunto –según el Tribunal– el pliego de condiciones no indicó que el valor de los contratos vigentes debía incluir el IVA, lo que generó inconsistencias en la propuesta presentada por Ingeniería de Vías S.A. Pero esta irregularidad no puede endilgársele como causal de rechazo a la sociedad oferente, *“pues la entidad pública al adelantar el procedimiento de evaluación y*

---

<sup>11</sup> Folios 249 a 282 el cuaderno 11.

*comparación de la información suministrada, puede advertir la presencia de inconsistencias en las estipulaciones del Pliego de Condiciones (sic) que de no ser sustanciales sino meramente formales, son susceptibles de enmendarse en aras de adjudicar al mejor proponente la licitación”.*

Puso de presente el Tribunal que la propuesta de Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros Ltda. fue rechazada inicialmente, ya que la fecha de terminación del contrato SOP-V-46-99 indicada en el formulario número dos (2) no fue acreditada, pero que una vez advirtió la entidad que dicha inconsistencia no afectaba la calificación que había podido obtener el oferente, la propuesta fue calificada como admisible. De igual manera, verificó que la propuesta del Consorcio URCAL Ltda. fue rechazada porque el contrato SOP-V-0499 había sido suspendido, reiniciado y postergada su fecha de terminación hasta el treinta (30) de diciembre de dos mil (2000), lo que no se consignó en el formulario número dos (2), pero que, habiendo verificado el Invías que esa irregularidad no afectaba la calificación que habría podido obtener el consorcio, *“toda vez que su capacidad residual se mantendría por encima de la exigida en los respectivos pliegos de condiciones”*, reconsideró el rechazo y readmitió la oferta.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Administrativo de Santander juzgó que discrepancias en las fechas de terminación especificadas en el formulario dos por URCAL y Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros *“[...] en nada afectó la calificación obtenida por el respectivo oferente ni tampoco se constituye en una extralimitación de la entidad contratante en la interpretación de los Pliegos de Condiciones (sic) de la Licitación No. SCT-013-2000, siendo del todo viable la inclusión de los mismos en el proceso licitatorio”*.

Además, el a quo entendió que la readmisión de las sociedades cuya propuesta había sido inicialmente rechazada no les dio ventaja a las readmitidas, ya que las propuestas no podían ser modificadas, enmendadas o cambiadas tras el cierre de la licitación que se produjo el veintisiete (27) de diciembre de dos mil (2000); contrario a lo afirmado por la sociedad actora.

Uno de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander presentó salvamento de voto<sup>12</sup>. En éste, afirma que la readmisión de las ofertas inicialmente rechazadas afectó el cálculo de la capacidad residual de URCAL Ltda. y permitió agregar información a Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros tras el cierre de la licitación. Esto –en su entender– se vulneraron los principios de transparencia y de igualdad de los proponentes.

#### **2.4. El recurso contra la sentencia.**

La parte **actora** formuló **recurso de apelación**<sup>13</sup>, en el que solicitó acceder a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes cuatro cargos:

1. Que el problema jurídico se contrae a determinar la legalidad de la resolución de adjudicación, porque la readmisión de los proponentes inicialmente excluidos vulnera el ordenamiento legal y constitucional que regula la selección objetiva de contratistas.
2. Que, como lo advirtió el salvamento de voto, al readmitir las ofertas inicialmente rechazadas se afectó el cálculo de la capacidad residual de URCAL Ltda. y se permitió agregar información a Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros tras el cierre de la licitación. Para la recurrente, el hecho de que Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros hubiera podido acreditar una disponibilidad operativa suficiente tras el cierre de la licitación, demuestra que dicho participante “*tuvo preferencia por parte del INVIAS*”, afectando la igualdad de oportunidades de los demás proponente. Y, al considerar que eran requisitos de forma, y no de fondo, el Invias vulneró los principios de igualdad, transparencia y responsabilidad, ya que debía tener en cuenta los criterios técnicos y factores económicos definidos “*de manera puntual y precisa*” en el pliego de condiciones.

---

<sup>12</sup> Folios 284 y 285 del cuaderno 11.

<sup>13</sup> Folios 288 a 303 del cuaderno 11.

3. En la audiencia que se realizó el primero (1º) de diciembre del dos mil (2000), para precisar el contenido y alcance del pliego, ninguno de los proponentes controversió o solicitó aclaración sobre las exigencias de formulario dos (2). Por tanto, los proponentes que no tuvieran todos sus documentos en regla debían asumir las consecuencias de ello, lo que significaba el rechazo de la propuesta.
4. De acuerdo con el numeral 2.3 del pliego, las modificaciones o aclaraciones a dicho documento debían realizarse mediante comunicaciones y adendas numeradas secuencialmente. Sin embargo, el Invias expidió una adenda en la que modificó el numeral 4.2 del pliego, con base en el cual habían sido rechazadas las propuestas presentadas.
5. El numeral 4.2 establecía que la experiencia general y específica, la disponibilidad operativa y la capacidad financiera debían tener calificación de admisible o no admisible. Dicha evaluación se realizaba mediante fórmulas matemáticas, por lo que el Invias había solicitado que la información consignada fuera exacta, advirtiendo que los cálculos serían aproximados, por exceso o por defecto a la unidad. En atención a esto, el numeral 4.2 especificó que las propuestas serían rechazadas, en caso de que se presentaran discrepancias.
6. Por último, la sociedad recurrente reiteró los argumentos de hecho presentados anteriormente.

## **2.5. Trámite de segunda instancia**

Admitido el recurso de apelación<sup>14</sup>, la **sociedad demandante** presentó **alegatos de conclusión**<sup>15</sup>, en los que hizo un recuento del proceso, y reiteró

---

<sup>14</sup> Auto de 22 de junio de 2011. Folios 314 y 315 del cuaderno 11.

<sup>15</sup> Folios 318 a 334 del cuaderno 11.

los argumentos formulados en sustento del recurso, así como en las actuaciones previas.

El **Ministerio Público** formuló **concepto**<sup>16</sup> en el que solicitó que el fallo apelado fuera confirmado. El concepto afirma que la selección objetiva “*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*”.

