



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 25000233600020130116501 (54632)
ACTOR: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
DEMANDADOS: UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho (Ley 1437 de 2011 - C.P.C.A.)

Temas: ACTOS PRECONTRACTUALES – modificación del término de caducidad - en vigencia del C.P.A.C.A. es de 4 meses / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – en vigencia del C.P.A.C.A. es el procedente para demandar los actos precontractuales / PLIEGO DE CONDICIONES - modificación del pliego de condiciones – no puede alterar las reglas esenciales de la adjudicación y de la competencia entre las partes / ADJUDICACIÓN - selección objetiva bajo las reglas de la Ley 1150 de 2007 - El artículo 5 de Ley 1150 de 2007 reafirmó la prohibición de instrumentar rechazos de las propuestas con base en asuntos meramente formales, no obstante – como se verá adelante- en este caso concreto se debió rechazar la propuesta del consorcio que resultó adjudicatario del contrato, debido a la variación de los requisitos materiales o sustanciales que eran objeto de evaluación y calificación de la propuesta económica / CAMBIO DE ESPECIFICACIONES EN LA PROPUESTA ECONÓMICA – en este caso la modificación del proponente sobre la base granular versó sobre un asunto material, dado el riesgo en el proceso constructivo, la tipificación de una causal de rechazo de la propuesta y la incidencia del valor del ítem alterado en la aplicación de la media aritmética / LICITACIÓN PÚBLICA DEL CONTRATO DE OBRA – UAERMV – construcción de “un canal y un sistema de subdrenes” hacia la quebrada la Carbonera y de una “pantalla anclada en concreto reforzado” – se demandó la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos de modificación e ineficacia de la especificación de la base granular, de adjudicación del contrato y del contrato celebrado / ACCEDE a las pretensiones de la demanda / CONDENA.

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Sección Tercera, Subsección A, el 21 de abril de 2015, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se impuso la condena en costas a cargo de la demandante y a favor de cada una de las entidades que integraron el extremo demandado.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 26 de junio de 2013¹, CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A., y Rómulo Tobo Uscátegui, integrantes del CONSORCIO ALYAR COLOMBIA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)², solicitaron las siguientes declaraciones y condenas en contra de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UAERMV³- y el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 (se transcriben de manera textual, incluso con errores):

“Primero: Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 028 de fecha 16 de enero de 2013 y publicada en la web desde 22 de enero de 2013 por el cual se declara la ineficacia de unos ítems dentro del formato de propuesta económica establecido dentro del proceso de licitación pública No. 03 de 2012’ por ser expedida ilegalmente.

“Segundo: Que se declare la nulidad absoluta de la Resolución No. 030 de fecha 16 de enero de 2013 y publicada en la web desde el 22 de enero de 2013 ‘por la cual se adjudica el proceso de la licitación pública 03 de 2012’ por haberse adjudicado ilegalmente en detrimento de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, lo cual conlleva la violación de

¹ Folio 40, cuaderno 5.

² En adelante C.P.A.C.A.

³ En adelante se podrá denominar: UAERMV.



277

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

las normas de rango supra legal, así como las disposiciones jurídicas que integran el Estatuto de la Contratación Estatal.

“Tercero: Como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad absoluta del Contrato Civil de Obra No. 081 de fecha 26 de febrero de 2013 suscrito entre la UAERMV y el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, por haberse omitido el cumplimiento de los requisitos señalados en el pliego de condiciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil.

“Cuarto: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezcan los perjuicios económicos ocasionados a las sociedades aquí demandantes con la adjudicación ilegal de la licitación pública No. 03 de 2012 y en tal sentido se condene a la entidad pública demandada al pago de la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS CON 90 CENTAVOS (\$673'492.317.90), por concepto de la utilidad económica dejada de percibir por razón de la ilegal celebración del contrato de obra pública suscrito por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, teniendo en cuenta que la utilidad estimada por el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA era del 5% del valor de la propuesta económica.

“Quinto. Que el valor total del anterior acápite se actualice desde la fecha de la presentación de la propuesta y sobre el monto histórico actualizado de acuerdo a los índices de precios al consumidor (IPC) certificados por el DANE y la jurisprudencia que al respecto ha sentado el H. Consejo de Estado y hasta la fecha de terminación del proceso, se liquiden los intereses a la tasa del 1% mensual que equivale al doble del interés legal civil, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4, numeral 8, inciso 2 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 28 de marzo de 1994.

“Sexto. Que se reconozca a favor de los aquí demandantes, la experiencia acreditada por la correcta ejecución del contrato, con el fin de ser incluida en el registro único de proponentes RUP, tal como en efecto habría ocurrido de haberse adjudicado el contrato si se hubiesen respetado los conductos legales.

“Séptimo: Las sumas a las que resulte condenada la entidad demandada, devengarán intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme se señala en el inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

“Octavo: Que la entidad demandada asuma el pago de las costas



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

generadas por el trámite adelantado por ese Despacho así como los correspondientes honorarios del abogado de conformidad con las tarifas aprobadas por el Colegio Nacional de Abogados”.

2. Los hechos

En síntesis, el presente caso se refiere a la pretensión de nulidad de los actos administrativos precontractuales mediante los cuales la UAERMV dispuso la ineficacia de algunos items del pliego de condiciones y adjudicó el respectivo contrato de obra, así como a la pretensión de nulidad del contrato celebrado.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

2.1. El 6 de noviembre de 2012, la UAERMV ordenó la apertura de la licitación pública No. 03 de 2012, con el objeto de seleccionar al oferente para contratar por el sistema de precios unitarios *“LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE ESTABILIZACIÓN INCLUIDAS ESTRUCTURAS DE CONTENCIÓN Y CANAL, EN ALTOS DE LA ESTANCIA, ETAPA II, FASE II DE LOS DISEÑOS SUMINISTRADOS POR EL FOPAE, SECTOR SUPERIOR LA CARBONERA, LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR, BOGOTÁ D.C.”.*

2.2. Al cierre de la licitación, se presentaron nueve propuestas, entre ellas la del CONSORCIO ALYAR COLOMBIA, demandante en el presente proceso.

2.3. El resultado de la evaluación inicial, que se dio a conocer el 17 de diciembre de 2012, estableció la no habilitación de los nueve proponentes que se presentaron en la licitación pública 03 de 2012, por razón de la verificación de los requisitos técnicos.



278

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

2.4. En el término del traslado de la referida evaluación el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA presentó múltiples observaciones, resaltando especialmente las distinguidas con los números 6 y 7, referidas a la propuesta formulada por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, dado que: **i)** los contratos allegados para acreditar la experiencia no cumplían con los requisitos del pliego y **ii)** en la información del formato 6, contentivo de la propuesta económica, el consorcio introdujo un cambio dentro de la descripción del ítem "BASE GRANULAR B-600" por el ítem "SUB BASE GRANULAR B 600", por lo cual, a juicio de la parte demandante, de conformidad con el pliego de condiciones, esa propuesta debía ser rechazada.

2.5. La UAERMV dio respuesta a las observaciones de los distintos proponentes. En lo que se refiere al CONSORCIO LA CARBONERA 2013, indicó que en efecto el proponente alteró el ítem del formato respectivo, pero concluyó que no se configuró la causal de rechazo de la propuesta. La entidad analizó el sentido y alcance de la causal consistente en la modificación del formulario 6 y estimó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se debe distinguir si el error es o no sustancial. Por lo anterior, la UAERMV decidió continuar con el proceso licitatorio.

2.6. Según narró la parte actora, mediante escrito presentado el 15 de enero de 2013, el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA presentó las glosas a las hojas de vida allegadas por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, indicando que los profesionales Francisco José Cervantes Vélez, Wilmar Castro Rincón y Javier Eduardo Cortés Lora no acreditaron los requisitos de experiencia requeridos por el pliego de condiciones. El 16 de enero de 2013, el demandante recabó en que la hoja de vida del ingeniero Cortés Lora presentaba traslajos de los tiempos del referido profesional.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

2.7. Mediante Resolución 028 de 16 de enero de 2013, con posterioridad al cierre de la presentación de propuestas en la licitación pública, y en el mismo día de la adjudicación del contrato, la UAERMV declaró la ineficacia de los ítems "1.3. Sub-base granular B-200" y "1.4. base granular B-600" y del ítem señalado en el capítulo 5 "CANAL PERIMETRAL Y DRENES", punto 5.3, denominado sub-base granular B-200. El demandante señaló que tal decisión no fue imparcial, ya que favoreció al único proponente que había modificado el formulario 6, es decir, al **CONSORCIO LA CARBONERA 2013**.

2.8. Mediante Resolución 030 de 16 de enero de 2013, la UAERMV adjudicó la licitación al **CONSORCIO LA CARBONERA 2013**. El demandante consideró que esa decisión debía ser anulada por falsa motivación.

2.9. El demandante puntualizó que la propuesta del **CONSORCIO LA CARBONERA 2013** se escogió de acuerdo con la media aritmética, dentro de los cuatro proponentes que quedaron habilitados, pero, teniendo en cuenta las falencias ya observadas, la mejor propuesta fue la que presentó el **CONSORCIO ALYAR COLOMBIA**. Por ello, argumentó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado se le debía conceder el restablecimiento del derecho por el valor de la utilidad fijada para el contrato.

3. Concepto de violación

El demandante indicó que las resoluciones acusadas deben ser anuladas, toda vez que la UAERMV no respetó los términos en que se permitía la aclaración de los pliegos de condiciones y que se apartó del artículo 2.2.4. del Decreto 734 de abril 13 de 2012 y de los artículos 5, 24 y 25 de la Ley 1150 de 2007, referidos al principio de selección objetiva, transparencia y economía en la contratación pública.



279

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Agregó que la UAERMV se basó en hechos no probados, pues indicó que los ítems declarados ineficaces eran de "imposible cumplimiento", cosa que no era cierta, toda vez que las mismas especificaciones se habían aceptado por el mismo adjudicatario en otro contrato.

El demandante agregó que la UAERMV vulneró la Ley 80 de 1993, los derechos al debido proceso y a la igualdad y que, además, quebrantó la seguridad jurídica.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda el 29 de julio de 2013⁴.

4.2. La UAERMV presentó su contestación a la demanda el 23 de agosto de 2013⁵ y, por su parte, el representante del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 radicó su contestación el 1 de noviembre de 2013⁶.

4.3. Una vez se describió el traslado de las excepciones, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia inicial, resolvió las excepciones y decretó las pruebas correspondientes⁷.