Por otra parte, el Ministerio Público recordó que, conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa, la Administración no puede establecer en el pliego de condiciones criterios irrazonables que no consulten el interés general, so pena de ineficacia o de exponerse al control riguroso del juez del contrato (exp. 12344). Además, puso de presente que esta Corporación manifestó que, como criterios habilitantes, no pueden admitirse requisitos puramente formales, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, esto es, “*que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración*” (exp. 16041).

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio Público considera que el acto demandado no se encuentra viciado de nulidad, ya que la firma adjudicataria cumplía las exigencias del pliego de condiciones, pese a la incongruencia que se presentaba entre la información suministrada y la documentación. En este orden de ideas, el oferente había acreditado el requisito de disponibilidad operativa desde el inicio, por lo que no debió ser rechazada su propuesta.

Por último, el Ministerio Público manifestó que no se demostró que la sociedad actora tuviera la mejor oferta.

**El Invias guardó silencio.**

---

<sup>16</sup> Folios 336 a 358 del cuaderno 11.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Presupuestos de la sentencia de mérito.

##### 3.1.1. Competencia.

**La Sala es competente** para conocer del asunto, debido al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en un proceso con vocación de segunda instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo para el efecto<sup>17</sup>.

##### 3.1.2. Vigencia de la acción.

De acuerdo con el 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 deben demandarse mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho, *“dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”*. En todo caso, dicha norma prevé que una vez celebrado el contrato, *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*.

De acuerdo con lo anterior y lo manifestado por la jurisprudencia constitucional<sup>18</sup> y contencioso-administrativa<sup>19</sup>, **la acción se encontraba**

---

<sup>17</sup> La pretensión mayor supera los trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos por el artículo 132.3 C.C.A., en concordancia con el artículo 129 de la misma codificación, para que un proceso adelantado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación. La pretensión mayor de la demanda asciende a \$385'647.735 y la suma de 300 salarios mínimos a la fecha de la pretensión de la demanda equivalía a \$85'800.000.

<sup>18</sup> *“De esta manera, la Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”*. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1048 de 2001, párr. 10.

<sup>19</sup> *“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*

**vigente al momento de presentación de la demanda**, ya que la resolución demandada se expidió el primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001), el contrato fue suscrito el doce (12) de marzo del mismo año y la demanda fue presentada el cinco (5) de marzo de dicha anualidad.

### **3.1.3. Legitimación en la causa.**

La Resolución número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001), cuya validez se discute en el presente proceso, fue expedida por el **Instituto Nacional de Vías (Invias)**, que es un establecimiento público del orden nacional, con autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transportes, conforme al Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 (entonces vigente). En consecuencia, el **Instituto Nacional de Vías (Invias) se encuentra legitimado en la causa por pasiva, no así la Nación**, persona jurídica ajena a esta controversia y que enhorabuena no fue vinculada finalmente al proceso.

La sociedad **Oica S.A.** hizo parte de la licitación pública SCT-013-2001, que fue finalmente adjudicada a la Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A., mediante la Resolución número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001), cuya nulidad solicita en este proceso. Existe así la posibilidad de que la adjudicación que se produjo con la licitación vulnerada hubiera afectado la situación jurídica de Oica S.A. en la licitación pública SCT-013-2001. Por tanto, **Oica S.A. se encuentra legitimada en la causa por activa para pretender la nulidad de la Resolución número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001) y el restablecimiento del derecho.**

---

*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: [...] 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". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 16540.*

La licitación pública SCT-013-2001 fue adjudicada a la **Sociedad Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A.**, mediante la resolución aquí demandada por Oica S.A. En todo caso, dicha resolución no fue expedida por dicha sociedad. Por tanto, **Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A.** no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, **pero debe comparecer al proceso en calidad de litisconsorte necesaria de la parte pasiva.**

### **3.2. Problema jurídico.**

¿La resolución de adjudicación de la licitación pública SCT – 013 – 2001 es inválida, por haber favorecido a uno de los oferentes cuyas propuestas habían sido inicialmente rechazadas y luego readmitidas bajo la consideración de la insustancialidad de los motivos de rechazo inicialmente invocados?

### **3.3. Sobre la prueba de los hechos.**

Las pretensiones y cargos formulados en el recurso de apelación por la parte demandante buscan: (i) que se declare la nulidad de la Resolución del Invías número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001), por medio de la cual se adjudicó la licitación pública SCT-013-2000; y (ii) que se indemnice el daño que, como consecuencia de la expedición de dicho acto ilegal se ocasionó a Oica S.A., ya que la mencionada licitación no le fue adjudicada pese a tener mejor derecho a ello. En torno a estos dos elementos gravita la carga probatoria y, por tanto, el estudio de los hechos probados se hará en dos grandes apartados, a saber: (i) sobre la prueba de la ilegalidad de la Resolución del Invías número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001); y (ii) sobre la prueba del daño que expedición de dicho acto ilegal se ocasionó a la sociedad demandante.

### **3.3.1. Sobre la prueba de la ilegalidad de la Resolución del Invías No. 993 del 1º de marzo de 2001.**

Dentro de los requisitos definidos en el pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000, del cual se allegó copia auténtica al expediente<sup>20</sup>, se estableció que: *“El proponente deberá diligenciar el Formulario No. 2 y adjuntar la documentación que acredite toda la información allí requerida”*. En dicho formato debían incluirse: (i) Los contratos de obra o concesión *“que considere el proponente”* cuya ejecución haya finalizado, de conformidad con lo establecido en los criterios de evaluación relativos a la *“experiencia general”* y la *“experiencia específica”*; y (ii) todos los contratos de obra o concesión en ejecución o suspendidos a la fecha del cierre de la licitación, entre otros. Sobre dichos contratos, debía especificarse las fechas de inicio y terminación de la ejecución (o suspensión, en caso de que sea procedente), así como el valor total y el valor facturado (discriminando básico y ajustes, sin IVA) (num. 3.4.1.6)<sup>21</sup>.

Aparte, el pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000 indicó que, en el sobre número uno debía incluirse el formulario número dos, contentivo de la información anteriormente reseñada, así como la documentación que soportara los datos en éste consignados, advirtiendo que *“[...] la omisión de aquellos necesarios para la comparación de las propuestas, impedirá tenerla en cuenta para su evaluación y posterior adjudicación, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Artículo 25, Numeral 15, inciso segundo”* (num. 3.4.1)<sup>22</sup>.

El pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000 dispuso que, con base en la información que se encontraba en el sobre número uno se realizaría un análisis jurídico, técnico y financiero, para determinar si, de acuerdo con la ley y las exigencias del pliego, los siguientes elementos de las

---

<sup>20</sup> Folios 1 a 81 del cuaderno 4.

<sup>21</sup> Folio 19 del cuaderno 4.

<sup>22</sup> Folio 10 del cuaderno 4.

propuestas eran admisibles o no admisibles: experiencia general del proponente, experiencia específica del proponente, disponibilidad operativa y capacidad financiera. La propuesta sería admisible, en caso de que cada uno dichos criterios lo fueran (num. 4.2)<sup>23</sup>.

Según el numeral 4.2 del pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000, la anterior evaluación de admisibilidad se realizaría teniendo en cuenta que:

“La documentación contenida en las certificaciones, constancias o cualquier otro documento con que el oferente pretenda acreditar el ofrecimiento consignado en el Formulario No. 2 de la propuesta, no puede discrepar el ofrecimiento contenido en éste. Si se presentan discrepancias, se procede de la siguiente manera:

- Si los documentos que sirven de prueba del ofrecimiento se aportan con la propuesta, prima el contenido de los documentos de soporte.
- Si los documentos con que se pretende soportar el ofrecimiento se allegaran con posterioridad a la entrega de la propuesta, ya por iniciativa del proponente o por requerimiento del Invías, éste último rechazará la oferta si la información es relativa a un contrato vigente (contrato que está en ejecución y/o suspendido y el que está adjudicado sin orden de iniciación, o la tendrá por no ofrecida si corresponde a contrato terminado”<sup>24</sup>.

El pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000 estableció un procedimiento a seguir en caso de que varias propuestas fueren evaluadas como admisibles. De acuerdo con unas formulas definidas en el mismo pliego, se asignarían unos puntajes y se establecería un orden de elegibilidad (num. 4.3.2)<sup>25</sup>.

Adicionalmente, el pliego de condiciones de la licitación pública SCT-013-2000 preveía que:

---

<sup>23</sup> Folios 27 y 28 del cuaderno 10.

<sup>24</sup> Folio 17 del cuaderno 4.

<sup>25</sup> Folios 34 y 35 del cuaderno 10.

“El Instituto rechazará aquellas propuestas que no se ajusten a las exigencias de este pliego de condiciones, a menos que hubiere posibilidad de saneamiento, conforme a lo previsto en el mismo y en la ley” (apdo. 4.4.)<sup>26</sup>.

La apertura de la licitación pública SCT-013-2000 se efectuó el cinco (5) de diciembre del dos mil (2000)<sup>27</sup> y el once (11) de diciembre de dos mil (2000) se llevó a cabo una audiencia, para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones de las licitaciones SCT-011-2000 y SCT-016-2000, así como de los términos de referencia de los concursos SCT-C005-2000, SCT-C006-2000 y SCT-C012-2000. La apertura de propuestas tuvo lugar el veintisiete (27) de diciembre del dos mil (2000)<sup>28</sup>.

Una vez evaluados los formularios número dos presentados por los proponentes<sup>29</sup>, el Invias envió, entre otras, las comunicaciones que se relacionan en la siguiente tabla.

Comunicación	Contenido	Respuesta	Contenido
DG-000029 de 4 de enero de 2001, dirigida a Ingeniería de Vías S.A.	Solicita allegar, dentro del día hábil siguiente a la fecha en que reciba la comunicación, copia de “ <i>documento idóneo</i> ” que acredite el valor total sin IVA de los contratos relacionados en el formulario número dos, correspondientes a los numerales 12, 13, 14 y 17, así como el plazo y valor total del contrato sin IVA correspondiente al numeral 19 <sup>30</sup> .	Comunicación IV-BG-51-01-01 de 5 de enero de 2001 <sup>31</sup> .	Remitió la siguiente documentación: (i) Contrato, índice representativo (AIU) y cálculo descriptivo de los contratos anotados en los numerales 21, 13 y 14, expedidos por el IDU <sup>32</sup> ; (ii) copia del contrato y carta de presentación de la propuesta correspondiente al contrato relacionado en el numeral 17, celebrado con el Terminal de Transporte <sup>33</sup> ; y (iii) copia

<sup>26</sup> Folio 36 del cuaderno 10.

<sup>27</sup> Folio 141 del cuaderno 10.

<sup>28</sup> Folios 120 a 123 del cuaderno 4.

<sup>29</sup> Folios 1168 a 1176 del cuaderno 6.

<sup>30</sup> Folios 1178 y 1179 del cuaderno 6.

<sup>31</sup> Folios 1181 y 1182 del cuaderno 6.

<sup>32</sup> Folios 1182 a 1205 del cuaderno 6.

<sup>33</sup> Folios 1206 a 1211 del cuaderno 6.

			de la cotización adjudicada y certificación expedida por el Comité de Cafeteros del Quindío, correspondiente al numeral 19 <sup>34</sup> .
DG-000040 de <b>4 de enero de 2001</b> , dirigido a <b>URCAL Ltda.</b>	Solicita allegar, dentro del día hábil siguiente a la fecha en que reciba la comunicación, copia de " <i>documentos idóneos</i> " que acrediten la participación en la unión temporal y las fechas de iniciación y terminación del contrato relacionado en el formulario número dos, correspondiente al numeral 12 <sup>35</sup> .	Comunicación U.C. 0016-2001, de <b>11 de enero de 2001</b> <sup>36</sup> .	URCAL Ltda. aclara que dicho contrato debía terminarse el 2 de agosto de 1999, conforme a lo consignado en el acta de iniciación, pero esta fecha fue postergada por ampliaciones en el plazo, quedando para el 15 de diciembre de 2000. Adjuntó copias del contrato, el acuerdo de unión temporal, el acta de inicio, y los contratos adicionales 1 y 2, mediante los cuales se prolongó el plazo de ejecución.
DG-000042 de <b>4 de enero de 2001</b> , dirigida a <b>Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A.</b>	Solicita allegar, dentro del día hábil siguiente a la fecha en que reciba la comunicación, copia de " <i>documentos idóneos</i> " que acrediten las fechas de iniciación y terminación del contrato relacionado en el formulario número dos, correspondiente al numeral 12; y que acredite la información de los contratos en ejecución relacionados en los numerales 17, 18, 19 y 20 <sup>37</sup> .	Comunicación de <b>5 de enero de 2001</b> <sup>38</sup> .	El proponente aclara que había aportado el acta de recibo de obra, en la que consta la fecha de del contrato principal y sus adicionales. Aparte, remitió la siguiente documentación: (i) contrato adicional y última acta de recibo parcial del contrato relacionado en el numeral 17; (ii) contrato adicional y acta de obra del contrato mencionado en el numeral 18; (iii) contrato adicional y acta de obra del contrato que se encuentra en el numeral 18; y (iv) contrato de obra y acuerdo de unión temporal del contrato relacionado en el numeral 19, que no ha iniciado aún <sup>39</sup> .
DG-00263 de <b>10 de enero de 2001</b> , dirigida a <b>Murillo Lobo-</b>	Solicita que aclare las diferencias entre la información tomada de los estados financieros a 31 de diciembre de 1999 y los	Comunicación de <b>11 de enero de 2001</b> <sup>41</sup> .	La constructora aclaró que las diferencias que se encuentran en el formulario número tres obedecen a que en la

<sup>34</sup> Folios 1212 a 1214 del cuaderno 6.

<sup>35</sup> Folio 1251 del cuaderno 6.

<sup>36</sup> Folio 1253 del cuaderno 6.

<sup>37</sup> Folios 1216 y 1217 del cuaderno 6.

<sup>38</sup> Folios 1219 y 1220 del cuaderno 6.

<sup>39</sup> Folios 1221 a 1249 del cuaderno 6

<b>Guerrero Ingenieros S.A.</b> <sup>40</sup>	valores reportados del pasivo total y patrimonio neto reportados en las licitaciones SCV-05-00, SCV-13-00, SCV-30-00.		celda correspondiente al pasivo total no se adicionó el valor de la celda pasivo a mediano plazo, generando que disminuyera el total pasivo y aumentara el patrimonio líquido <sup>42</sup> .
---	---	--	---

El quince (15) de enero de dos mil uno (2001), la Subdirección de Construcción del Inviás emitió Informe de Evaluación de la licitación STC-013-2000<sup>43</sup>, de acuerdo con el cual:

- La oferta de Ingeniería de Vías S.A. fue rechazada, ya que el valor del contrato relacionado en el numeral diecinueve (19) del formulario número dos era de \$145'628.094 y el que constaba en el oficio del Comité de Cafeteros aportado por el proponente era de \$137'272.466.
- La oferta de Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. fue rechazada, porque la fecha terminación del contrato SOP-V-46-99 consignada en el formulario número dos era el treinta (30) de mayo de dos mil uno (2001) y esta no fue acreditada, ya que la documentación aportada indicaba que la terminación se produciría el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil (2000). En todo caso, el Informe puso de presente que “[...] *el oferente allegó un contrato adicional en plazo al contrato SOP-V-46-99, pero en primera instancia dicho contrato fue firmado el 28 de diciembre de 2000, fecha posterior al cierre de la licitación, y por otra parte, el plazo adicional es de siete (7) meses lo cual no da como fecha de terminación el 31 de julio de 2001*”.

El resultado de la evaluación de la licitación SCT-013-2000 fue puesto a disposición de los interesados entre el quince (15) y el diecinueve (19) de enero de dos mil uno (2001)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Folios 1219 y 1220 del cuaderno 6.

<sup>40</sup> Folio 1413 del cuaderno 6.

<sup>42</sup> Folios 1414 a 1415 del cuaderno 6.

<sup>43</sup> Folios 1489 a 1519 del cuaderno 6.

Ingeniería de Vías S.A. presentó un escrito<sup>45</sup>, en el que explicó que el Comité de Cafeteros de Quindío había cometido un error al expedir la certificación solicitada para acreditar el monto del contrato correspondiente al numeral 17 del formulario número dos. Sin embargo, afirmó que este había sido corregido posteriormente lo que constaba en una certificación posterior del Comité de Cafeteros, adjunta al comunicado, de acuerdo con la cual el valor del contrato antes de IVA era de \$144'792.751 y el valor total del contrato era de \$145'683.783. Adicionalmente, la constructora puso de presente que el pliego de condiciones permitía que el Invias solicitara aclaraciones e indicó que el pliego disponía que en caso de inconsistencias, "*prevalecerá el contenido de los documentos soporte*".

Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. también presentó un memorial<sup>46</sup>, en el que adujo que actuó de buena fe, ya que el contrato SOP-V-46-99 tenía un plazo inicial que concluía el treinta (30) de mayo de dos mil uno (2001), ya que así constaba en el contrato adicional aportado. Ratificó que la fecha final de terminación era el treinta y uno (31) de julio de dos mil uno (2001), como pudo constatar el Invias. La fecha de terminación consignada era, pues, inferior en dos (2) meses a la real, lo que disminuía la capacidad operativa de contratación del proponente. Por tanto, concluyó, resultaba claro que no buscó inducir a la administración a error.

Adicionalmente, INSCO Ltda. presentó memorial<sup>47</sup> en el que advirtió que URCAL Ltda. no había acreditado su participación en el consorcio que ejecutó el contrato SOP-V-143-99 y que dicho contrato no había terminado a la fecha del cierre de la licitación, sino que se encontraba suspendido. Por ende, tratándose de un contrato vigente, la propuesta de URCAL Ltda. debía ser rechazada.

---

<sup>44</sup> Folio 1518 del cuaderno 6.

<sup>45</sup> Folios 1531 a 1534 del cuaderno 6.

<sup>46</sup> Folios 1554 a 1558 del cuaderno 6.

<sup>47</sup> Folios 1540 a 1542 del cuaderno 6.