4.4. Contestaciones a la demanda

La UAERMV contestó la demanda el 23 de agosto de 2010, aceptó parcialmente los hechos, puesto que advirtió la existencia del documento

⁴ Folios 47 a 49, cuaderno 5.

⁵ Folios 52 a 58, cuaderno 5.

⁶ Folios 76 a 80, cuaderno 5.

⁷ Folio 109 a 112, cuaderno 5.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

contentivo del análisis del *Alcance Técnico de la Propuesta*, el cual se produjo durante el término de la suspensión de la audiencia de adjudicación.

Indicó que con fundamento en el último documento mencionado se identificó que la UAERMV había incurrido en la utilización de una nomenclatura antigua en las denominaciones de las bases y sub-bases granulares dentro del pliego de condiciones, lo cual la llevó a considerar que se generaba un condicionamiento de imposible cumplimiento, en los respectivos ítems.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, la UAERMV se opuso a todas ellas y destacó que el demandante pretendía un monto de utilidad superior al que indicó en su propuesta⁸.

En las excepciones invocó: i) el cobro de lo no debido y ii) la inexistencia de la obligación.

Por su parte, en el término del traslado, el representante del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 manifestó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado el consorcio carecía de personería jurídica y que, por tanto, los integrantes del consorcio no habían sido debidamente notificados. Además, agregó que respecto de los mismos no se evidenció el agotamiento de la conciliación prejudicial⁹.

Posteriormente, mediante escrito radicado el 23 de enero de 2014, el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 solicitó la notificación electrónica de la demanda a cada uno de los miembros del Consorcio, pretensión que le fue

⁸ Folio 54, vuelto, cuaderno 5.

⁹ Folios 76 a 88, cuaderno 5.



280

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

denegada por considerar que el consorcio era parte procesal y que el término del traslado de la demanda se encontraba vencido¹⁰.

5. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió sentencia de primera instancia el 21 de abril de 2015, en la cual denegó las súplicas de la demanda.

En primer lugar, consideró que los pliegos de condiciones pueden ser objeto de interpretación y de modificación en sede administrativa, en atención a las observaciones de los proponentes, bien porque el pliego sea ambiguo o *“simplemente para continuar con el procedimiento de selección en aras de materializar el principio de selección objetiva, aspecto que redundará posteriormente en la consecución de fines del Estado”*¹¹.

En el análisis del caso concreto, el Tribunal *a quo* estimó necesario apartarse del dictamen pericial. Observó que el perito se limitó a emitir juicios de valor y que no indicó la metodología técnica y científica que utilizó, además de que su experticia se orientó a valorar las pruebas obrantes en el expediente, lo cual no le correspondía.

Por otra parte, el Tribunal *a quo* elaboró un cuadro en el que contrastó los requisitos exigidos en el pliego de condiciones con el contenido de las certificaciones allegadas por la propuesta que resultó ganadora. Observó que en la documentación adjunta a la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 sí se acreditó la experiencia requerida para cada uno de los profesionales cuyas certificaciones fueron glosadas por el demandante.

¹⁰ Folios 101 y 102, cuaderno 5.

¹¹ Folio 175, cuaderno principal segunda instancia.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Finalmente, invocando el artículo 188 del C.P.A.C.A., el Acuerdo 1887 de 23 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, el Tribunal *a quo* indicó que las agencias en derecho corresponderían al 2.5% de las pretensiones, teniendo en cuenta que el parámetro máximo era del 20%, de conformidad con los citados acuerdos. En la parte resolutive de la sentencia, se fijaron las agencias en derecho en la suma de \$16'837.307 a favor de cada una de las entidades demandadas.

6. El recurso de apelación

La parte demandante presentó y sustentó el recurso de apelación mediante escrito radicado el 21 de mayo de 2015¹².

Los motivos de inconformidad relacionados con **la falta de valoración probatoria y la ilegalidad de la motivación de los actos demandados** fueron expuestos en la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“1. Falta de valoración probatoria en conjunto.

“(…)”

*“La afirmación dada por el Tribunal al considerar que como consecuencia de la interpretación del pliego de condiciones y posterior declaratoria de ineficacia (...) el CONSORCIO ALYAR fue habilitado, se benefició y continuó en el proceso de selección, **NO es cierta**, y es incoherente con la realidad, por cuanto la circunstancia que conllevó a que el Comité aconsejara declarar desierto el proceso de selección no tiene relación con los ítems 1.3, 1.4 y 5.3 de la propuesta económica relativos a las bases y sub bases granulares.*

¹² Folio 184, cuaderno 1.



281

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

"(...).

"El CONSORCIO AYLAR COLOMBIA fue declarado hábil al lograr probar que cumplía con los parámetros exigidos en el numeral 3.4. del pliego de condiciones relacionado con los documentos técnicos (...).

"(...).

"2. De la supuesta interpretación y posterior expedición de la Resolución 028 de 2013 que se profirió para satisfacer al consorcio adjudicatario y debe declararse nula por omisión al principio de ilegalidad"¹³.

"El Tribunal manifiesta en el fallo objeto de la apelación, que la UAERMV antes de la adjudicación, interpretó los pliegos de condiciones como consecuencia de la 'existencia de un vacío' por cuanto la exigencia de las referidas bases y sub bases no se encontraba en las especificaciones técnicas del IDU (...) toda vez que para esa fecha, la administración, ya había establecido, que no se debían tener en cuenta esos ítems en el proceso.

"Al respecto se considera que la interpretación y modificación se hizo exclusivamente con la finalidad de favorecer al CONSORCIO LA CARBONERA 2013.

"(...).

"No es cierto lo que afirma la UAERMV, pues al folio 20 de los Estudios Previos (ver folio 215, margen inferior izquierda) se establece con toda claridad que se contemplaron las bases y sub bases, exactamente iguales a como se incluyeron en el formulario de la propuesta económica así : (...)"

"(...) todos los proponentes ofertaron dichos materiales, existentes en el mercado. (...).

"(...).

"De tal suerte que se está demostrando de manera cuádruple que la sub base granular B200 y la base granular B600 SI EXISTEN: 1) con el listado

¹³ Error del texto original. Folio 191, cuaderno principal segunda instancia.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

de precios de referencia del IDU del año 2012, 2) Con las licitaciones adelantadas por el IDU, 3) Con los estudios elaborados por la UAERMV entidad demandada y [4]¹⁴ de contera con los mismos contratos ejecutados por la demandada”.

“(…).

“3. Ilegalidad de la Resolución 030 de 2013 por medio de la cual se adjudicó la licitación Pública 03 de 2012.

“[El pliego de condiciones] (...) se modificó en la Audiencia de adjudicación (16 de enero de 2013) y no como lo establece la ley (Decreto 734 de 2012) antes del cierre (ver acta de cierre a folios 113 al 119 margen inferior izquierda de los anexos de la demanda).

“(…).

“Sin embargo, (...) en el dictamen se estableció que la sub base tipo SBG (norma IDU sección 400-11) es más costosa que las inicialmente establecidas por la UAERMV (...).”

En cuanto a la **experiencia** del equipo humano presentado con la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013, el apelante se detuvo en el objeto específico de la contratación y en la consecuente acreditación de los profesionales propuestos por dicho consorcio. En su criterio, esos profesionales han debido demostrar de manera específica su experiencia en la actividad de construcción de obra.

Además expuso en detalle: **i)** la insuficiencia del tiempo de experiencia específica acreditado por Francisco José Cervantes y por Javier Eduardo Cortés Lora y **ii)** la sustitución de un contrato por otro, entre la certificación inicial y la acreditada posteriormente con base en la nueva certificación del CONSORCIO MITIGACIÓN 2010, esta última allegada en la etapa de observaciones, en relación con el ingeniero Wilmar Castro Rincón.

¹⁴ Se inserta la numeración,



282

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Para sustentar lo anterior, el apelante se apoyó en el contenido del pliego de condiciones, en las certificaciones presentadas en cada caso y en lo observado por el perito, insistió en que el pliego de condiciones exigió, como mínimo, tres años de experiencia específica, acreditados en contratos cuyo objeto fuera la construcción de obra.

En relación con la condena en **agencias en derecho**, argumentó que no se tuvo en cuenta la gestión ejecutada por cada apoderado, dado que el representante el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 no contestó la demanda y, por su parte, la apoderada de la UAERMV se limitó a contestar pero no adjuntó pruebas y dejó de asistir a las respectivas audiencias.

Finalmente, el apelante indicó que en caso de sostener la condena a las agencias en derecho, las mismas tendrían que ser tasadas por un valor menor.

7. Alegatos en segunda instancia

En la oportunidad para alegar, el consorcio demandante insistió en que debe declararse la nulidad absoluta de las Resoluciones 028 y 030 de 2013, y la consecuente nulidad del Contrato de Obra 081 de 26 de febrero de 2013, celebrado entre la UAERMV y el CONSORCIO LA CARBONERA 2013.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: 1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; 2)



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

oportunidad en el ejercicio del medio de control contractual; **3)** actos precontractuales susceptibles de ser demandados; **4)** las modificaciones permitidas dentro del procedimiento de licitación pública; **5)** el caso concreto; **6)** conclusiones sobre la nulidad de los actos acusados; **7)** la prueba de la mejor propuesta; **8)** liquidación de perjuicios; **9)** análisis de las certificaciones de experiencia; **10)** costas.

En el caso concreto se estudiará: **i)** el cambio de las especificaciones; **ii)** la experiencia específica.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción competente



Soluciones jurídicas en línea

Se reafirma la jurisdicción y competencia para conocer del presente asunto, teniendo en cuenta que el artículo 141 del C.P.A.C.A., en su inciso segundo, estableció:

“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138¹⁵ de este Código según el caso”.

Por otra parte, el artículo 104¹⁶ del C.P.A.C.A., vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se

¹⁵ Artículos que regulan los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente.

¹⁶ “Artículo 104 C.P.A.C.A. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:



283

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en actos y contratos *"sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas"* e igualmente le corresponde conocer de los contratos *"cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado"*.

Se confirma la jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer de las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos cuya nulidad se solicitó constituyen actos precontractuales, en tanto que corresponden a la Resolución 028 de 2013, acto que declaró la ineficacia de unos aspectos del pliego de condiciones de la licitación pública 03 de 2012 y a la Resolución 030 de 2013, mediante la cual se adjudicó el respectivo contrato de obra, por parte de la UAERMV.