El cinco (5) de febrero de dos mil uno (2001) se celebró audiencia pública para responder las observaciones formuladas por los oferentes al informe de evaluación de las propuestas<sup>48</sup>. En esta audiencia, el Invias comunicó que:

- Las observaciones formuladas por Ingeniería de Vías S.A. “*no son de recibo*”, ya que el rechazo partía de las inconsistencias entre el valor del contrato consignado en la propuesta y el acreditado con posterioridad. No obstante, el Invias observó que “[...] *existe una inconsistencia entre el requerimiento realizado en el numeral 4.3.,1 (sic) subnumeral 6 del pliego de condiciones y el Formulario No. 2, allegado con el Pliego (sic), toda vez que, el primero solicita acreditar para los contratos vigentes el valor total (discriminando básico, ajustes sin IVA), y la columna número (3) (sic) del Formulario No. 2, solicita consignar el valor total incluidas las adiciones, es decir, ni en el título de la columna, ni en las notas del Formulario se indicó que el valor total no debía incluir el IVA*”. Por ende, teniendo en cuenta que las certificaciones allegadas contenían el valor total, el Invias decidió aceptar la propuesta presentada por Ingeniería de Vías S.A.
- Las observaciones formuladas por Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. no la estimó procedentes, ya que el pliego no prohibía aportar certificaciones posteriores al cierre de la licitación, pero disponía que “*los hechos que se certifiquen sí deben haberse sucedido con antelación a la fecha de cierre de la licitación*”. Por otro lado, manifestó que al Invias no le correspondía entrar a enjuiciar la buena o mala fe de los proponentes y que la regla establecida en el numeral 4.2 del pliego de condiciones era “*clara precisa y sobretodo concordante con la Ley 80 de 1993, Artículo 30, numeral 8º*”. Por tanto, confirmó el rechazo de la solicitud.
- Las observaciones de INSCO Ltda. frente a la propuesta de URCA Ltda. las encontró procedentes, ya que, dijo, “[...] *el contrato en mención es*

---

<sup>48</sup> Folios 1570 a 1592 del cuaderno 6.

*un contrato vigente, necesario, por tanto, para el cálculo de la Capacidad Residual de Contratación”.*

Tras dar respuesta a las observaciones presentadas por los proponentes, fue abierto el sobre número dos de las propuestas admitidas y se determinó su orden de elegibilidad, con el resultado que se muestra en la siguiente tabla.

<b>Orden de elegibilidad</b>	<b>Proponente</b>	<b>Puntaje</b>
1	INSCO	1000
2	OICA	200
3	INGENIERÍA DE VÍAS	200
4	CONEQUIPOS	0

El quince (15) de febrero de dos mil uno (2001) se desarrolló audiencia pública para reconsiderar las observaciones formuladas por los oferentes al informe de evaluación, abrir el sobre número dos de algunos oferentes y establecer un nuevo orden de elegibilidad para la adjudicación del respectivo contrato<sup>49</sup>. En el acta de la audiencia se dejó constancia de que:

“2. Los pliegos de condiciones de las licitaciones SCT-013, SCT-014, SCT-015 y SCT-016 de 2000, exigieron una Disponibilidad Operativa igual o mayor a 1.492, para la primera, y 1.279 para las restantes, la firma MURILLO LOBO-GUERRERO INGENIEROS S.A., con la información contenida en su oferta, obtenía una disponibilidad operativa igual a 5.587 smmlv; entonces, habría cumplido, con la disponibilidad operativa exigida en los pliegos de condiciones; no obstante, se rechazó su propuesta, toda vez que consignó en esta información distinta a la que posteriormente se pudo constatar y con la cual habría obtenido una disponibilidad operativa igual a 7.429 smmlv.

De lo expuesto, se tiene que la inconsistencia entre la información contenida en la oferta y la allegada con posterioridad, no afecta la calificación que habría podido obtener el oferente, en la medida que obtiene una disponibilidad operativa inclusive mucho mayor a la inicial y a la exigida en los respectivos pliegos de condiciones. Por lo tanto, la inconsistencia se constituye en un defecto de forma que hace injusta la regla de los pliegos en que se motiva el rechazo de la oferta, circunstancias estas que no le permiten a la administración rechazar la propuesta, porque una decisión de tal naturaleza, contraviene lo dispuesto en la Ley 80, artículo 24, numeral 5, literal b). En consecuencia, se reconsidera el rechazo de la

<sup>49</sup> Folios 1603 a 1614 del cuaderno 6.

oferta presentada por MURILLO LOBO-GUERRERO INGENIEROS S.A. y se le asigna la calificación 'Admisible' en todos los criterios de evaluación.

3. Los pliegos de condiciones de las licitaciones SCT-013, SCT-014, SCT-015 y SCT-016 de 2000, exigieron una Capacidad Residual igual o mayor a 13.430 smmlv, el proponente URCAL LTDA., con la información contenida en su oferta, obtenía una Capacidad residual igual a 1.181.143 smmlv; entonces, habría cumplido con la capacidad residual exigida en los pliegos de condiciones; no obstante, se rechazó su propuesta, toda vez que consignó en ésta información distinta a la que posteriormente se pudo constatar y con la cual había obtenido una capacidad residual igual a 14.180.976 smmlv.

De lo expuesto, se tiene que la inconsistencia entre la información contenida en la oferta y la allegada con posterioridad, no afecta la calificación que habría podido obtener el oferente, en la medida que su capacidad residual se mantendría por encima de la exigida en los respectivos pliegos de condiciones. Por lo tanto, la inconsistencia se constituye en un defecto de forma que hace injusta la regla de los pliegos en que se motiva el rechazo de la oferta, circunstancias estas que no le permiten a la administración rechazar la propuesta, porque una decisión de tal naturaleza, contraviene lo dispuesto en la Ley 80, artículo 24, numeral 5, literal b). En consecuencia, se reconsidera el rechazo de la oferta presentada por URCAL LTDA., y se le asigna la calificación 'Admisible' en todos los criterios de evaluación".

La entidad dio respuesta a las observaciones presentadas por el proponente INSCO Ltda. en la audiencia y procedió a abrir los sobres número dos que no habían sido abiertos en la audiencia anterior. A continuación, determinó un nuevo orden de elegibilidad, de la siguiente forma.

<b>Orden de elegibilidad</b>	<b>Proponente</b>	<b>Puntaje</b>
1	Murillo Lobo - Guerrero Ingenieros S.A.	999,99
2	INSCO Ltda.	999,99
3	Oica S.A.	200,00
4	Ingeniería de Vías S.A.	200,00
5	Conequipos Ingenieros Ltda.	0,00
6	URCAL Ltda.	0,00

INSCO Ltda., PIV Ingeniería Ltda., el Consorcio Civiltec-PIV y el Consorcio C&H Ltda. presentaron escrito de diecinueve (19) de febrero de dos mil uno (2001), en el que controvertían la decisión del INVIAS de readmitir a los proponentes cuyas propuestas habían sido anteriormente rechazadas<sup>50</sup>. El mismo día, Oica S.A. presentó memorial con el mismo propósito<sup>51</sup>.

La licitación pública STC-013-2000 fue adjudicada a Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. mediante la Resolución novecientos noventa y tres (993) del primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001)<sup>52</sup>.

Las anteriores hechos obran en documentos públicos o documentos auténticos, en los términos del artículo 251 inc. 3º y 252 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 264 *ejusdem*. Por tanto, serán valoradas por la Sala.

### **3.3.2. Sobre la prueba del daño que con la expedición de la Resolución del Invías No. 993 del 1º de marzo de 2001 se ocasionó a Oica S.A.**

Dictamen pericial de veintiocho (28) de marzo de dos mil siete (2007), cuyo objeto consistía en determinar el puntaje que obtendrían Oica S.A., InSCO Ltda. y Conequipos Ingenieros Ltda., así como sobre el orden de elegibilidad que les correspondería, de acuerdo con las fórmulas matemáticas descritas en el numeral 4.3.2 del pliego de condiciones de la licitación pública STC – 013 – 2000<sup>53</sup>.

Tras aplicar la fórmula número uno del pliego de condiciones, el dictamen concluyó que INSCO Ltda. y Oica S.A. obtuvieron doscientos (200) puntos. La

---

<sup>50</sup> Folios 1616 a 1619 del cuaderno 6.

<sup>51</sup> Folios 1520 a 1527 del cuaderno 6.

<sup>52</sup> Folios 1621 a 1631 del cuaderno 6.

<sup>53</sup> Folios 224 – 226 del cuaderno 1.

segunda fórmula llevó a que no se asignaran puntos a ninguna de las anteriores, ya que “ninguna propuesta estuvo dentro de los rangos entre los límites inferior y superior”. Al no haberse obtenido los trescientos (300) puntos de la fórmula dos, no fue aplicada la fórmula tres. De acuerdo con lo anterior, el dictamen estableció el orden de elegibilidad de la siguiente forma:

Primer lugar: La propuesta de Oica S.A. (por ser la de menor precio).

Segundo lugar: La propuesta de INSCO Ltda.

Tercer lugar: La propuesta de Conequipos Ltda.

El Invias presentó **objeción al dictamen**, argumentando que en este deberían haberse tenido en cuenta también las ofertas de Ingeniería de Vías S.A., URCAL Ltda. y Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. En su entender, esta omisión desconoce “[...] *todo el proceso contractual llevado a cabo por el Instituto nacional (sic) de Vías y el análisis de todas y cada una de las observaciones impetradas por los proponentes dentro del término legal tal como en forma amplia y clara se dijo al contestar la demanda*”<sup>54</sup>.

Ante todo, la objeción del dictamen por error grave tiene por propósito atacar aspectos de la prueba, tales como, contradicciones lógicas o el uso de conceptos equivocados, que hubieran llevado a que se produjera un dictamen distinto, lo que hace necesaria la intervención de otro perito<sup>55</sup>. La objeción grave ataca así al dictamen, a la prueba, no a la pregunta formulada al perito, que es el tema de la prueba<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Folio 228 del cuaderno 1.

<sup>55</sup> Al respecto: «Ninguna norma legal define expresamente lo que ha de entenderse por error grave; pero la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de afirmar que para poder concluir que un dictamen adolece de error grave, deben presentarse determinados presupuestos los cuales pueden resumirse así: PRIMERO. Que peque contra la lógica aunque el error no recaiga sobre las cualidades esenciales. || SEGUNDO, Que sea de tal naturaleza el error que de comprobarse, el dictamen hubiera sido fundamentalmente distinto. || TERCERO. Supone conceptos objetivamente equivocados. || CUARTO. Las objeciones deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal magnitud que impongan la intervención de otros peritos los cuales como es de suponer llegarán a conclusiones distintas. || QUINTO. Debe aparecer, “ostensible y objetivado”». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 1973, exp. 1260.

<sup>56</sup> “Por necesidad o tema de la prueba [...] debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que debe probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir [...]”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*, Tomo I, Victor P. Zavalia Editor, Buenos Aires, 2016, p. 142.

Al atacar el objeto del dictamen, que es el tema de la prueba, el demandado está atacando su pertinencia, lo que debió plantearse antes de que fuera decretado el dictamen. En todo caso, la Sala observa que la prueba es pertinente, ya que busca demostrar lo que sucedería en caso de que hubieran sido excluidas las firmas proponentes cuya readmisión, según la demandante, es ilegal.

De acuerdo con lo anterior, la Sala valorará el dictamen pericial practicado.

### **3.4. Análisis de la Sala de los cargos formulados en el recurso de apelación.**

En este apartado, la Sala analizará, en primer lugar, si la Resolución del Invías número novecientos noventa y tres (993), del primero (1º) de marzo de dos uno (2001), por medio de la cual se adjudicó la licitación pública SCT-013- 2000 a la Sociedad Murillo Lobo Guerrero Ingenieros S.A., debe ser anulada por vulnerar el ordenamiento jurídico y, en caso de que responda afirmativamente, procederá a la verificación de la prueba atinente al daño que con ello se sostiene por el actor,, se ocasionó a la Oica S.A.

#### **3.4.1. Análisis de la validez de la Resolución del Invías No. 993 del 1º de marzo de 2001**

Como lo ha manifestado esta Corporación, la licitación pública “*es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal*”<sup>57</sup>.

El procedimiento de licitación –afirma la Sala– está regido por los siguientes tres criterios fundamentales: “*la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes*

---

<sup>57</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001, exp. 12037.

y la sujeción estricta al pliego de condiciones”<sup>58</sup>. La libre concurrencia “permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar”. La igualdad de los oferentes, por su parte, es un “presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración”. Y, por último, “la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes”<sup>59</sup>.