De la misma forma se observa que el conocimiento de la litis corresponde a esta jurisdicción, toda vez que se pretendió la consecuente nulidad del Contrato de Obra 081 de 2013, celebrado por la UAERMV, entidad que tiene condición de Unidad Administrativa Especial, del orden distrital del sector descentralizado, con personería jurídica y autonomía presupuestal¹⁷.

1.2. Competencia por razón de la cuantía

En esta instancia, el asunto de la competencia por razón de la cuantía se define de acuerdo con el numeral 5 del artículo 152 del C.P.A.C.A., referido al

(...).

"2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado".

¹⁷ Folios 63 a 67, cuaderno 5, Acuerdo 010 de octubre 12 de 2010 expedido por el Consejo Directivo de la UAERMV, artículo 19, numeral 10, mediante el cual se adoptaron los estatutos de la referida Unidad Especial, creada por el Acuerdo 257 de 2006 del Concejo de Bogotá.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

medio de control de controversias contractuales, teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor¹⁸ resulta ser el de la utilidad dejada de percibir que reclama el demandante como perjuicio económico por la no adjudicación del contrato, la cual fue estimada por dicha parte actora en la suma de \$673'492.317, superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes¹⁹ a la fecha de presentación de la demanda²⁰, es decir, que la cuantía del litigio permite concluir que el proceso tiene vocación de doble instancia.

2. Oportunidad para el ejercicio del medio de control contractual

2.1. Cómputo del término

Las resoluciones acusadas, cuya nulidad se pretende en la demanda, se notificaron en la audiencia del 16 de enero de 2013²¹.

De acuerdo con ello, el término de caducidad empezó a correr en vigencia del C.P.A.C.A., toda vez que aplicaba el plazo de 4 meses contados a partir del día siguiente a la notificación o comunicación de los actos demandados, de conformidad con lo que dispone el C.P.A.C.A, en su artículo 164, numeral 2,

¹⁸ Folio 5, cuaderno 5, pretensiones de la demanda.

¹⁹ Con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2013 (\$589.500 X 500 = \$294'750.000).

²⁰ Folios 1 a 40, cuaderno 5.

²¹ "Ley 1150 de 2007. Artículo 9°. De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia". Folios 180 a 189, cuaderno de pruebas 1.



284

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

literal c²². Es decir, que para este caso la oportunidad para demandar los actos precontractuales vencía el 17 de mayo de 2013.

Sin embargo, faltando un día para la ocurrencia de la caducidad, el término se suspendió de acuerdo con lo previsto en la Ley 640 de 2001, teniendo en cuenta que se solicitó la diligencia de conciliación mediante escrito de 16 de mayo de 2013. Dicho término volvió a correr el día siguiente del acta de las diligencias de conciliación que fue otorgada el 3 de julio de 2013, es decir, que la oportunidad para presentar la demanda se extendió hasta el 4 de julio de 2013.

Dado que la demanda se presentó el 26 de junio de 2013, se verifica que se impetró en tiempo y que, por tanto, no tuvo lugar la ocurrencia de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.2. Jurisprudencia sobre la caducidad del medio de control en vigencia del C.P.A.C.A.

Teniendo en cuenta que este proceso se inició en vigencia del C.P.A.C.A., codificación en la que se introdujo una modificación en relación con el artículo 87 del C.C.A., resulta útil identificar la jurisprudencia actualizada sobre el término para instaurar el medio de control de los actos precontractuales, el cual en la nueva codificación (artículo 164 C.P.A.C.A.) se debe impetrar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el plazo de cuatro meses, sin perjuicio de que se acumule en la misma demanda la pretensión de nulidad del contrato celebrado, como se presentó en el sub lite.

Esta Subsección ha observado que no se aplica la jurisprudencia anterior, construida sobre la base de la pertinencia de la acción contractual que estaba

²² "c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso".



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -JAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

consagrada en el artículo 87 del C.C.A. para la nulidad de los actos precontractuales, con un término especial de caducidad de 30 días.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el C.P.A.C.A. introdujo una reforma en la regulación del medio de control pertinente para los actos precontractuales, en virtud de la cual el proponente desfavorecido debe acudir a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos y no a la pretensión contractual y, de contera, la caducidad opera en el término de 4 meses. Se hace notar que el término de 30 días que existió para la acción contractual no se consagró dentro del C.P.A.C.A.

Se cita a continuación el análisis de esta Subsección:

“De esta manera, con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con su importante modificación respecto de la procedencia de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho como únicos para atacar la ilegalidad de los actos previos a la celebración del contrato, quedó la anterior interpretación jurisprudencial transcrita como criterio para aplicar exclusivamente a los procesos nacidos en vigencia del Código Contencioso Administrativo, pues al desaparecer la disposición según la cual cuando se celebraba el contrato, se podía demandar la nulidad del acto previo pero como causal de nulidad del contrato, es decir, que existía la posibilidad de demandar a través de la acción de controversias contractuales, eliminó cualquier posibilidad de atacar los actos previos a través de demanda contractual y, en ese sentido, la posibilidad de dar aplicación a esos pronunciamiento jurisprudenciales a los asuntos que habrían de regirse por un marco normativo diferente.

“Así entonces, todas las demandas que hayan sido interpuestas a partir del 2 de julio de 2012, fecha en que entró en vigencia la Ley 1437 de 2011 y, en las cuales se pretenda la nulidad de un acto previo a la celebración del contrato, podrá hacerse solamente a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“Ahora bien, valga aclarar que con esa modificación la única causal prevista para pretender la declaratoria de nulidad absoluta del contrato²³, con fundamento en la nulidad de los actos previos sería la prevista en el numeral cuarto del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor: (...)”.

“(...).

*“En resumen, la norma procesal que permitía solicitar la nulidad de los actos previos mediante la acción contractual **como fundamento de la nulidad absoluta del contrato desapareció** y, en ese sentido, solo las normas sustanciales que prevén las causales de nulidad absoluta del contrato son las únicas permitidas para poder acceder a dicha pretensión, es decir, las contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las generales del Código Civil²⁴ (La negrilla no es del texto).*

En sentido similar, se agrega que la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación advirtió que opera la caducidad del medio de control si la demanda se presenta acudiendo al amparo de los dos años a que se refiere el artículo 164 del C.P.A.C.A, en aquellos litigios en que las pretensiones se funden en la ilegalidad de los actos previos, dado que el referido término de dos años para incoar el medio de naturaleza contractual solo permanece como viable para otras causales de “*nulidad absoluta o relativa del contrato*”, según se infiere de la siguiente providencia:

“(...) a partir del cambio de legislación producto de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -2 de julio de 2012-, particularmente en lo dispuesto sobre el medio de control de controversias contractuales, se limitó la posibilidad, cuando el contrato estatal se hubiera celebrado, de demandar la ilegalidad de los actos precontractuales dentro del término establecido para invocar

²³ Anotación de esta Sala: la afirmación se entiende referida a la pretensión de nulidad del contrato que se funda en la ilegalidad de los actos precontractuales.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), auto de 10 de diciembre de 2014, radicación:25000233600020140044601 (52079) actor: Consorcio Social 2013, demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, referencia: apelación auto, controversias contractuales Ley 1437.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

la nulidad absoluta o relativa del contrato, actuación que sí era posible adelantar en vigencia del Código Contencioso Administrativo. (...) En efecto, se estableció en el artículo 164, literal c) y j) del C.P.A.C.A., que cuando se pretenda impugnar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, estos pueden demandarse dentro del término estipulado para los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho -4 meses- y, a su vez, que cuando lo demandado sea la declaratoria de nulidad absoluta o relativa del contrato, el término de caducidad será el correspondiente para el medio de control de controversias contractuales, es decir, dos años. (...) el medio de control de controversias contractuales tal y como fue incoado en el presente asunto, en virtud de la aplicación del C.P.A.C.A, no es viable, comoquiera que el actor pretende la nulidad absoluta del contrato n.º 175 del 7 de junio de 2011 con base en la ilegalidad del acto precontractual del 4 de mayo de 2011, lo que implica que el término de caducidad para demandar este último -el acto precontractual- era de 4 meses y, en consecuencia, este ya venció, máxime cuando la demanda se presentó hasta el 30 de agosto de 2013. (...)²⁵ (La negrilla no es del texto).

En conclusión, para el presente caso se observa que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue incoado en forma pertinente y oportuna, dentro de los 4 meses siguientes a la audiencia de adjudicación del contrato, y que, por otra parte, se pretendió la nulidad de los actos previos, por la vía correcta.

Se agrega que las pretensiones sobre la nulidad del contrato de obra celebrado podían ser acumuladas en la misma demanda, toda vez que en el presente caso se presentaron con fundamento en la supuesta ilegalidad de los

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, auto de 5 de marzo de 2015, radicación número: 25000-23-36-000-2013-01547-01(49307), actor: Redcom Ltda., demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, referencia: medio de control de controversias contractuales.



286

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

actos previos o precontractuales, de acuerdo con el artículo 165 del C.P.A.C.A.²⁶.

Sobre este particular, se reitera la siguiente jurisprudencia, acerca de la viabilidad de la pretensión de nulidad del contrato celebrado con base en los actos previos cuya nulidad también se solicita en la misma demanda:

*"En conclusión, contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato solo proceden los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso y, además serán enjuiciables a través de tales medios de control aunque el contrato ya se hubiere celebrado; pretensiones a las cuales se puede acumular la de controversias contractuales si a bien lo tiene el demandante"*²⁷.

²⁶ "Artículo 165 C.P.A.C.A. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

"1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

"2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

"3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

"4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento".

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), auto de 10 de diciembre de 2014, radicación: 25000233600020140044601 (52079) Actor: Consorcio Social 2013, demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, referencia: apelación auto, controversias contractuales Ley 1437.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho



3. Actos precontractuales susceptibles de ser demandados

El presupuesto procesal de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho indica que el respectivo medio de control no puede incoarse contra actos de trámite.

No obstante, es importante hacer notar que dentro de la actuación precontractual pueden existir actos que pese a ser expedidos dentro del procedimiento de la licitación pública, producen efectos jurídicos de carácter *definitivo* para una de las partes o algunas de ellas, o sobre el contrato a celebrarse, los cuales, en virtud de tal naturaleza, son susceptibles de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con las normas del C.P.A.C.A.²⁸.

Por ello, en el presente litigio, aunque a través de la Resolución 028 de 2013 se declaró la ineficacia sobre un aspecto del pliego de condiciones dentro del trámite de la licitación pública 03 de 2012, se advierte que el referido acto administrativo fue emitido con efectos definitivos sobre el pliego de condiciones, además de que fue incorporado como una de las motivaciones de la Resolución 030 de 2013, mediante la cual se resolvió la adjudicación del contrato, lo cual hacía pertinente y necesaria la impugnación de la Resolución 028.

²⁸ Sentencia T-442/14.-Al revocar las decisiones tomadas respecto de la tutela promovida por el Consorcio Ribera Este, coadyuvada por el departamento del Magdalena contra el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, en un convenio de cooperación celebrado para el desarrollo de la vía La Prosperidad, la Corte Constitucional observó:

"Armonizando dicha postura con las nuevas normas procesales, tanto los actos precontractuales como los que se derivan de la ejecución del contrato, son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, el análisis que debe efectuarse por parte del juez, consiste en determinar si los actos proferidos por la administración son definitivos o de trámite y evaluar si dichos actos al desaparecer del mundo jurídico generan o no restablecimiento del derecho".



287

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Se agrega que dicha Resolución 028 no constituyó un acto de mero trámite, dado que tuvo efectos definitivos sobre la incorporación de las condiciones de verificación técnica pactadas en el Contrato 081 de 2013, también demandado en este litigio.

Por lo anterior, se concluye que en el presente litigio procedió correctamente la admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, tiene lugar el estudio de fondo sobre todos los actos demandados y sobre la pretensión de nulidad del contrato celebrado.

4. Las modificaciones permitidas dentro del procedimiento de licitación pública

En orden a identificar el marco legal aplicable a la licitación pública 03 abierta el 6 de noviembre de 2012, se relacionan las siguientes normas:

El artículo 2.2.4 del Decreto 734 de abril 13 de 2012²⁹, referido a la modificación del pliego de condiciones, y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007,

²⁹ "Artículo 2.2.4. Modificación del aviso de convocatoria y del pliego de condiciones. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. Salvo en el evento previsto en el segundo inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para la licitación pública, no podrán expedirse y publicarse adendas el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.

"De la misma manera, la modificación al aviso de convocatoria en el caso del concurso de méritos, se realizará a través de un aviso modificador en el que se precisarán los ajustes puntuales que hubiere sufrido la convocatoria, sin perjuicio de las modificaciones que al proyecto de pliego deban efectuarse en el Pliego de Condiciones definitivo. Para tal efecto, aplicarán las mismas consideraciones que para las adendas del proceso contractual respecto de la oportunidad y límite para su expedición.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

relacionado con el principio de selección objetiva en la contratación pública, los cuales permiten advertir que el contenido de los pliegos de condiciones es intangible y no puede ser modificado a partir de la fecha de cierre de la presentación de propuestas dentro de la licitación pública.

Se recuerda que con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se profundizaron las reglas del principio de la selección objetiva que ya se habían consagrado en la Ley 80 de 1993.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007³⁰ reafirmó la prohibición de instrumentar rechazos de las propuestas con base en asuntos meramente formales, no

"Parágrafo 1°. En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda o el aviso modificatorio deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso o del aviso de convocatoria, según el caso.

"Parágrafo 2°. Para lo dispuesto en el inciso 2 del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011, entiéndase por días hábiles y horarios laborales únicamente para la expedición y publicación de adendas en la Licitación Pública, los días de lunes a viernes no feriados de 7:00 a. m., a 7:00 p. m."

³⁰ *"Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

"(...).

"Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización".



288

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

obstante – como se verá adelante- en este caso concreto se debió rechazar la propuesta del consorcio que resultó adjudicatario del contrato, debido a la variación de los requisitos materiales o sustanciales que eran objeto de evaluación.

En cuanto a la oportunidad para introducir modificaciones al pliego de condiciones, con fundamento en el artículo 2.2.4 del Decreto 734 de 2012, se advierte que en la licitación pública es posible expedir adendas al pliego de condiciones dentro del plazo que debe estar fijado en el mismo, *“o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas”*³¹.

Por otra parte, el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 desarrolló la regla de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, en virtud de la cual se reafirmó que no pueden rechazarse las propuestas por la ausencia de requisitos que no constituyan factores de escogencia y puntualizó que está prohibido a la entidad estatal permitir que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como aceptar que se adicione o mejore el contenido de la oferta:

“Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

³¹ Artículo 2.2.4. del Decreto 734 de 2012,



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

"Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

"Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

"Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta" (la negrilla no es del texto).

De las normas citadas se concluye que en la licitación pública es posible solicitar y allegar documentos faltantes, incluso dentro del traslado de las observaciones a la evaluación, pero solamente con el objeto de aclarar los errores cometidos por la entidad estatal o por los proponentes, siempre y cuando -por ese medio- no se varíen los requisitos de asignación de puntaje, sobre los cuales debe proceder la adjudicación.

Por otra parte, es importante agregar que aun tratándose de requisitos de habilitación definidos en el pliego de condiciones, dentro del procedimiento de licitación pública, los mismos no se pueden variar una vez presentadas las propuestas, en cuanto dicha modificación implique o conlleve una violación a la libre competencia y a la igualdad de acceso a la contratación pública³².

³² Decreto 2153 de 1992. "Artículo 46. Prohibición. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito".



289

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Finalmente, se señala que la aplicación de la Ley de Competencia a las licitaciones públicas y a los procesos de contratación estatal ha sido señalada por esta Subsección aún para procesos abiertos antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009³³.

5. El caso concreto

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación versó sobre las supuestas falencias probatorias en que habría incurrido el Tribunal a quo, en el análisis de la ineficacia declarada sobre algunos ítems de las especificaciones del formulario de la propuesta económica, la Sala pasa a estudiar las pruebas correspondientes.

5.1. Análisis del cambio de especificaciones

5.1.1. De conformidad con el documento de estudios previos publicado en el SECOP debidamente ajustado con las observaciones preliminares, la UAERMV reseñó la siguiente justificación de la contratación (se transcribe en forma literal, incluso con posibles errores):

Adicionado por el art. 2, Ley 1340 de 2009, con el siguiente texto: "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

³³ "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia".



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

“El sector denominado Altos de la Estancia de la localidad de Ciudad Bolívar se encuentra afectado desde el año 1999, por un fenómeno de remoción en masa, considerado como el más grande por su extensión en el área urbana en América Latina.

“(…).

“El Fondo de Prevención y Atención de Emergencias de Bogotá FOPAE celebró el Contrato de Consultoría No. 410 de 2007 con el objeto de elaborar los diseños detallados, presupuestos y especificaciones técnicas para la construcción de obras de mitigación de riesgos (…).

“Teniendo en cuenta la magnitud del movimiento, las obras de mitigación proyectadas se analizaron los desplazamientos de La Carbonera y El Espino (…).

“De conformidad con lo anterior, se requiere realizar obras de estabilización en el Sector Superior de La Carbonera (…) por cuanto existe un deslizamiento retrogresivo en la zona que debe ser controlado (…) a través de la implementación de las obras que se describen en el Anexo Técnico dispuesto para el efecto en el Pliego de Condiciones. (…)

En la justificación de la contratación contenida en el pliego de condiciones, se hizo referencia a una demanda de tutela entablada por las familias que habitaban el terreno objeto de los movimientos de tierra, la cual dio lugar al imperativo de contratar al FOPAE para definir y solucionar la problemática de inestabilidad del terreno, circunstancias que constituyeron parte de las justificaciones de la contratación, debidamente evidenciadas en el pliego de condiciones.

Finalmente, en los soportes de los estudios previos se lee que la contratación se enmarcó dentro de un proyecto de mitigación de riesgos en zonas de alto impacto, calificado como prioritario para lograr territorios *“menos vulnerables frente a riesgos y cambio climático a través de acciones integrales”*³⁴.

³⁴ Folio 214, cuaderno 1.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Las obras referidas en el pliego de condiciones de la licitación pública 03 de 2012 fueron la construcción de “*un canal y un sistema de subdrenes*” para realizar el drenaje superficial de la zona y conducir el agua captada hacia la quebrada la Carbonera y la construcción de una “*pantalla anclada en concreto reforzado*” cimentada sobre una fila de caissons.

En las justificaciones de la contratación se especificó, también, la necesidad de que se contemplaran las obras preliminares dentro de la contratación respectiva, en la siguiente forma:

“Además, para llevar a cabo de manera eficiente los trabajos anteriormente mencionados, se requiere:

“Construcción de accesos provisionales a la obra, la construcción del cerramiento y campamentos provisionales de obra, con servicios públicos provisionales mientras dura la obra”³⁵.

5.1.2. En la licitación pública 03 de 2012 uno de los proponentes, el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, se apartó de un sub ítem de las especificaciones técnicas identificadas en el formulario 6 contentivo de la propuesta económica. Para ilustrar el referido cambio, que dio lugar al presente litigio, se muestra el siguiente cuadro que resume el contenido indicado en los sub ítems 1.3 y 1.4 de las especificaciones técnicas correspondientes a las actividades preliminares³⁶:

³⁵ Pliego de condiciones, folios 27 y 28, cuaderno 1

³⁶ Copia parcial de los estudios precios aportada con la demanda, folio 213 a 215, cuaderno 1.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Especificación	Unidad	cantidad	Valor unitario	Valor Total - (PRESUPUESTO)
Ítem "1. ACTIVIDADES PRELIMINARES ADECUACIÓN Y ACCESO PROVISIONAL A OBRA Y CARRETEABLES INTERNOS				
"(...)				
"1.3. SUBBASE GRANULAR B-200	M3	1.035	\$42.149	\$43'624.215
"1.4. BASE GRANULAR B-600	M3	518	\$64.607	\$33'466.426

De acuerdo con lo anterior, se observa que existía un ítem de las actividades preliminares dentro del cual estaban relacionadas dos especificaciones: la "sub base" granular y la "base" granular.

5.1.3. Tal como manifestó el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA en su escrito de observaciones de 24 de diciembre de 2012³⁷, presentado dentro del procedimiento de licitación pública, la especificación "BASE" GRANULAR B – 600 fue cambiada en la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013, por la de "SUBBASE" GRANULAR B – 600.

A continuación se muestra un cuadro comparativo que permite observar la modificación que se introdujo en la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 en relación con el sub ítem 1.4 referido a la BASE GRANULAR B – 600.

³⁷ Folio 150, cuaderno 1.