Lo anteriores tres criterios deben concurrir para conseguir las condiciones más ventajosas para el interés público. Por tanto, el proceso de adjudicación no debe orientarse única y exclusivamente por un criterio formal o formalista. En línea con los estudios de la doctrina española<sup>60</sup> y colombiana<sup>61</sup>, se “[...] entiende por formalismo en los proceso licitatorios las prácticas de interpretación en las cuales las decisiones y los argumentos presentados se basan exclusivamente en aspectos formales y [...] excluyen cualquier consideración adicional que no esté preestablecida; en este caso, en el pliego

---

<sup>58</sup> Al respecto: “La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretendía garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 15ª edición, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 742.

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> Este autor considera que en el formalismo interpretativo “las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchas o en la mayoría de los casos los decisores (o aplicadores) puede prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio sería de aplicación para decidir el caso pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración”. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 24 – 25.

<sup>61</sup> En su entender, el formalismo es “una comprensión del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos preexistentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades)”. LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2008, p. 130.

de condiciones”<sup>62</sup>. Esta práctica se evidencia en: la sujeción irrestricta a los pliegos de condiciones; en unos pliegos de condiciones excesivamente detallistas; y en la creencia en que una interpretación formalista reduce el riesgo de arbitrariedad y la probabilidad de error en la adjudicación<sup>63</sup>.

La Sala observa que una elección ceñida irrestrictamente a las formas puede revertir en contra de la libre concurrencia<sup>64</sup>. De acuerdo con el principio de la libre concurrencia en las licitaciones públicas, debe permitirse que la mayor cantidad de particulares interesados puedan presentarse al proceso, para que se evalúen sus propuestas y la licitación se adjudique a precios del mercado<sup>65</sup>, consiguiendo así las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que es el objeto de la contratación estatal. En sentido contrario, un proceso guiado por criterios exclusivamente formalistas no lleva a la elección de la mejor propuesta, sino a la mejor “*de las pocas que quedaron luego de que la Administración eliminó las más que pudo por razones formales*”<sup>66</sup>. De esta forma, la decisión se desvía hacia factores secundarios, olvidando el objetivo principal de la contratación.

Fue justamente la necesidad de desterrar el formalismo que aprisionaba las prácticas administrativas, esencialmente cambiantes, así como la exigencia de requisitos formales que solo aumentan los costos de la Administración, aunada a la concesión de una mayor autonomía de la Administración, lo que inspiró la Ley 80 de 1993, como se declaró en su exposición de motivos<sup>67</sup>. Sin embargo,

---

<sup>62</sup> VÉLEZ NAVARRO, Joaquín. “Licitaciones Fracasadas: la incapacidad del Derecho frente a la forma”, en: *Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo*, Helena Alviar García (Coord.), Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2016, p. 214.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Ibíd.*, pp. 214 – 216.

<sup>65</sup> “*La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de los mismos suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Op. Cit.*, p. 739.

<sup>66</sup> GORDILLO, Agustín. “Licitación Pública”, en: *La Defensa del Usuario y del Administrado*, 4ª Edición, Diké, Medellín, 2001, pp. 8 y 9.

<sup>67</sup> “*Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación. || La primera, que no deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes; la segunda, que no puede*

la flexibilización que se produjo con la Ley 80 no fue suficiente, lo que desembocó en la expedición de la Ley 1150 de 2007, entendiendo –como se indicó en su exposición de motivos– que *“será la agilidad y simplicidad de los procesos, la mejor garantía de la probidad en el manejo de los recursos públicos involucrados”*.

En el Derecho de la Unión Europea, la flexibilización de los procesos de contratación pública se ha ido consolidando en los últimos años, dando cabida incluso a los procedimientos negociados<sup>68</sup>. En un primer momento, la Directiva 2004/18/CE dio un tratamiento rigurosamente excepcional al procedimiento negociado, que se permitía únicamente en los supuestos establecidos en la norma. Pero, posteriormente, la Directiva 2014/24/UE manifestó sin embates en su considerando 42º que: *“Es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones. [...] Los Estados miembros deben poder prever el recurso al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación”*. En atención a ello, el artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE definió un supuesto más amplios para la aplicación de los procedimientos negociados<sup>69</sup> y el artículo 29 estableció un procedimiento de licitación con negociación<sup>70</sup>.

---

*prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan sólo aumentan los costos de los servicios estatales, como las autorizaciones, revisiones, etc.; la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los fines del mandato entregado; la cuarta, que deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias; y la quinta, que es indispensable hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista”*. Exposición de Motivos Ley 80 de 1993.

<sup>68</sup> MORENO MOLINA, José Antonio, y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia. “El Nuevo Derecho de la Unión Europea sobre Contratación Pública”, en: *La Contratación Pública a Debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Coord.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 150-153.

<sup>69</sup> Directiva 2014/24/UE. Artículo 24. “[...] 4. Los Estados miembros establecerán asimismo que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo en las siguientes situaciones: a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios: i) que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles, ii) que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras, iii) que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos, iv) que el poder adjudicador no pueda establecer con

---

suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 a 5; b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables. En tales situaciones, los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación. Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación”.

<sup>70</sup> Directiva 2014/24/UE. Artículo 29. “1. En los procedimientos de licitación con negociación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el anexo V, partes B y C, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador. || En los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas. || La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento. || El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés. El plazo mínimo de recepción de las ofertas iniciales será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de la invitación. Será de aplicación el artículo 28, apartados 3 a 6. || 2. Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada podrán presentar una oferta inicial, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65. || 3. Salvo que se disponga de otro modo en el apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto las ofertas definitivas en la acepción del apartado 7, con el fin de mejorar su contenido. || No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. || 4. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad. || 5. Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado 6 de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda. || De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o un licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica. || 6. Los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a hacer uso de esta opción. || 7. Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y cumplen lo dispuesto en el artículo 56, apartado 1, evaluarán las ofertas definitivas con arreglo a los criterios de adjudicación y adjudicarán el contrato de conformidad con los artículos 66 a 69”.