291

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Este cuadro contiene la comparación entre el contenido del "Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública 03 de noviembre de 2012"³⁸ y las propuestas habilitadas en el proceso de contratación:

Documento	Contenido del sub-ítem 1.3.	Contenido del sub-ítem 1.4.	Valor Propuesto	Total
PLIEGO DE CONDICIONES ³⁹ ITEM 1 ACTIVIDADES PRELIMINARES	1.3 SUB BASE GRANULAR B 200 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 1.035,00 m3 Columnas de valor unitario y valor parcial: en blanco, para diligenciar	1.4. BASE GRANULAR B-600 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 518,00 m3 Columnas de valor unitario y valor parcial: en blanco, para diligenciar	\$13.656'981.767 (presupuesto) ⁴⁰	
PROPUESTA ECONÓMICA LA CARBONERA 2013 ⁴¹	1.3 SUB BASE GRANULAR B 200 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 1.035,00 m3 Valor unitario: \$42.149	1.4. SUB ⁴² BASE GRANULAR B-600 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 518,00 m3 Valor unitario: \$64.607,00	\$13.492'462.347,00	

³⁸ Folios 23 a 112, cuaderno 1.

³⁹ Folio 99, cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 18, cuaderno 1. Resolución 521 de 6 de noviembre de 2012.

⁴¹ Folio 852, cuaderno 4.

⁴² Se destaca en negrilla la modificación respecto del formato del pliego de condiciones.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

	Valor parcial: \$43'624.215	Valor parcial: \$33'466.426	
PROPUESTA ECONOMICA CONSORCIO ALYAR ⁴³ 1.3 SUB BASE GRANULAR B 200 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 1.035,00 m3 Valor unitario: \$41.560,00 Valor parcial: \$43'014.600	1.4. BASE GRANULAR B-600 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 518,00 m3 Valor unitario: \$63.704,00 Valor parcial: \$32'998.672	\$13'469.846.358,00	
PROPUESTA ECONÓMICA CONSORCIO UAERMV CIUDAD BOLIVAR ⁴⁴ 1.3 SUB BASE GRANULAR B 200 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 1.035,00 m3 Valor unitario: \$69.000 Valor parcial: \$71'415.000	1.4. BASE GRANULAR B-600 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 518,00 m3 Valor unitario: \$72.000 Valor parcial: \$37'296.000	\$13.465'784.023,00	
PROPUESTA ECONÓMICA CONSORCIO CIUDAD BOLIVAR ⁴⁵ 1.3 SUB BASE GRANULAR B 200 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 1.035,00 m3	1.4. BASE GRANULAR B-600 (Suministro, Extendido, Nivelación, Humedecimiento y Compactación) Cantidad 518,00 m3	\$13'568.209.056,39	

⁴³ Folio 342, cuaderno 4.

⁴⁴ Folio 1153, cuaderno 3

⁴⁵ Folio 1549, cuaderno 2



292

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

	Valor unitario: \$42.149,00	Valor unitario: \$64.607,00	
	Valor parcial: \$43'624.215	Valor parcial: \$33'466.426,00	

Con base en el cuadro anterior puede reafirmarse que el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 cambió la denominación de "BASE" GRANULAR por la de "SUBBASE" GRANULAR en la casilla correspondiente al sub-item 1.4 de las actividades preliminares, incluida en el formulario 6, contentivo de la propuesta económica. También, se puede observar que ese consorcio fue el único proponente que no se ajustó a las especificaciones técnicas del respectivo ítem, dado que cotizó dos sub bases y ninguna base granular para el desarrollo de las actividades preliminares.

En términos concretos se concluye que el proponente cuestionado modificó la descripción o especificación de un rubro que había sido predefinido en el formato del formulario original No. 6, destinado a detallar los precios que conformaban la propuesta económica que sería la base de comparación para adjudicar el contrato.

5.1.4. Por otra parte, en el documento contentivo del "INFORME DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO REQUISITOS MÍNIMOS, CONSOLIDADO DE EVALUACIÓN", de 17 de diciembre de 2012, consta la evaluación inicial de requisitos para nueve propuestas a saber: Consorcio Estructural La Estancia, CONSORCIO LA CARBONERA 2013, Consorcio Ciudad Bolívar, CONSORCIO ALYAR COLOMBIA, Consorcio Estabilizaciones La Carbonera, Unión Temporal VCB, Consorcio BBC-JMV, Consorcio ACMO y Consorcio UAERM Ciudad Bolívar.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

De conformidad con este informe, todos los proponentes fueron rechazados inicialmente como "NO HABILITADOS" en el ítem de verificación técnica, que era el referido a la experiencia.

Por ello, en ese contexto se entiende que, en el punto de recomendaciones, el Comité Asesor Evaluador inicialmente aconsejó declarar desierta la licitación⁴⁶.

Sin embargo, con fundamento en la calificación posterior, corregida después de evaluar las respuestas a las observaciones de los distintos proponentes, se acredita que las glosas de la verificación técnica fueron levantadas para cuatro de las propuestas, las cuales fueron aceptadas como habilitadas.

Obran en el expediente los cuadros finales de la evaluación técnica con las respuestas a las evaluaciones, de acuerdo con los cuales quedaron habilitados cuatro proponentes, a saber: 1. CONSORCIO LA CARBONERA 2013; 2. CONSORCIO CIUDAD BOLIVAR, 3. CONSORCIO ALYAR COLOMBIA y 4. CONSORCIO UAERM CIUDAD BOLIVAR⁴⁷.

5.1.5. En el documento de "RESPUESTA A OBSERVACIONES", suscrito por dos evaluadores técnicos y el coordinador de mitigación de la UAERMV, con relación a la observación 7, presentada por el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA acerca de la modificación de la descripción de la base granular realizada por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, se lee la siguiente sustentación que desestimó la materialidad de la alteración y agregó que las especificaciones B 200 y B 600 no eran congruentes con las que se habían identificado por el IDU en su manual de normas técnicas, las cuales se distinguían con los tipos A, B y C y no por las referencias B 200 y B 600.

⁴⁶ Folio 125 a 127, cuaderno 1.

⁴⁷ Folio 138, cuaderno 1.



293

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

La respuesta en la que se desecharon las observaciones se motivó de la siguiente manera (se cita en forma literal, incluso con posibles errores):

“RESPUESTA: Una vez analizada la observación, la unidad evidencia efectivamente que el proponente observado alteró el formulario de PROPUESTA ECONÓMICA dispuesto en el pliego de condiciones y en el formato Excel adjunto al pliego.

“No obstante lo anterior, la Dirección de manera conjunta con la Secretaria General, el Jefe de la Oficina Jurídica y el Coordinador de Mitigación, analizaron el sentido y alcance de la observación, entrando a verificar el contenido, representación, gravedad de alteración, con el propósito de determinar si aplica o no la causal de rechazo señalada en el literal l) del pliego de condiciones definitivo: ‘Cuándo no se presente, modifique o altere la descripción de los ítems del Formato No. 6 correspondiente a la Propuesta Económica’, por cuanto el Consejo de Estado en sentencia del 5 de marzo de 1993, con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández ha conceptuado que si bien los pliegos son las reglas que enmarcan los procedimientos en los procesos de selección, el funcionario público debe, en caso de que por parte de algún oferente se haya cometido un error, analizar dicho error y determinar si el mismo es sustancial o no: si este resulta no sustancial, no puede la entidad rechazar una oferta que puede resultar favorable a ella, en este caso, debe solicitarle al oferente corregir su oferta.

*“De lo anterior **se evidenció que en los estudios y diseños que sustentan las futuras actividades constructivas a desarrollar, no se encuentran las especificaciones ni se hace mención alguna frente a las bases y sub bases solicitadas en el formulario de propuesta económica** diseñado por la Unidad y dispuesto como anexo en el pliego definitivo.*

*“Por otra parte, todas las obras y labores relacionadas con la construcción de vías en Bogotá, se deben realizar de acuerdo a las Especificaciones Técnicas Vigentes del IDU (2011), según las cuales no existen **las denominaciones de las bases y sub bases** señaladas para la Licitación Pública No. 03 de 2012, sino BG_C, BG B y BG A para bases granulares; y SBG_C, SBG_B y SBG_A, para las sub bases, por lo tanto, no existe una referencia legal que permita por descarte establecer la existencia o no de la ‘subbase 600’.*



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

"Las denominaciones citadas en el anexo de la propuesta económica frente a las bases y sub bases, corresponden a una nomenclatura antigua que subsiste en el mercado. **Algunos proveedores anuncian así sus productos, como se puede observar en internet, sin embargo ello no significa que efectivamente las denominaciones se encuentren dentro de lo reseñado por el IDU dentro de las Especificaciones Técnicas** propias de las labores de intervención de vías, como se mencionó líneas atrás.

"Identificada la falencia que pasó inadvertida tanto para la Unidad como para los proponentes al momento de configurar sus ofrecimientos, puesto que nadie observó sobre el particular, la entidad debe determinar la gravedad de la situación con el propósito de identificar si la misma afecta la continuación del proceso y la adjudicación del contrato, tal y como el Consejo de Estado lo especifica.

"En sentencia del 3 de febrero de 2000, (Radicado No. 10339) '(...) **todo proceso debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato** (...)".

"(...).

"En sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera del año 2010 (Radicado No. 16.432) '(...) **la administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley (...)** no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista' (...).

"Atendiendo la anterior previsión, resulta claro que la administración no puede, en el estado en que se encuentra proceder a declararlo desierto por el hecho de haber citado unas base y sub bases que no se encuentran en las especificaciones técnicas del IDU toda vez que es un yerro imputable de manera exclusiva a la Administración, por lo que no se les puede trasladar dicha carga a los proponentes que formularon la oferta (...).

"Sin embargo, para la administración resulta claro que la falencia existe, permanece y no se puede sanear con su simple individualización (...). Es por ello que la Administración con el propósito de garantizar la mitigación



294

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRUED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

del riesgo en la zona de conformidad con la descripción de la necesidad que se encuentra desarrollada en el estudio previo que soporta la licitación, estima que se debe propender por el cumplimiento del fin de la contratación (artículo 26 numeral 1º de la Ley 80 de 1993) motivo por el cual se decide continuar adelante con el proceso en el estado en que encuentra, advirtiendo que:

"1. La verificación del contenido de la propuesta económica se realizará sin atender los ítems denominados SUBBASE GRANULAR B-200 NI LA BASE GRANULAR B-600.

"2. Para la administración, todas aquellas propuestas que hayan cometido errores, citando, discriminando, analizando o mencionando los citados ítems, no incurrirán en causal de rechazo.

"3. Con el propósito de mantener las condiciones iniciales de las propuestas a la luz del pliego de condiciones definitivo, la Entidad calificará las propuestas, atendiendo que el error fue inducido por la Unidad, partiendo del valor total ofertado inicialmente. No obstante el adjudicatario de la licitación, deberá ajustar dichos ítems de conformidad con las especificaciones que les serán suministradas por la Entidad, previa suscripción del contrato, las cuales deberán ser cotizadas en condiciones de mercado, y por ningún motivo podrán sobrepasar el valor del presupuesto oficial ni el valor total ordenado.

"En este orden de ideas, el Comité Asesor Evaluador acoge el concepto emitido y lo plasma en el presente documento"⁴⁸ (la negrilla sin subraya no es del texto).

Como puede observarse, el Comité Asesor fundó su evaluación en que no se podía declarar desierta la licitación, indicó que el sub ítem 1.4 no era aplicable porque no correspondía a una regla clara, agregó que la especificación de la sub base granular estaba desactualizada y estimó que fue la UAERMV la que ocasionó el error inducido por las falencias del pliego de condiciones.

Además, la UAERMV observó que la especificación del referido ítem no aparecía dentro del contenido de los estudios previos del FOPAE. De contera,

⁴⁸ Folios 131 a 135, cuaderno 1.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

concluyó que para enmendar su error, lo correcto era entender ineficaz esa denominación o descripción y advertir que sería un ítem sujeto a ajustes, sin exceder el precio del presupuesto.

Se observa que la UAERMV salvó el yerro cometido por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, toda vez que este último era el único proponente que se había apartado de las especificaciones de la base granular contenidas en el pliego de condiciones.

Se agrega que las descripciones técnicas de los manuales del IDU no habían sido identificadas como regla obligatoria en el pliego de condiciones de la respectiva licitación de la UAERMV y que la supuesta falta de claridad en las especificaciones de la base granular no fue objeto de observaciones por parte de los proponentes ni en la etapa de ajustes del pliego, ni en la de traslado de las evaluaciones.

A juicio de la Sala, la prueba pericial sí explicó con suficiencia que al consultar el listado de precios de referencia del IDU – 2012 persistían las referencias a la sub base granular B 200 y a la base granular B 600⁴⁹, de manera que en este proceso se desvirtuó que se tratara de una regla incompleta o de un vacío en el pliego de condiciones. Además, el perito se refirió en forma específica a otras licitaciones en las que el IDU había utilizado las referidas especificaciones (“IDU-LP-SG1-011-2012 -estas se pueden consultar en la página del IDU”)⁵⁰.

Por ello, en este punto concreto, se equivocó el Tribunal *a quo* al considerar que el perito no había citado los fundamentos de sus respuestas.

⁴⁹ Dictamen pericial, resumen de la documentación estudiada por el perito, folio 8, cuaderno 6.

⁵⁰ Dictamen pericial, folio 9, cuaderno 6.



295

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Con base en la comparación entre el pliego de condiciones y el contenido del formulario 6, también se puede concluir que CONSORCIO LA CARBONERA 2013 incurrió en una incongruencia de carácter técnico, dado que cambió las especificaciones, pero no las cantidades ni el valor unitario, tal como lo observó el perito (se transcribe en forma literal, incluso con errores):

"(...) Colocar en cada uno de esos dos componentes de una vía, ya que hay que colocar 1.035 M3 de material Granular para la subbase y apenas 518 M3 para la Base y por supuesto el valor de cada especificación es diferente ya que la especificación Granular B -200 Vale \$42.149 por metro cúbico y el de la Base Granular B 600 vale \$64.607 para cada metro cúbico, que hace que los precios totales sean diferentes"⁵¹.

5.1.6. Según se acredita en el plenario, en la etapa de evaluación, al conocer de las observaciones, la UAERMV decidió seguir adelante con el procedimiento y, posteriormente, en la misma audiencia de adjudicación expidió la Resolución 028 de 2013, que constituye uno de los actos demandados en este proceso, la cual se identificó como "acto de trámite de carácter general vinculante para todos los proponentes".

En dicha resolución se declaró la ineficacia de los sub ítems 1.3 y 1.4, correspondientes a las bases granulares requeridas para el desarrollo de las actividades preliminares y la del sub ítem 5.3, referido a la sub base granular requerida para el ítem correspondiente al desarrollo del "canal perimetral y drenes".

Se advierte desde ahora que esa decisión modificó el pliego de condiciones, en concreto, el formulario 6 de la propuesta económica, cosa que se realizó el mismo día de la adjudicación, cuando ya no era posible el ajuste de las propuestas de los distintos proponentes. Resulta palmario que esa decisión de la UAERMV cambió las condiciones del pliego de la licitación pública 03 de

⁵¹ Folio 36, cuaderno 6.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

2012, en forma extemporánea, en contravía de la antelación exigida en el artículo 2.2.4 del Decreto 734 de 2012, toda vez que según la citada reglamentación solo podían incorporarse los de cambios al pliego mediante adendas antes “del término de cierre” para presentar las propuestas.

Se establece, también, que la Resolución 028 de 2013 no se aplicó de la misma forma para todos los proponentes, dado que solo la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 se veía beneficiada con la respectiva declaración de ineficacia, puesto que era la única que había cambiado la especificación -de base a sub base granular-.

Se puntualiza que la decisión adoptada por la UAERMV tuvo el efecto de no aplicar al CONSORCIO LA CARBONERA 2013 la causal de rechazo prevista en el punto 4.4 del pliego de condiciones, a cuyo tenor (se cita en forma literal, incluso con posibles errores):

“4.4. CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

“Se rechazarán aquellas propuestas que se encuentren en cualquiera de los siguientes caso:

“(…).

“i) Cuando no se presente, modifique o altere la descripción de los ítems del Formato No. 6 correspondiente a su propuesta económica”⁵².

Por otra parte, se observa que con fundamento en esa decisión la UAERMV llegó a introducir en el contrato 081 de 2013 modificaciones a la cláusula tercera sobre “CONDICIONES ESPECIALES Y VÍAS DE ACCESO A LAS OBRAS”, en varios aspectos que no estuvieron previstos en la minuta del contrato que formó parte del pliego de condiciones y que no pudieron ser

⁵² Folio 81, cuaderno 1.



296

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

considerados por los proponentes que se presentaron a la licitación pública 03 de 2012.

En efecto, entre otros puntos que se abrieron paso con la declaratoria de ineficacia de los ítems definidos en el pliego de condiciones, se observa el párrafo de "ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS", en el cual la UAERMV y el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 acordaron reabrir de manera bilateral posibles modificaciones a los precios unitarios del contrato previstos en la licitación ("APU's") así (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*"El CONTRATISTA deberá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del Contrato como máximo, presentar a la Interventoría para su aprobación, los APU's y el listado de insumos con precios, para cada ítem de pago se deberá efectuar el análisis de precios unitarios correspondientes. Para el estudio de los previos unitarios se deberá obtener la información de los costos (...) teniendo en cuenta además de los factores de producción y las condiciones de la zona (...) aquellos factores que puedan incidir en los precios unitarios de los diferentes (...) Se deberá presentar el análisis del A.I.U., previo al inicio del Contrato, **el cual registrará tanto para los análisis de precios unitarios propuestos como para los nuevos precios que sean necesarios pactar en el transcurso del Contrato ...**" (la negrilla no es del texto).*

Así las cosas, es un hecho probado en el proceso que la ineficacia declarada mediante la Resolución 028 de 2012 evitó el rechazo de la propuesta presentada por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, además de que le otorgó a ese consorcio una condición diferente a la de los otros proponentes dentro de la licitación pública 03 de 2012, en cuanto modificó las reglas de especificaciones y precios, bajo las cuales se habían presentado las propuestas.

5.1.7. En cuanto a la asignación de puntaje, se observa que la UAERMV asignó la calificación de las propuestas con base en la fórmula de la media aritmética



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

de sus valores⁵³, sobre un total de 1.000 puntos, el cual arrojó el siguiente resultado:

Proponente	Puntaje valor oferta económica ⁵⁴ . 900 puntos	Puntaje total sobre 1000, adicionando el ítem apoyo a la industria nacional con 100 puntos- ⁵⁵
CONSORCIO LA CARBONERA 2013	895,59094955181400	995,59094955181400
CONSORCIO ALYAR	880,51265426736100	980,51265426736100
CONSORCIO UAERM CIUDAD BOLIVAR	877,80418211444000	977,80418211444000
CONSORCIO CIUDAD BOLIVAR	853,9078593361500	953,90785933615000

Se advierte que de acuerdo con el pliego de condiciones, la media aritmética se obtenía con base en la sumatoria de los montos de cada una de las propuestas habilitadas dividida por el número de propuestas. Por ello, se debe concluir que la no exclusión del valor propuesto por el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 arrojó un índice evaluativo diferente al que hubiera resultado de considerar únicamente los valores ofrecidos por las otras tres propuestas que se habían ajustado a las especificaciones definidas en el formulario 6, contentivo de la propuesta económica.

5.1.8. En la Resolución 028 de 16 de enero de 2013 se transcribió parte del concepto apoyado por la Secretaria General, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y el Coordinador de Mitigación del Riesgo y se consideró que la

⁵³ Folio 79, cuaderno 1. Pliego de condiciones definitivo.

⁵⁴ Folio 148, cuaderno 1. Se ordena en orden descendente para los propósitos de esta providencia.

⁵⁵ Todas las propuestas obtuvieron los 100 puntos asignados por el factor de nacionalidad del personal ofrecido.



297

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

relación de las especificaciones de la base y sub base granular había resultado incompleta y que no tenía un valor material en relación con el monto del presupuesto, según se expresó en la siguiente forma:

"Que la inclusión de los ítems 1.3. 'Sub Base Granular B-200'; 1.4. Base granular B 600 y en el capítulo 5, CANAL PERIMETRAL Y DRENES, 5.3. Sub base granular B 200, fueron citados por error al momento de proyectar el formulario de propuesta económica de la Licitación Pública, tornándose en un condicionamiento incompleto y falta de claridad, que no debe ser exigido en su cumplimiento por la Administración, por cuanto es a ésta y no a los proponentes a quien se les debe imputar la carga de soportar la falencia advertida.

"Que desde el punto de vista económico, los ítems mencionados en su totalidad, suman alrededor de \$83'244.395, esto es, el 0.6% del valor total del Presupuesto Oficial Estimado para la Licitación Pública, motivo por el cual igualmente se percibe que dichos ítems no son representativos y en nada comprometen el desarrollo final de la obra (...).