Percibiendo los efectos perjudiciales que el excesivo rigor formal puede traer para los propósitos de la contratación estatal, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que:

“No son de recibo en consecuencia cargos edificados sobre supuestas irregularidades o eventuales defectos de información contenidos en la propuesta, que no comprometen en manera alguna la parte sustantiva de la misma y que por ende, atañen únicamente a requisitos puramente adjetivos”<sup>71</sup>.

El legislador, por su parte, previó expresamente en el artículo 25, num. 15, de la Ley 80 de 1993 (vigente durante la licitación bajo examen) 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 servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Dicha norma, como lo ha manifestado la Sala:

“[...] desarrolla el principio de economía y el deber de selección objetiva [y] es una manifestación clara de que lo sustantivo debe primar sobre lo formal en el proceso de formación de la contratación, razón por la que ha de entenderse que hace referencia a documentos o requisitos que resulten superfluos o intrascendentes desde el punto de vista del juicio comparativo de favorabilidad de las ofertas que debe adelantar la administración, de tal suerte que no puede aducirse su ausencia para desestimarlas, constituyéndose así en una garantía adicional de la igualdad de oportunidades en el respectivo proceso de selección”<sup>72</sup>.

Es pues claro que –conforme al Derecho vigente y la jurisprudencia de esta Corporación– no es admisible el rechazo de propuestas en licitaciones públicas, por la ausencia de documentos que no comprometan la parte sustantiva de la propuesta o sean intrascendentes para la determinación de la favorabilidad o comparación de las propuestas. De esta forma, se desarrolla el

---

<sup>71</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 23 de abril de 1988, exp. 11192. Reiterada por: Sentencia de 23 de abril de 1992, exp. 6224; sentencia de 30 de noviembre de 1994, exp. 9652; sentencia de 18 de noviembre de 1997, exp. 10402; y sentencia de 11 de mayo de 2011, exp. 17113.

<sup>72</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 11 de mayo de 2011, exp. 17113.

principio de economía y el deber de selección objetiva, así como los principios de igualdad y libre concurrencia en la licitación pública.

Por ende, tampoco se admite la inclusión de condiciones de admisibilidad y valoración de ofertas meramente formales en los pliegos de condiciones, ni que dichas condiciones sean tenidas en cuenta en la valoración de las ofertas, como lo ha puesto de presente esta Corporación:

“[...] así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993)”<sup>73</sup>.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la readmisión de los proponentes Murillo Lobo-Guerrero S.A. y URCAL Ltda. Afectaría la validez de la Resolución del Invias número novecientos noventa y tres (993) del primero (1º) de marzo de dos mil uno (2001), si y solo si las inconsistencias entre lo indicado por ellas en el formulario número dos y el contenido de los documentos aportados hubiera afectado la determinación de la favorabilidad o comparación de las propuestas.

La sociedad demandante argumenta que, con la readmisión de dichas propuestas, el Invias permitió que Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros demostrara disponibilidad operativa suficiente tras el cierre de la licitación y, aparte, afectó el cálculo de la capacidad residual de URCAL Ltda.

En el asunto de autos se demostró que la capacidad operativa requerida en la licitación pública SCT-013-2000 era igual o superior 1492 salarios mínimos mensuales vigentes. Luego de excluir el contrato sobre el cual se presentó la

---

<sup>73</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2006, exp. 16041.

discrepancia que ocasionó el rechazo inicial de la propuesta presentada por Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros, la capacidad operativa quedó en 5587 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Teniendo en cuenta así que, pese a no tener en cuenta dicha obra, su propuesta era admisible, el Invias readmitió la propuesta de Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A.

No fue pues necesario que Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros incorporara documentos al proceso tras el cierre de la licitación, para que su capacidad operativa fuera admisible. Por el contrario, se excluyeron datos que hubieran podido otorgarle un puntaje, aún mayor, a la propuesta de Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros, ya que en caso de que hubieran sido tenidos en cuenta, su disponibilidad operativa hubiera sido de 7429 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otra parte, la capacidad residual requerida en la licitación pública SCT-013-2000 era igual o superior a 13.430 salarios mínimos mensuales vigentes. Tras excluir el contrato sobre el cual se presentó la discrepancia que ocasionó el rechazo inicial de la propuesta presentada por URCAL Ltda., su capacidad operativa quedó en 1.180.976 salarios mínimos mensuales vigentes. Es pues meridianamente claro que la afectación del cálculo de la capacidad operativa de URCAL era completamente intrascendente.

En otras palabras, Murillo Lobo-Guerrero Ingenieros S.A. y URCAL Ltda. siempre demostraron que tenían la capacidad operativa y residual requeridas en la licitación SCT-013-2000. Por ende, en caso de que sus propuestas hubieran sido rechazadas definitivamente, se habrían excluido, por motivos meramente adjetivos, ofertas ajustadas a los propósitos del contrato.

Al readmitir dichas propuestas, el INVIAS obró de conformidad con los principios de primacía del Derecho sustancial, economía, libertad de concurrencia, igualdad y, en definitiva, del deber de selección objetiva, así como de conformidad con lo dispuesto en los numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; el artículo 25 numeral 1, 2, 3 y 15 (entonces vigente); y los artículos 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, y la jurisprudencia de esta

Corporación. Al actuar así, no era necesaria una modificación del pliego de condiciones, ya que la entidad demandada dio cumplimiento a criterios legales, que tienen un rango claramente superior que ilustran o corrigen la interpretación y aplicación de los criterios del pliego de condiciones.

Por último, la Sala observa que Murillo Lobo-Guerrero y URCAL no eran los únicos que podían conocer dicho orden de elegibilidad inicialmente fijado el cinco (5) de febrero de dos mil uno (2001), ya que este fue comunicado en una audiencia pública<sup>74</sup>, a la que hubieran podido asistir (si es que no lo hicieron) todos los proponentes, incluida la demandante. Además, no consta, ni hubiera sido posible que se modificaran las propuestas tras dicha audiencia, por lo que no tenían ventaja alguna por el hecho de conocer el orden de elegibilidad.

### **3.5. Condena en costas**

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

## **FALLA**

**PRIMERO: Confírmese** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el veinte (20) de agosto de dos mil diez (2010), que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, remítase el expediente al Tribunal de origen.

---

<sup>74</sup> Folios 1570 a 1592 del cuaderno 6.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Presidente de la Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
**Aclaración de voto**