"Que en atención a lo anteriormente expuesto, la Entidad ha decidido declarar ineficaz y no tener en cuenta para adjudicar y celebrar el contrato producto del presente proceso de selección (...).

"RESUELVE:

"ARTÍCULO PRIMERO: Declárense ineficaces los ítems señalados en el capítulo 1 'Actividades preliminares, adecuación acceso provisional a la obra y carretables internos', 'Ítem 1.3. Sub Base granular B-200'. 'Ítem 1.4. base granular B-600' y el señalado en el capítulo 5 'CANAL PERIMETRAL Y DRENES', Ítem '5.3. Sub-base granular B-200, correspondiente al pliego de condiciones del proceso de licitación pública No. 03 de 2012 (...)"⁵⁶.

5.1.9. Obra en el expediente Resolución 030 de 16 de enero de 2013, contentiva de la adjudicación del contrato, en la cual se realizó un recuento de las actuaciones dentro del proceso de licitación y se adoptó la siguiente calificación:

⁵⁶ Folios 184 y 185, cuaderno 1.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

	Oferta económica	Puntaje total
CONSORCIO LA CARBONERA 2013	895,59094955181400	995,5909495518140
CONSORCIO ALYAR	880,51265426736100	980,5126542673610
CONSORCIO UAERM CIUDAD BOLIVAR	877,80418211444000	977,8041821144400
CONSORCIO CIUDAD BOLIVAR	853,9078593361500	953,9078593361500

Nótese que la calificación adoptada por la UAERMV es la misma que se detalló en los cuadros de evaluación definidos después de respuesta a las observaciones, es decir que la UAERMV no excluyó la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 y, por el contrario, la escogió como la mejor propuesta y le adjudicó el contrato correspondiente.

En la Resolución 030 de 16 de enero de 2013, la UAERMV citó -como uno de los considerandos de su decisión- la Resolución 028 de 2013 y, con fundamento en ello, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Adjudicar el proceso de LICITACIÓN PÚBLICA No. 03 de 2012, cuyo objeto corresponde a CONTRATAR POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS, LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE ESTABILIZACIÓN INCLUIDAS ESTRUCTURAS DE CONTENCIÓN Y EL CANAL EN ALTOS DE LA ESTANCIA ETAPA II FASE II SECTOR SUPERIOR LA CARBONERA – LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR, BOGOTÁ D.C. al CONSORCIO LA CARBONERA 2013, integrado por las empresas REX INGENIERIA S.A., GP INGENIERÍAS & CIA S.A.S. y GESTIÓN RURAL Y URBANA LTDA, consorcio representado por el señor FABIO ARTURO RODRÍGUEZ LEAL, por un valor de \$13.492'462.347”⁵⁷.

⁵⁷ Folio 190, cuaderno 1.



298

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

5.1.10. Obra en el expediente el Contrato de Obra Pública 081 de 26 de febrero de 2013, suscrito entre la UAERMV y el CONSORCIO LA CARBONERA, por valor de \$13.492'462.347.

Se advierte que, por una parte, la UAERMV declaró la ineficacia de algunos ítems del pliego de condiciones, habiendo vencido la etapa en que era posible introducir modificaciones al pliego de condiciones y, por otra parte, le dio validez a la totalidad del precio propuesto para efectos de adjudicar y de fijar el valor del contrato correspondiente, lo cual resultaba incongruente con los considerandos sobre la ineficacia, contenidos en la propia resolución de adjudicación, además de que terminó adjudicando y celebrando un contrato en contravención de las reglas del pliego de condiciones.

6. Conclusiones sobre la nulidad de los actos acusados

El primer **problema jurídico** planteado consistió en definir si la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 203 que cambió la especificación de "BASE" granular por la de "SUBBASE" granular 600 ha debido ser rechazada, o si, por el contrario, fue debidamente motivada la decisión de la UAERMV que aceptó y calificó la propuesta respectiva.

Para resolver dicho problema se tiene en cuenta lo siguiente:

El cambio de especificaciones no estaba permitido en el pliego de condiciones y, por ello, al modificar la descripción del sub ítem 1.4 el CONSORCIO LA CARBONERA 2013 cometió un yerro que era causa del rechazo de la propuesta.

La valoración de la propuesta equivocada o apartada del pliego de condiciones sí tuvo alcance sobre la adjudicación contenida en los actos acusados, dado



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

que benefició al CONSORCIO LA CARBONERA 2013, que se constituyó en el adjudicatario del contrato apoyado en una propuesta económica que alteró los ítems que formaban parte del precio materia de la adjudicación.

Además, con fundamento en las consideraciones que justificaron la contratación, según se transcribieron en esta providencia, se debe advertir que las especificaciones relacionadas con la base y sub base granular sí eran esenciales, en tanto hacían relación con una obra en terreno inestable y de alto riesgo para el proceso constructivo.

Tampoco se tuvo en cuenta que la UAERMV indicó en su respuesta a las observaciones de las propuestas que, en internet, aparecían referencias de algunos proveedores con las especificaciones utilizadas en el pliego de condiciones⁵⁸. De esta manera, si había proveedores que aún conservaban esas referencias, de manera alguna puede aceptarse la aplicación de la ineficacia dispuesta para las condiciones de imposible cumplimiento.

Se reitera que, por su parte, los demás proponentes habían cotizado en forma correcta y ajustada al formulario No. 6, por lo cual no era cierto que existiera un vacío en las especificaciones.

La Sala agrega que la consideración acerca de la supuesta falta de materialidad en el monto de los precios objeto de la modificación no fue acertada, dado que el valor de los ítems declarados ineficaces era suficiente para variar la fórmula de la media aritmética adoptada en el pliego de condiciones. Además, el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que en el pliego de

⁵⁸ "Algunos proveedores anuncian así sus productos, como se puede observar en internet, sin embargo ello no significa que efectivamente las denominaciones se encuentren dentro de lo reseñado por el IDU dentro de las Especificaciones Técnicas propias de las labores de intervención de vías, como se mencionó líneas atrás". Concepto del Comité Asesor Evaluador, Folios 131 a 135, cuaderno 1.



299

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

condiciones las propuestas presentadas por valores mayores al 1.1 del porcentaje evaluativo (Pe^{59}) quedaban calificadas con cero puntos, al paso que uno de los componentes de la fórmula de asignación de los 900 puntos de la propuesta económica era definido con el factor de: $0.1 * Pe$. Estos datos significan que la desviación superior al 0.1 de la media aritmética de las propuestas era material y esencial para efectos de definir la adjudicación.

Por ello, considera la Sala que sí existió una falsa motivación en las Resoluciones 028 y 030 de 2012, teniendo en cuenta que la ineficacia declarada para un grupo de ítems que ascendía al 0.6% del presupuesto del contrato sí era sustancial en relación con el resultado de la adjudicación.

Por otra parte, es cierto que ni el CONSORCIO ALYAR COLOMBIA ni los otros proponentes no favorecidos se vieron beneficiados por la decisión de la UAERMV al considerar ineficaz la descripción de los ítem 1.3, 1.4 y 5.3 referidos a la base granular, dado que sus propuestas económicas no presentaban modificación alguna en la especificación de los ítems respectivos.

Así las cosas, la Sala concluye, de manera coincidente con el apelante, que el Tribunal *a quo* no valoró todos los aspectos del procedimiento de contratación acreditados en el proceso y que aceptó como ciertas varias consideraciones de la motivación del acto administrativo de adjudicación, las cuales, en realidad resultaron ser supuestos desvirtuados en el proceso, de manera que los actos administrativos sí adolecieron de falsa motivación, de acuerdo con las pruebas que se allegaron al proceso.

Se evidencia que la ineficacia declarada para las referencias o descripciones de los ítems implicó una modificación del pliego y de las condiciones de

⁵⁹ Sumatoria del valor de las ofertas sobre el número de propuestas hábiles.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

competencia entre los proponentes, todo lo cual lleva a reconocer la falsa motivación y la consecuente ilegalidad de los actos acusados, así como a evidenciar la causal de nulidad del contrato 081 de 2013, en los términos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por haberse fundado los actos administrativos cuya nulidad se declarará en este proceso⁶⁰.

Al margen se advierte que no se adoptarán condenas en relación con prestaciones mutuas dentro del contrato 081 cuya nulidad se declara, dado que no existen elementos de juicio sobre el estado de ese contrato y de las prestaciones ejecutadas.

7. La prueba de la mejor propuesta

La Sala se aparta del dictamen, en cuanto se refiere al puntaje que debió asignarse a las propuestas, dado que el perito se limitó a repetir los valores indicados en la calificación de evaluaciones de la UAERMV, pese a que la media aritmética de las propuestas habilitadas resultaba diferente.

Sin embargo, la Sala advierte que el demandante si probó que su propuesta era la mejor, toda vez que allegó las ofertas habilitadas y que, al aplicar la fórmula establecida en el pliego de condiciones para efectos de la adjudicación, se establece que alcanzaba el mejor puntaje y que, por tanto, el contrato le debió ser adjudicado.

⁶⁰ "Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

"(...).

"4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; (...).



300

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRUED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

A continuación se calcula la media aritmética y la asignación de puntaje correspondiente a las propuestas económicas, con base en el método previsto en el pliego de condiciones.

Fórmula de asignación de puntaje, de acuerdo con el pliego de condiciones:

$$Pe = 900 \times [1 - (Pe - Vof) / 0.1 \times Pe]$$

Pe: Índice evaluativo

Vof: Valor de la oferta

Proponente	Valor oferta (Vof)	Diferencia con la media (Pe-Vof)	Factor de asignación de puntaje: (Pe-Vof / 0.1*Pe)	Puntaje asignado a la propuesta económica: 900 x [1 - (Pe-Vof) / 0.1*Pe]
Consortio Alyar	\$13.469'846.359,00 ⁶¹	31'433.454	0.02328	690,48
Consortio Ciudad Bolivar	\$13.568'209.056,39 ⁶²	66'929.243	0.04957	453,87
Consortio Uaerm Ciudad Bolivar	\$13.465'784.023,00 ⁶³	35'495.790	0.02629	663,39

⁶¹ Folio 574 cuaderno 5.

⁶² Folio 1550, cuaderno 2.

⁶³ Folio 1153, cuaderno 3.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Pe (índice evaluativo) ⁶⁴	\$13.501'279.813			
0.1*Pe	1.350'127.981,3			

Ahora bien, teniendo en cuenta que todas las propuestas obtuvieron 100 puntos por concepto de la participación de la industria nacional, a continuación se establece que el puntaje final de la licitación pública 03 de 2012 era del siguiente orden:

Proponente	Puntaje	Puesto
Consortio Alyar	790,48	1
Consortio Uaerm Ciudad Bolívar	763,39	2
Consortio Ciudad Bolívar	553,87	3

De acuerdo con lo expuesto, se corrobora que el demandante allegó las pruebas suficientes para demostrar que su propuesta era la mejor.

8. Liquidación del perjuicio

De acuerdo con la propuesta presentada por el Consortio Alyar, su utilidad era del 5% del valor de los costos directos, es decir, la suma de \$524'400.544,93, tal como consta en el formulario de la oferta económica que se allegó al proceso⁶⁵.

Por tanto, el valor citado se tomará como prueba para calcular la liquidación del perjuicio.

⁶⁴ Media aritmética, según el pliego de condiciones, folio 79, cuaderno 1.

⁶⁵ Folio 2, cuaderno 5.



301

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Es pertinente advertir que la Sala se aparta de la cifra pretendida por el demandante, por un valor superior al probado, toda vez que solo se apoyó en sus afirmaciones y cálculos, según los cuales habría accedido a una mayor utilidad en la ejecución del contrato.

Como consecuencia, la utilidad establecida en la propuesta económica del demandante se tendrá como base para medir del monto del perjuicio y el restablecimiento a cargo de la UAERMV por haber privado al demandante del derecho a la adjudicación del contrato.

La suma citada se actualiza con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), desde la fecha en que se debió percibir la utilidad del contrato, esto es, la de liquidación del contrato y hasta la fecha de la presente sentencia.

Además, se tiene en cuenta el artículo 187 del C.P.A.C.A., a cuyo tenor:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. (...).

“Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

Por tanto, se actualizará el valor del perjuicio hasta la fecha de la presente sentencia, con los índices de precios al consumidor establecidos en las series de empalme publicadas por el DANE, tomando como índice inicial el correspondiente al mes de abril de 2014, teniendo en cuenta el término de duración del contrato y el plazo para su liquidación⁶⁵.

⁶⁵ Se utiliza el índice de abril de 2014, teniendo en cuenta que el término previsto para el contrato era hasta el 31 de diciembre de 2013 y el plazo de liquidación era de cuatro meses, de acuerdo con lo dispuesto en el pliego de condiciones definitivo, folio 89, cuaderno 1.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Valor actualizado = Valor histórico x índice final⁶⁶ / índice inicial⁶⁷

Valor actualizado = \$524'400.544, 93 x141,05 / 116,24

Valor actualizado= \$636'327.399

No procede la condena por concepto de intereses de mora, teniendo en cuenta que hasta la fecha de la presente sentencia los actos administrativos estaban amparados por la presunción de legalidad, circunstancia que hace improcedente considerar la exigibilidad de intereses a título de perjuicio, tal como se ha expuesto en la sentencia de la Sala Plena que unificó los criterios en torno de este aspecto⁶⁸.

Tampoco resulta pertinente la pretensión orientada a que se declare a favor de la demandante una experiencia equivalente a la del contrato no adjudicado, dado que precisamente ese proponente, ahora demandante, fue privado de la celebración del contrato, por tanto no puede concluirse que adquirió una experiencia sobre la ejecución del mismo.

⁶⁶ Corresponde al último dato publicado por el DANE a la fecha de esta sentencia (marzo de 2018) de acuerdo con la información en la página www.dane.gov.co, estadísticas, serie de empalme de IPC 2000 -2018.

⁶⁷ Corresponde al dato publicado del mes de abril de 2014 de acuerdo con la serie de empalme de IPC 2000- 2017 publicada por el DANE.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 12 de julio de 2012, radicación número: 85001-23-31-000-1995-00174-01(15024), actor: NIMROD MIR LTDA., demandado: municipio de Chámeza-Casanare, referencia: controversias contractuales; apelación sentencia.

"21.6 Así, resulta claro para la Sala que la diferencia fundamental entre la sentencia que anula el acto administrativo que impone una multa o hace efectiva una cláusula penal pecuniaria y la que advierte la falta de pago de unas obras contratadas y realizadas, radica en que en el primer caso la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado, pues anula el acto administrativo que la impuso, y solo a partir de entonces se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no se puede hablar de que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme.



302

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

9. Análisis de las certificaciones de experiencia

El **segundo problema jurídico** que se suscitó en la apelación se refirió a la suficiencia o no de las certificaciones de experiencia acreditadas en la licitación pública 03 de 2012 por parte del CONSORCIO LA CARBONERA 2013.

De acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores, los argumentos de la apelación fundados en el cambio de las especificaciones de la propuesta económica prosperan en forma suficiente para declarar la nulidad de los actos acusados y la condena correspondiente.

Sin embargo, en orden a agotar en análisis del acervo probatorio, se realizan las siguientes consideraciones sobre las certificaciones de experiencia:

El sentido lógico de la interpretación sobre el requisito de experiencia establecido en el pliego de condiciones para los especialistas, permite concluir que, de acuerdo con dicho pliego, los ingenieros especialistas tenían que acreditar su experiencia en un contrato de obra que tuviera por objeto la contención o estabilización de roca, aunque su actividad profesional específica dentro del contrato certificado no fuera directamente la de dirigir o construir la obra, dado que, precisamente, el respectivo ingeniero participaba como un especialista. Por ello, no se comparten las apreciaciones del demandante en cuanto a las falencias de las certificaciones presentadas en la licitación pública 03 de 2012 por parte del CONSORCIO LA CARBONERA 2013.

Se considera que habría sido acertada la admisión de las certificaciones con base en las cuales se acreditó que el respectivo ingeniero había realizado o asesorado los diseños propios de la obra contratada, dentro de la especialidad requerida, empero como la propuesta debía ser rechazada por la alteración de



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

las especificaciones que ya ha sido expuesta en detalle, no había lugar a asignar puntaje al CONSORCIO LA CARBONERA 2013.

Por otra parte, se hace notar que la demandante no podía fundarse en unas certificaciones que se allegaron por fuera del término del proceso de evaluación, dado que había precluido el plazo para sustentar las observaciones, y por ello, no pudieron ser consideradas por la UAERMV en su momento.

Además, tales certificaciones no desvirtuaron las que habían sido acreditadas por el proponente en su oportunidad y aclaradas dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

Finalmente, se considera que la UAERMV aceptó de manera ajustada al pliego de condiciones las certificaciones de experiencia presentadas para periodos que no se traslaparon, aunque el respectivo ingeniero especialista hubiera prestado durante el mismo lapso otras labores en contratos distintos de los que fueron objeto de la certificación. Sin embargo, se repite, la propuesta del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 debió ser rechazada y, por tanto, no era objeto de calificación.

10. Costas

El artículo 366 del Código General del Proceso (C.G.P.), aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A, dispuso:

"4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Por su parte, el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha de la sentencia de primera instancia, estableció:

*“Artículo Tercero.- Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, **tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.** Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones. PARAGRAFO.- En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.*

“(…).

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

“(…).

*“3.1.3. Segunda instancia. Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes. **Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.** (...)” (la negrilla no es del texto).*

Se observa que de acuerdo con las pretensiones, la tarifa máxima de las agencias en derecho correspondió a la suma de \$33'674.615 (5% de \$673'492.317), al paso que el Tribunal *a quo* las fijó en la suma de \$16'837.307, para cada una de las demandadas.

De las cifras anteriores se infiere que la fijación de las agencias en derecho se situó en 2.5% de la pretensiones, es decir en el punto medio de la tarifa permitida.



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRUED OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Sin embargo, en los términos del artículo 365 del C.G.P., la condena en costas debe ser revocada, dado que el demandante resulta ser la parte vencedora, en cuanto que la presente sentencia revocará la decisión de primera instancia. Por tanto, se impondrá la condena en costas de ambas instancias⁶⁹.

La condena se establecerá únicamente a cargo de la UAERMV, dado que en este proceso no se probó participación del CONSORCIO LA CARBONERA 2013 en las resoluciones acusadas y que esa demandada asumió su carga de defensa sin causar actuaciones más gravosas al demandante.

Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el Tribunal *a quo*⁷⁰.

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

⁶⁹ "Artículo 365 C.G.P. *Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

"(...).

"4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias".

⁷⁰ Artículo 366 C.G.P.



304

Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 21 de abril de 2015. En su lugar se dispone:

1. Declarar la nulidad absoluta de la Resolución No. 028 de fecha 16 de enero de 2013, por la cual se declaró la ineficacia de unos ítems dentro del formato de propuesta económica establecido dentro del proceso de licitación pública No. 03 de 2012, con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia.
2. Declarar la nulidad absoluta de la Resolución No. 030 de fecha 16 de enero de 2013 mediante la cual se adjudicó el contrato de obra, dentro del proceso de licitación pública No. 03 de 2012, con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia.
3. Declarar la nulidad absoluta del Contrato Civil de Obra No. 081 de fecha 26 de febrero de 2013 suscrito entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- y el CONSORCIO LA CARBONERA 2013, con fundamento en las consideraciones expuestas en la presente providencia.
4. CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL -UAERMV- a pagar a la parte demandante, a título de indemnización de perjuicios y restablecimiento del derecho vulnerado, la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$636'327.399).



Radicación: 25000233600020130116501 (54632)
Demandantes: CONSTRURED OBRAS Y SERVICIOS
S.A. Y OTROS
Demandados: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO
VIAL -UAERMV- Y CONSORCIO LA
CARBONERA 2013
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

5. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

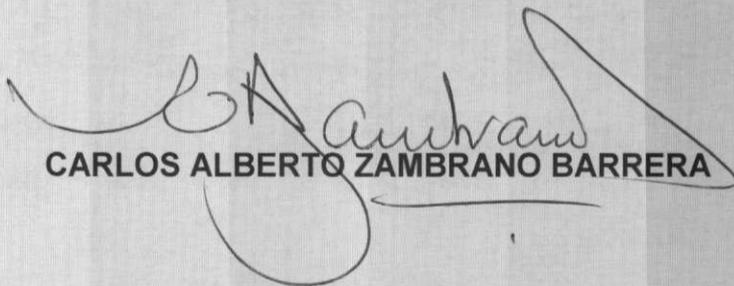
TERCERO: Condenar en costas por ambas instancias a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL - UAERMV- UAERMV. Las costas y las agencies en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO: Por secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expídanse copias auténticas de la sentencia para ambas partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA