CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN "B"

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Exp:	30312
Radicación:	25000232600019971354201
Actor:	Manuel Julián Escobar Henríquez
Demandados:	Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Hacienda Distrital
Naturaleza:	Nulidad y restablecimiento del derecho

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de noviembre de 2004, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El demandante pretende la anulación del acto de adjudicación[1] de un contrato estatal que no lo favoreció dentro del proceso de selección de contratistas del que hizo parte, por considerar que su ofrecimiento era el mejor y que la calificación de las propuestas se realizó en contravía del principio de selección objetiva y de las normas del pliego de condiciones. Pretende, a título de indemnización, el pago de una suma equivalente a la utilidad esperada, actualizada con base en el IPC.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

[1] Expedido antes de la reforma introducida por la Ley 446 de 1998.

Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 1997, el señor Manuel Julián Escobar Henríquez, promovió demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Hacienda Distrital, con el fin de obtener:

1.1. Pretensiones

> *1. Que se declare ineficaz de pleno derecho el punto A.10.2. de los ítems previstos en el pliego de condiciones.*
>
> *2. Que se declare nula la resolución No. 883 del 17 de octubre de 1996 expedida por la señora Secretaria de Hacienda del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, mediante la cual se adjudicó el contrato que no ocupa* (sic).
>
> *3. Que se condene a la entidad demandada a pagar a mi mandante, las indemnizaciones a que haya lugar, por concepto de las utilidades a que este tenía derecho en su condición de proponente ubicado en primer lugar de elegibilidad.*
>
> *4. Que se ordene actualizar monetariamente la indemnización.*
>
> *5. Que se condene a la demandada a pagar los intereses que corresponda.*
>
> *6. Que se condene en costas al demandado.*

1.2. Fundamento fáctico

Como fundamento de hecho de las pretensiones indicó que mediante la Resolución No. 591 de 18 de julio de 1996, la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital dispuso la apertura de una licitación pública tendiente a seleccionar un contratista para la remodelación de los baños e instalaciones hidráulicas y sanitarias del Centro Administrativo Distrital.

Como regla para la evaluación y adjudicación del contrato se dispuso que este sería celebrado con el oferente que obtuviera el costo evaluado más bajo, de acuerdo con la siguiente fórmula: Costo evaluado = VP (valor corregido de la propuesta) x FC (factor de cumplimiento) x FE (factor de experiencia) x FP (programación y organización).

Aunque el valor de la propuesta presentada por el demandante contenía un error aritmético que se evidenció al evaluar los ofrecimientos y fue corregido por la entidad, este no generaba *per se* su descalificación y, aún en esas condiciones, era la mejor. No obstante, consideró la entidad demandada que la propuesta presentada por el Consorcio Constructora Argo Ltda. - Constructora La Calleja Ltda. debía obtener el mejor puntaje, por lo que en audiencia pública -en la que le negó el uso de la palabra al demandante y dispuso su retiro del recinto-, le adjudicó el contrato mediante la Resolución No. 883 de 17 de octubre de 1996, cuya anulación se pretende.

1.3. Fundamento jurídico

Indicó que la evaluación de la oferta del adjudicatario contiene graves errores que determinaron que el resultado de la licitación no estuviera acorde con la selección objetiva, ni conforme a las normas que estaban llamadas a regirla; inclusive desconoció algunas falencias que imponían la descalificación de quien a la postre resultó adjudicatario.

Afirmó que el Consorcio Constructora Argo Ltda. – Constructora La Calleja Ltda. no acreditó experiencia específica en obras coincidentes con la que se pretendía contratar, no acreditó en legal forma su existencia, no presentó en forma completa las declaraciones de renta exigidas, ni especificó las garantías de los materiales ofrecidos, al tiempo que su programación para la obra presentaba serias falencias.

Los pliegos de condiciones exigían, como ítem puntuable, que se acreditaran los contratos con objeto "coincidente" celebrados en los cuatro años previos al ofrecimiento, experiencia que no demostró el adjudicatario, por cuanto los que demostró no correspondían al objeto del contrato, por no tratarse de actividades de remodelaciones, conservación y mantenimiento. *"Como el objeto de la licitación era una remodelación, la ejecución de obras coincidentes a la licitada, no podía demostrarse con certificaciones de construcción de edificios, ni de parques, ni de estructuras en concreto,*

madera o metal, ni con instalaciones interiores, ni con restauraciones, puesto que remodelar no coincide con construir, ni restaurar". Como ese ítem tenía un valor en la evaluación de la oferta, la entidad le asignó al proponente la más alta calificación en lo relativo a experiencia, pese a que no la acreditó en forma debida. Solo el 5% de las obras que constituían la experiencia del adjudicatario eran hidráulicas o sanitarias, por lo que no cumplía con las especificaciones del pliego para ser tenida en cuenta en la evaluación, máxime cuando tampoco adjuntó las constancias de entrega y cumplimiento de las obras ejecutadas, ni se pudo establecer si se trató de labores ejecutadas directamente o por medio de subcontratistas.

De acuerdo con los pliegos, las falencias en los ítems evaluables se penalizaban con la asignación de puntaje, que aumentaba el costo evaluado de las propuesta. Para el caso de la experiencia, las fallas anotadas determinaban la asignación de un coeficiente de puntaje de 1.07., que aumentaba el costo evaluado del ofrecimiento.

También estimó que la propuesta del adjudicatario presentaba falencias en la planeación, organización y plan de trabajo, que se reflejaban en el hecho consistente en haber programado el retiro de la tubería y accesorios existentes en un término de 15 días, con lo cual quedaría sin suministro de agua la edificación a intervenir, por el mismo término. El cambio de la tubería se programó para los 45 días siguientes, durante los cuales la edificación también permanecería sin el servicio de acueducto, razón por la cual, ese ítem, también evaluable, estaba llamado a aumentar el valor del ofrecimiento; sin embargo, la entidad demandada no penalizó la propuesta con el factor de 1.07 previsto para esos casos en el pliego.

Por otra parte, la no presentación de las declaraciones de renta de los dos años inmediatamente anteriores impedía el análisis de la situación financiera del proponente (adjudicatario) y constituía un incumplimiento de lo previsto en los pliegos. Agregó que la existencia del consorcio no quedó

debidamente acreditada, pues el contrato consorcial no señaló cuál era el objeto de la asociación pactada, condición esencial de ese tipo de acuerdos.

En cuanto a su propio ofrecimiento, afirmó el demandante que fue penalizado con un coeficiente del 1.07 por un presunto error en el programa de trabajo, pues no permitía, a juicio de la entidad, la utilización de al menos una batería de baños en cada piso, con el fin de garantizar el funcionamiento permanente de las oficinas, falencia que no existía y que correspondió a la interpretación errónea de la entidad, al ignorar que se ofreció dejar siempre funcionado un área de servicio, al señalar expresamente en la oferta: *"de tal manera que si se trabaja del lado orienta* (sic) *se deje funcionando el lado occidental"*, frase que no fue tenida en cuenta por los evaluadores y que permitía estimar que no se cerrarían todos los baños en forma simultánea.

Finalmente, los evaluadores plantearon unas objeciones en cuanto a la garantía del cielo raso, los portarrollos de papel higiénico y las condiciones financieras del actor, y no se le permitió clarificarlas en la audiencia de adjudicación, en la que, por el contrario, se le impidió el uso de la palabra.

Estimó que la conducta de la demandada desconoció el principio de selección objetiva de contratistas, pues desechó las múltiples falencias de la propuesta adjudicataria de cara al pliego de condiciones, en detrimento de aquella que fundada en criterios objetivos –la suya– era la mejor. Por ende, adujo que se violó el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que prevé dicho principio, así como el numeral 3 del artículo 26 de la misma ley, que prohíbe que los pliegos se redacten de forma tal que permitan interpretaciones subjetivas. Los errores evidenciados en la evaluación permiten establecer que los ofrecimientos no fueron apreciados en forma objetiva.

Finalmente, consideró que la indemnización a la que tiene derecho como consecuencia de la pretendida anulación del acto enjuiciado, debe ser la

correspondiente a la utilidad esperada en su ejecución, debidamente actualizada.

2. Contestación de la demanda

En la oportunidad procesal prevista para el efecto (fl. 166, c. 2), el Distrito Capital se opuso a la prosperidad de las pretensiones y afirmó que los fundamentos fácticos y jurídicos que tuvo en cuenta para adjudicar el contrato estatal garantizaron el respeto a los principios de selección objetiva, con estricta sujeción a los pliegos de condiciones que regían la licitación.

Afirmó que una vez evaluadas las propuestas con fundamento en los referidos criterios, la mejor fue la presentada por la adjudicataria y la del demandante ocupó el segundo lugar.

En cuanto a la experiencia específica del adjudicatario señaló que esta fue objetada en principio por la entidad; sin embargo, el oferente justificó que su experiencia provenía de actividades en las que no estuvo involucrada una entidad que pudiera certificar su cumplimiento, por lo que finalmente se optó por dar mérito a la experiencia acreditada en el RUP, que correspondía a las especialidades requeridas por la entidad.

Negó que existieran falencias en la acreditación de la existencia del consorcio, pues el documento contentivo del compromiso consorcial fue allegado en debida forma con la propuesta. De igual manera, refutó el argumento relativo a que la programación de ejecución entregada por el adjudicatario conducía a dejar el edificio sin el suministro de agua por un prolongado lapso, pues jamás se planteó que el reemplazo de la tubería implicaba la suspensión del servicio, sino que se ejecutaría paralela a la ya existente, para una vez terminada realizar el empalme correspondiente, trabajo este último que podía realizarse en la noche o en un fin de semana.

Hizo énfasis en el yerro que encontró en la calificación del programa de trabajo presentado por el actor, que consideró planteaba una remodelación simultánea de las baterías de los dos edificios *"correspondiente a los pisos 6 y 7 de los grupos B1 y B6, así como las baterías de baños del edificio B, simultáneamente con los pisos 1 al 5 del lado oriental del edificio A"*, lo que llevó a recomendar la necesidad de reajustar ese ítem, de resultar adjudicatario el demandante.

Dijo que el proponente no incluyó el ítem de cielo raso en las garantías ofrecidas y solo lo hizo frente a los enchapes y obras civiles; con todo, ese aspecto no fue considerado en la asignación de puntaje, al igual que el relativo a los portarrollos de papel higiénico y la evaluación financiera, aspectos que no influyeron en la calificación de la propuesta.

Consideró que no existe ninguna causa que invalide el acto administrativo demandado, argumento que formuló a título de excepción de mérito, por lo que pidió desechar las pretensiones de la demanda.

3. Trámite procesal

Al admitir la demanda, el *a quo* dispuso la citación de la firma adjudicataria (fl. 39, c. 1), y ante la imposibilidad de notificarla, una vez emplazada, le designó curador *ad litem*, quien en su nombre contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y se abstuvo de proponer excepciones (fl. 195, c. 1).

Mediante auto de 1 de abril de 2004, el *a quo* reconoció al señor Álvaro B. Escobar Enríquez (fl. 238, c. 1) como cesionario del 50% de los derechos litigiosos del demandante, conforme a lo así pactado en el contrato que se allegó en esa oportunidad (fl. 228, c. 1).

4. La sentencia apelada

El 11 de noviembre de 2004 (fl. 254, c. ppal), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, dictó sentencia de mérito en la que dispuso:

> *PRIMERO. DECLÁRASE* (sic) *no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.*
>
> *SEGUNDO. DECLÁRASE la nulidad de la resolución No. 883 del 17 de octubre de 1996, mediante la cual se adjudicó la licitación pública SH-004.*
>
> *TERCERO. CONDÉNASE a Bogotá – Distrito Capital – Secretaría de Hacienda Distrital a pagar la indemnización por concepto de las utilidades no recibidas por haberse adjudicado la licitación a contratista, cuya oferta no era la mejor y más conveniente, a favor del sr. Manuel J. Escobar Henríquez en el valor de 50%, es decir, la cantidad de $54.774.741 y al sr. Álvaro B. Escobar Henríquez en el valor del 50% restante, de conformidad con la cesión de derechos litigiosos aceptada por el Tribunal, o sea la cantidad de $54.774.741 m/cte.*
>
> *CUARTO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.*
>
> *QUINTO. Sin condena en costas.*

En primer lugar, estimó el *a quo* que por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, podía interponerse la acción dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación y ejercerse en forma independiente de las incidencias relativas al contrato.

En cuanto al fondo del asunto consideró que la decisión debía centrarse sobre la verificación de dos aspectos fundamentales: (i) si se configuró una causal de nulidad que afecte la validez del acto de adjudicación y (ii) si el ofrecimiento presentado por el demandante era el mejor y, por ende, debió ser adjudicatario del contrato.

Indicó que de acuerdo con el numeral 4.02 de los pliegos de condiciones, la falta de acreditación de los requisitos de experiencia exigidos daba lugar al rechazo del ofrecimiento, siendo claro que, de acuerdo con la prueba pericial practicada en el curso del proceso, el consorcio adjudicatario no presentó certificación que acreditara la ejecución de obras coincidentes o equivalentes a las que se pretendía contratar; las allegadas correspondían a

la construcción y entrega de proyectos de vivienda que no daban cuenta de la especificidad de la experiencia según fue requerida en la convocatoria, pues en nada acreditaban la realización de obras de remodelación, sino la de obras nuevas, en nada similares al objeto contractual previsto.

De igual manera, acogió el planteamiento del actor de acuerdo con el cual las declaraciones de renta de los dos últimos años constituían requisitos indispensables que el adjudicatario no cumplió, por lo que su ofrecimiento debió ser rechazado. Su oferta también omitió indicar las referencias y garantías de los materiales ofrecidos, tal como en su momento lo advirtieron los evaluadores y lo confirmaron los peritos en el curso del proceso, quienes también evidenciaron falencias en el plan de trabajo presentado, como quiera que no se señalaron los tiempos en los cuales tendría lugar la desconexión de la red de tubería antigua y el empalme de la red nueva, acción fundamental en la renovación de redes, pues en ninguna parte del ofrecimiento se hizo mención a dichas actividades, lo que contrariaba la exigencia de entregar un plan de trabajo detallado.

De conformidad con lo expuesto concluyó que la oferta del adjudicatario no era la más favorable para la entidad, por lo que con el acto demandado se infringieron las normas en que debía fundarse el proceso de selección, para garantizar una escogencia objetiva, base sobre la cual estructuró la existencia de una causal nulidad del acto administrativo demandado.

Por otra parte, dijo que el ofrecimiento del actor evidenciaba la intención de poner en práctica sus conocimientos en materia de desconexión y empalme de redes, lo que pudieron advertir los peritos luego del examen de la oferta, para finalmente estimar que no existían falencias en su programación que ameritaran puntuación negativa para la oferta, pues esta era clara en establecer que se adoptarían las medidas necesarias para que la obra no diera lugar al cierre simultáneo de todos los baños de un mismo piso durante la ejecución.

Concluyó:

> *Ahora bien luego de haberse establecido, con base en el contenido del pliego de condiciones, en los aspectos estudiados y las conclusiones citadas del peritazgo, que la propuesta del Consorcio Argo – Calleja en sus factores de experiencia (FE), y de programación (FP) son de 1.07 por la no acreditación de experiencia en obras coincidentes y el programa de trabajo no es consistente con las actividades a realizar respectivamente, se concluye que la licitación que nos ocupa se debió adjudicar al ingeniero Manuel Julián Escobar Henríquez, por cuanto su propuesta surge como la mejor y más conveniente.*

Consideró que la indemnización a pagar al demandante debía ser equivalente al 100% de la utilidad esperada, de acuerdo con el AIU de la oferta ($54.715.619), suma que actualizó con base en el IPC y cuyo resultado dividió en partes iguales para el demandante y el cesionario del 50% de los derechos litigiosos, tal como se advierte en la parte resolutiva de la decisión.

Negó el reconocimiento de intereses por cuanto *"con el reconocimiento de la utilidad esperada debidamente indexada, se está resarciendo el perjuicio causado"*.

5. El recurso de apelación

En la oportunidad procesal concedida para el efecto, el Distrito Capital, inconforme con la decisión de primera instancia, apeló (fl. 281, c. 1). Los motivos de su inconformidad se sintetizan a continuación:

Frente al *ítem* de experiencia señaló que es de público conocimiento que la construcción de obras nuevas consistentes en edificación de viviendas conlleva necesariamente la instalación de redes hidráulicas internas, construcción de baños, enchapes, entre otros, por lo que las pruebas aportadas por el adjudicatario relativas a su experiencia como constructor de apartamentos suplían con suficiencia el requisito exigido en los pliegos respecto del ejercicio de previo de labores similares a la que se pretendía

contratar. Esto da cuenta de que el adjudicatario tenía la experticia requerida para la ejecución del contrato.

Dijo que la exigencia de los pliegos era específica en cuanto a la necesidad de que el proponente estuviera inscrito el RUP con especialidad en edificaciones y obras de urbanismo, en edificaciones mayores a 500m2 y de alturas superiores a 15m, así como en instalaciones interiores para edificaciones (especialidad 04, grupos 02 y 10), lo que acreditó con suficiencia el adjudicatario, por lo cual, debía tenerse en cuenta el 100% de la experiencia acreditada, como se hizo.

En cuanto al programa de trabajo presentado por el adjudicatario, insistió en que este presentó la propuesta de instalación de la tubería, de modo tal que no era necesario retirar la existente y solo debía acoplarse la nueva cuando estuviera lista, lo que garantizaba que el edificio mantendría en forma ininterrumpida el suministro de agua.

En cuanto a la no presentación de las declaraciones de renta, puso de presente el artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la ausencia de documentos referentes al proponente, no necesarios para la evaluación de las propuestas, no servía de título suficiente para su rechazo. Con base en los documentos presentados, que acreditaban la información respecto de uno de los integrantes del consorcio, la administración realizó el respectivo estudio económico y financiero del proponente.

Por otra parte, adujo que las especificaciones de los productos ofrecidos no eran evaluables, por lo que dicho criterio no es relevante en la decisión del caso y, por ende, no debió ser tenido en cuenta por el *a quo.*

En cuanto al ofrecimiento del actor, consideró que este no acreditó que fuera el mejor, pues el valor de su propuesta era superior al del adjudicatario, tenía un K de contratación muy inferior al del Consorcio Argo

– La Calleja, no presentó garantía sobre el cielo raso acrílico ofrecido, su experiencia también era muy inferior a la del ganador, era necesario verificar su capacidad financiera conforme el criterio del evaluador y ofrecía un valor considerablemente bajo en uno de los materiales ofrecidos (mármol río claro), casi del 10% del valor comercial del producto *"lo cual es incoherente e ilógico"*.

En consecuencia, pidió que se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda y se imponga costas para el actor, por considerar que no se acreditó la ocurrencia de ninguna causal de nulidad del acto demandado.

6. Alegatos de conclusión

La parte actora insistió en los argumentos planteados en la demanda y señaló que la prueba pericial recaudada en el curso del proceso no dejaba dudas en cuanto que el porcentaje de la experiencia acreditada por el adjudicatario, que era específico a la labor que se pretendía contratar, era inferior al exigido y no demostró, conforme a lo exigido en los pliegos, haber ejecutado obras "coincidentes". Así lo estimaron los peritos en el caso particular, para quienes no quedó duda de que las allegadas para demostrar la experiencia no tenían la virtualidad de hacerlo en la forma exigida en los pliegos. Citó diversos puntos del dictamen pericial de acuerdo con los cuales el adjudicatario no acreditó experiencia en obras coincidentes.

También resaltó las conclusiones periciales en cuanto a la crítica al programa de trabajo presentado por el adjudicatario, que no previó el tiempo necesario para la desconexión de las redes antiguas y el empalme de las nuevas.

Afirmó que la falta de algunos requisitos documentales exigidos conducía indefectiblemente al rechazo de la oferta, pues además eran necesarios para la evaluación, conforme a lo indicado en el pliego. Cada uno de los

integrantes del consorcio debía acreditar los requisitos, pues este no constituye una persona jurídica diferente de los consorciados.

La demandada planteó nuevamente todos los argumentos en los que fundó la apelación.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Jurisdicción y competencia

El asunto corresponde a esta jurisdicción por cuanto se trata de un litigio derivado de la actividad precontractual de una entidad pública.

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza del asunto y su cuantía, por cuanto se trata de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal Administrativo; a su vez, el Tribunal era competente para conocer del asunto en primera instancia, pues profirió el fallo impugnado antes de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos[2] y aún en forma previa a la expedición de la Ley 954 de 2005. Así, la vocación de doble instancia del asunto deviene de la cuantía, que en vigencia del Decreto 597 de 1988, norma aplicable al caso, asignaba en primera instancia a los tribunales los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excedía la suma de $3.080.000[3], siendo claro que la discutida en este asunto asciende a $77.000.000 al tiempo de la demanda, correspondientes al valor de la

[2] El fallo de primera instancia fue dictado el 17 de noviembre de 2004 (fl. 100, c. ppal).

[3] Para el año 1997.

utilidad esperada actualizada, conforme a la estimación entregada por la parte actora (fl. 33, c. 1).

1.2. Acción procedente

En efecto, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como fue promovida, la idónea para discutir la legalidad del acto de adjudicación de un contrato estatal, en atención a que la demanda fue presentada antes de la expedición de la Ley 446 de 1998.

De acuerdo con lo previsto en el Decreto 01 de 1984[4], según su texto original, los actos separables del contrato no eran materia de control mediante la acción contractual, sino que debían ser llevados ante el juez mediante las "otras acciones", por lo que tratándose de de actos administrativos, era imperiosa la remisión a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista para cuestionar la legalidad de un acto administrativo particular y obtener el consecuencial restablecimiento del derecho.

Con la expedición del Decreto 2304 de 1989 se eliminó la remisión expresa del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo a las otras acciones para cuestionar aquellos actos separables o previos a la suscripción del contrato estatal. Empero, el parágrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispuso que la acción idónea para cuestionar el acto de adjudicación es la de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta las reglas del

---

[4] *"ARTICULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.*

La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.

Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código".

referido código[5], por lo que antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, que modificó la forma de cuestionar dichos actos, era viable hacerlo en forma independiente frente al acto adjudicación, como un acto administrativo precontractual, sin sujeción al eventual cuestionamiento del contrato.

Como así lo hizo el demandante, la acción, tal como fue promovida corresponde a la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, idónea para hacerlo con independencia respecto de la suscripción o no del contrato y de la posibilidad o necesidad de cuestionar su validez[6].

1.3. Legitimación en la causa

El actor, en su condición de proponente vencido, de la que deriva su afectación con el acto particular cuestionado, está legitimado para atacarlo y pretender el consecuencial restablecimiento del derecho que estima conculcado; por su parte, la entidad demandada, quien lo expidió, es la llamada a integrar el extremo pasivo de la controversia

1.4. La caducidad de la acción

El ordenamiento jurídico prevé la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio de las acciones judiciales dentro de los términos improrrogables previstos por normas de orden público para que el interesado promueva el litigio. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de

---

[5] *Parágrafo 1°.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

[6] Cosa distinta ocurre a partir de la vigencia de la Ley 446 de 1998, en la que, suscrito el contrato, el acto previo solo puede cuestionarse como fundamento de la nulidad de aquel, cuestión sobre la que se ha pronunciado la Sección Tercera en múltiples oportunidades. Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 29 de abril de 2015, exp. 29924, M.P. Olga Mélida Valle.

ese lapso temporal, se pierde la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial.

En vigencia del Decreto 2304 de 1989, el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento era de cuatro meses contabilizados a partir de la notificación, publicación o comunicación del respectivo acto[7]; para el caso particular, la Resolución demandada fue proferida el 17 de octubre de 1996 (fl. 392, c. 2) y le fue dada a conocer a los proponentes en audiencia pública, como lo reconoció el demandante, de modo que a partir de ese día inició a contabilizarse el término, que precluía el 17 de febrero de 1997, mismo día en que se promovió la demanda, por lo que se concluye que lo fue en tiempo.

2. Problema jurídico

Por cuanto a ello se contrae el cargo de ilegalidad planteado en contra del acto de adjudicación, la decisión del recurso estará atada a la verificación del presunto desconocimiento del principio de selección objetiva por parte de la entidad pública demandada dentro de la licitación pública No. SH004 de 1996, por la transgresión de las reglas que regían el proceso de selección. Para el efecto, habrán de analizarse en forma puntual los presuntos defectos en la evaluación de las ofertas alegados por el actor, surtido lo cual deberá determinarse, si tal como lo plantea el accionante, su propuesta era la mejor.

Si así se encuentra acreditado, surgirá un problema jurídico adicional, relativo a la forma de determinación del restablecimiento del derecho a que

---

[7] *ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.*

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

haya lugar, sin perjuicio de la prohibición de *no reformatio en pejus*, por cuanto la demandada funge como apelante único y bajo ese entendido no podría hacerse más gravosa su situación.

3. Del proceso de selección, sus reglas, alcance y desarrollo

3.1. En agosto de 1996 (fl. 405, c. 2), el Distrito Capital de Bogotá dio a conocer los pliegos de condiciones que regirían la licitación pública SH004 de 1996, abierta con el fin de seleccionar al contratista para la remodelación de los baños e instalaciones hidráulicas y sanitarias del Centro Administrativo Distrital. En ella se establecieron los requisitos que debía acreditar cada oferente y la forma en que serían evaluadas la ofertas. Así se previó:

> *La evaluación de las diferentes propuestas presentadas se hará de conformidad con el procedimiento que a continuación se relaciona, de tal modo que en cada una de las etapas se descartarán las propuestas que no cumplan con lo allí indicado. Serán objeto de la revisión establecida en el paso siguiente, solamente aquellas que queden vigentes en cada paso, y así sucesivamente.*
>
> *Una vez revisada la documentación para comprobar si el proponente cumple con las exigencias jurídicas, técnicas y económicas estipuladas en este pliego, se procederá a revisar aritméticamente las propuestas. Se corregirán los errores aritméticos que se presenten en la relación de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. Se excluirán las propuestas que tengan errores aritméticos cuyo monto en valor absoluto sea igual o mayor al cinco (5%) del valor total de la propuesta sin corregir.*
>
> *El valor corregido de la propuesta será el utilizado para la comparación con los correspondientes a otras propuestas y será el que se tendrá en cuenta en la adjudicación y suscripción del contrato.*
>
> *Se determina la medida geométrica de los valores de las propuestas corregidas aritméticamente, incluyendo el presupuesto oficial.*
>
> *Aquellas propuestas que se desvíen del promedio así calculado, en sentido positivo o negativo en más del 10%, es decir las propuestas cuyos valores no estén comprendidos entre el 90% y el 110% de dicha media no se tendrán en cuenta dentro del proceso de adjudicación.*
>
> *Las propuestas que se encuentren dentro del rango contemplado se les efectuará un análisis comparativo teniendo en cuenta los siguientes criterios y factores, a fin de buscar al licitante cuya propuesta, ajustada al pliego de condiciones, sea la más favorable para la entidad teniendo en cuenta su cumplimiento, experiencia, organización, plazo, precio y la ponderación precisa detallada y concreta de los mismos, siguiendo el principio de economía previsto en la Ley 80 de 1993.*

Esta licitación pública se adjudicará al oferente que obtenga el COSTO EVALUADO MÁS BAJO de acuerdo con la siguiente fórmula:

COSTO EVALUADO = VP X FC X FE X FP

Donde VP es el valor de la propuesta corregida aritméticamente, FC corresponde al factor de cumplimiento, FE es el factor de experiencia y FP corresponde al factor de programación y organización y se evaluarán en la siguiente forma:

a. Factor cumplimiento

FC = Factor cumplimiento

Con el fin de obtener la oferta de costo evaluado más bajo, se procederá a aplicar el factor FC = Factor cumplimiento, el cual refleja el riesgo para el Distrito – Secretaría de Hacienda al considerar un proponente que haya sido sancionado en contratos celebrados con entidades del Estado dentro de los dos últimos años anteriores a la fecha de cierre de esta licitación.

Este factor se obtiene de acuerdo al tipo de sanción que al proponente le haya sido impuesta por estas entidades, así:
1.00 = sin imposición de sanciones conocidas
1.06 = Cuando haya sido multado por una vez. Sumará 0.02 por cada multa adicional.

b. Factor de experiencia

Refleja el riesgo para el Distrito – Secretaría de Hacienda, al considerar un proponente que no certifique experiencia en la ejecución de contrato de obras coincidentes con el objeto de esta licitación, durante los últimos cuatro (4) años, así:

1.00 cuando el proponente celebre o haya celebrado contratos de obras coincidentes, anexando las certificaciones de contratos ejecutados, de acuerdo con el numeral 4.01.9[8]*.*

1.07 cuando el proponente no acredite experiencia en construcción de obras coincidentes.

El que anexe certificaciones por obras coincidentes por valor igual o superior a $800.000.000 se le otorgará un puntaje de 1.00 y el que no presente certificaciones escritas tendrá un puntaje de 1.07 y lo comprendido dentro de este rango se hará en forma proporcional[9]*.*

c. Factor de programación y organización

Refleja la planeación, programación, organización y ejecución de la obra en el plazo previsto, con la adecuada utilización de los recursos de equipo, materiales y personal para realizar la obra:

---

[8] Dice el numeral 4.01.9. *"Relación de contratos cuyo objeto sea coincidente con el objeto de la licitación, celebrados en los últimos cuatro (4) años y diligenciado el formato incluido como cuadro No. 4, con sus correspondientes certificaciones. donde conste el objeto, valor y cumplimiento del contrato".*

[9] Este párrafo fue introducido en la audiencia de aclaración de pliegos adelantada el 9 de agosto de 1996 (fl. 145, c. 2).

1.00 cuando el plan o programa de trabajo y plan de inversiones sea acorde y consistente con las actividades a realizar, el tiempo disponible, la organización y los recursos necesarios.

1.07 cuando el plan o programa de trabajo o plan de inversiones no es acorde ni consistente con las actividades a realizar, el tiempo disponible y los recursos necesarios.

3.2. Se presentaron cinco ofertas, por el mismo número de oferentes: (i) Luís Guillermo Murillo, (ii) Consorcio Constructora Argo Ltda. y Constructora La Calleja, (iii) Unión Temporal Julio Cepeda – Jorge Ballén y Fidel Antonio Hidalgo, (iv) Unión Temporal Leonardo Tamayo y Leonel Valencia Poveda y (v) Manuel Julián Escobar.

3.3. El consultor DIA Ltda. fue encargado de realizar la evaluación técnica de los ofrecimientos y otorgó a los proponentes los puntajes que a continuación se relacionan:

Proponente	vr. Propuesta corregida	FC	FE	FP	COSTO EVALUADO
Manuel Julián Escobar	$701.591.689	1.00	1,002	1,07	$752.204.513
Unión Temporal Leonardo Tamayo y Leonel Velancia Poveda	$711.876.103	1.00	1.00	1.070	$761.707.226
Consorcio Constructora Argo Ltda. y Constructora La Calleja	$731.438.529	1.00	1.070	1.00	$782.639.226
Unión Temporal Julio Cepeda - Jorge Ballén y Fidel Antonio Hidalgo	$776.838.743	1.00	1.070	1.070	$889.402.677
Luis Guillermo Murillo	$782.062.523	1.00	1.070	1.070	$895.383.383

En esa evaluación inicial se le asignó el factor 1.07 al consorcio adjudicatario por considerarse que no había acreditado experiencia en la ejecución de obras coincidentes, luego de considerar que *"no relaciona el objeto de cada contrato y en segundo lugar no allega certificaciones donde conste el objeto del contrato celebrado, valor y cumplimiento del contrato, razón por la cual no puede ser calificado el punto de experiencia. En consecuencia, el valor a aplicar en el factor de experiencia es de: FE: = 1.07".*

Empero, la firma DIA Ltda, en oficio de 9 de octubre de 1996, hizo referencia a una comunicación del 5 de octubre de 1996 remitida por la Secretaría de Hacienda, en la que le solicitó tener en cuenta las obras ejecutadas y terminadas directamente por los proponentes que cumplan con los factores técnicos establecidos en el pliego de condiciones y que se

encuentren relacionadas en el RUP (fl. 389, c. 2), modificó la evaluación de la propuesta del adjudicatario en el sentido de tener en cuenta las certificaciones de experiencia aportadas y que acreditaban la construcción de edificios de apartamentos, labor que según el objeto demostrado incluía las instalaciones hidráulicas y sanitarias, enchapes y aparatos sanitarios, contratos que en su totalidad ascendían a suma superior a $800.000.000. por tal razón, asignó 1.00 en el item experiencia al adjudicatario.

En tales condiciones, los costos evaludos de las propuestas variaron y quedaron así:

Proponente	COSTO EVALUADO
Consorcio Constructora Argo Ltda. y Constructora La Calleja	$731.438.529
Manuel Julián Escobar	$752.195.439
Unión Temporal Leonardo Tamayo y Leonel Velancia Poveda	$761.707.430
Unión Temporal Julio Cepeda - Jorge Ballén y Fidel Antonio Hidalgo	$889.402.677
Luis Guillermo Murillo	$895.383.383

3.4. El 17 de octubre de 1996, la Secretaria de Hacienda del Distrito Capital adjudicó el contrato al Consorcio Constructora Argo Ltda – Constructora La Calleja Ltda., de conformidad con las evaluaciones realizadas y la recomendación de la Junta de Lictiaciones y Adquisiciones, por considerar que su propuesta alcanzó el menor costo evaluado.

4. Análisis de la Sala

La Ley 80 de 1993 estableció los principios que rigen la actividad contractual del Estado y, dentro de estos previó el de transparencia, cuyo pilar fundamental es la selección objetiva del contratista mediante procedimientos sujetos a reglas conocidas públicamente y aplicables en forma indistinta a los proponentes, contentivas de mandatos objetivos, claros, justos y completos.

Para el legislador de 1993 los pliegos de condiciones constiuían la mejor garantía de la selección objetiva, bajo la óptica de que conocidas las reglas del proceso de selección, aplicables a todos los oferentes y redactadas en forma inteligible y precisa, sería posible escoger al mejor. En esas condiciones, reguló aquellos aspectos indispensables en la confección de los pliegos de condiciones, así[10]:

> *a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*
>
> *b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso.*
>
> *c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*
>
> *d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*
>
> *e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*
>
> *f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*
>
> *Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.*

En consecuencia, el pliego de condiciones ha sido y sigue siendo la primera norma aplicable al proceso de selección y se constituye en mandato obligatorio para los oferentes y para la entidad, quien queda atada a lo contenido en este para la escogencia de su contratista, quedándole vedado inclusive modificarlo por fuera de las limitadas oportunidades previstas en la ley para el efecto[11].

---

[10] Ley 80 de 1993, articulo 24, numeral 4, según su texto vigente en la época de los hechos.

[11] En palabras de la doctrina:*"El pliego de condiciones como la ley del contrato y ley para las partes. Con lo anterior se quiere resaltar la obligatoriedad del contenido del pliego de condiciones tanto para la administración como para los particulares interesados. No se trata de revestir al pliego con rango de ley, sino de su vinculación lógica y funcional a las actuaciones que adelantan la administración y los potenciales oferentes.*

Por supuesto, en el caso particular la evaluación y comparación de las propuestas, así como la verificación de las condiciones de los proponentes estaba regida por las reglas del pliego, que han de constituir el referente a partir del cual habrá de analizarse la actuación de la administración al momento de adjudicar, con el fin de establecer si el acto demandado desconoció el principio de selección objetiva.

Para ello, se analizarán una a una las presuntas irregularidades invocadas por el actor, con el fin de establecer si, como lo consideró el *a quo,* hay lugar a anular el acto demandado o si le asiste razón al apelante en cuanto ha acudido en defensa de la legalidad de su actuación, no sin antes advertir que el numeral 10.2 de los pliegos cuya inaplicación se depreca en la pretensión primera no existe, pues estos terminan en numeral 9.7, al tiempo que no se invocó ningún fundamento normativo o fáctico de esa solicitud que permita inferir cuál es el aparte cuestionado.

4.1. La evaluación de la oferta ganadora

Para el actor, se presentaron yerros en la evaluación del ofrecimiento del adjudicatario, sobre los que pasa a pronunciarse la Sala:

4.1.1. Factor de experiencia

Se funda la censura en que el Consorcio Constructora Argo Ltda. – Constructora La Calleja Ltda. no acreditó experiencia específica en obras coincidentes con el objeto contractual. La veracidad de esa afirmación depende de la verificación de ese objeto y de la forma en que los pliegos

---

Este principio del "contractus lex" convierte al pliego de condiciones en la primera norma aplicable al negocio jurídico, y dada su condición de inalterable, una vez que ha sido aprobado, y cerrada la licitación, ni los oferentes ni la administración pueden modificarlo en la fase de adjudicación, de formalización del contrato, y durante su ejecución, como regla general". GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar, *"El pliego de condiciones en la contratación estatal",* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *primera edición,* 2010, p. 81.

exigían la experiencia, contrastada con los documentos que acompañó el oferente ganador con el fin de acreditarla:

El objeto del contrato, de acuerdo con lo previsto en el pliego, era la *"remodelación de los baños e instalaciones hidráulicas y sanitarias"* del Centro Administrativo Distrital. En cuanto a la experiencia, según el numeral 4.02.2. antes trascrito, existía un riesgo para el Distrito al contratar con un proponente que no certificara la ejecución de contratos "de obras coincidentes con el objeto de esta licitación" dentro los cuatro años inmediatamente anteriores.

El adjudicatario relacionó diversos contratos ejecutados unos de ellos por Constructora Argos y otros por la Constructora La Calleja, así:

(i) La Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas certificó que otorgó un crédito a la Constructora La Calleja para la construcción de las urbanizaciones Villacarmenza II etapa y Villas de San Luís (fl. 76, c. 2), que incluían las siguientes actividades: *"cimentación – vigas de fundición – columnas – vigas – escaleras – losa – acero – muros – pisos concreto – pisos baldosa – tablón –* ***instalaciones hidráulicas y sanitarias*** *–* ***enchapes – aparatos sanitarios*** *– instalaciones eléctricas entre otras".* Dichas obras fueron ejecutadas en abril de 1993, por la suma de $699.000.000 y $414.341.100, respectivamente.

(ii) La misma Corporación hizo constar que otorgó créditos a Constructora Argos Ltda. para la construcción de proyectos inmobiliarios denominados Cerros de Versalles, Cerros de Palogrande, Cerros de la Estrella , Cerros del Carretero y Cerros de Belén (se relacionan solo los ejecutados dentro de los cuatro años anteriores, según lo previsto en el pliego), con idénticas actividades a las descritas en el numeral anterior. Los referidos proyectos sumaban 29.116 m2 de construcción, por valor total de 36.173,59 salarios mínimos legales mensuales.

(iii) De igual manera, en los certificados de inscripción y calificación del RUP de los integrantes del consorcio aparecía inscrita la información sobre esa específica experiencia (fl. 310 y s.s. c. 2).

Dichas documentales dan cuenta de que los constructores que hacían parte del consorcio adjudicatario demostraron haber realizado obras de edificación de apartamentos dentro de los cuatro años anteriores a la presentación de la propuesta, por sumas superiores a $800.000.000. Sin embargo, aunque la construcción acreditada era superior en valor a la exigida, el verdadero problema jurídico consiste en determinar si se trata de trabajos "coincidentes" con el objeto contractual.

En los términos previstos en el pliego, este privilegiaba la experiencia como factor que reducía los riesgos contractuales, de modo tal que previó "penalizar" a aquellos oferentes sin experiencia reciente en la material. El criterio que utilizó para juzgar la pertinencia de la experiencia acreditada correspondió a que esta fuera "coincidente" con el objeto contractual. Ese vocablo, entendido en su sentido natural y obvio y tratándose de la relación entre dos o más cosas, corresponde a aquellas que "*han ocurrido al mismo tiempo*" o "*han convenido en el modo, ocasión o circunstancia*"[12]; como la coincidencia no podía ser el tiempo, pues debía tratarse de experiencia adquirida en forma previa a la oferta, esta debía corresponder entonces a las particularidades de la experiencia.

Para la Sala es claro, de acuerdo con una interpretación sistemática de las reglas del pliego, que su objetivo era privilegiar la experiencia relacionada con el objeto a contratar, pero analizadas en su integridad no dan cuenta de una exigencia puntual de acuerdo con la cual la experiencia puntuable debía ser en labores idénticas a las requeridas o en ejecución de contratos con igual objeto. En esas condiciones de generalidad de la regla no podía interpretarse en forma restrictiva, pues los contratos que el adjudicatario

[12] Fuente: http://dle.rae.es/?id=9hq0f9s.

incorporó incluían labores de instalaciones hidráulicas y sanitarias, enchapes y aparatos sanitarios, siendo estos aspectos comunes entre la experiencia y el objeto del contrato materia de la licitación.

Así, como la regla del pliego en relación con la experiencia no fue concebida en forma excluyente o restrictiva, no podía la entidad accionada otorgar ese alcance para privar al oferente de la puntuación que su acreditada experiencia debía conferirle. Nótese que al aclarar el pliego tampoco se restringió el alcance de la experiencia a la previa ejecución de objetos contractuales idénticos, de modo tal que no había lugar a desconocer la práctica del adjudicatario al momento de valorar su propuesta, como finalmente lo resolvió la entidad. Lo contario sí habría conducido a violar la selección objetiva, al exigir un requisito mayor o más estricto al previsto en los pliegos.

En efecto, la estipulación que se interpreta se refirió a que las obras acreditadas como experiencia debían ser coincidentes, más no exigió expresamente que estas debían ser de remodelación de baños, ni excluyó para el efecto las de construcción de similares estructuras, razón por la cual, aunque el dictamen pericial rendido en el curso del proceso diferencia desde el punto de vista de la ingeniería esos dos tipos de labor, no hay fundamento válido en el pliego para aplicar tal diferenciación.

Dijeron los peritos:

> *En nuestro caso, las obras de remodelación son aquellas que implican modificaciones parciales en sus instalaciones, en sus acabados y algunas veces en su estructura, cuyas modificaciones* (sic) *no son tan substanciales, es decir conservan los sistemas originales, los diseños, las estructuras y la arquitectura.*
>
> *Las obras de edificaciones nuevas, son el desarrollo de actividades desde su más mínima acción, hasta las más complejas, plasmadas en los diseños arquitectónicos y técnicos, hasta lograr la obra propuesta, cumpliendo en todo caso con las especificaciones técnicas, cumpliendo las normas establecidas, efectuando ensayos de materiales y pruebas de calidad, conservando las normas de seguridad industrial, cumpliendo con los compromisos en el manual de mitigación de impacto ambiental.*

(...)

Por consiguiente la diferencia entre construcción de obra nueva y remodelación con ocupación, está en las medidas de seguridad, mantener los servicios de agua potable y aguas servidas, conservar el bienestar de sus ocupantes para no perturbar el desarrollo norma de las actividades de trabajo del centro y en consecuencia las edificaciones sencillas menores de 500m2, o mayores de 500m2 o de alturas mayores de 15m (obras nuevas, no tiene nada que ver con el desarrollo normal de las actividades de trabajo de sus ocupantes y/o visitantes), clasificadas por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá bajo los ítems 01 y 02 respectivamente en la especialidad 04, no pueden ser catalogadas como coincidentes con las remodelaciones, conservación y mantenimiento".

No obstante, la Sala advierte que el pliego exigía que la inscripción en el RUP del oferente debía ser en la *"especialidad 04, edificaciones y obras de urbanismo, grupo 02 edificaciones mayores de 500m2 y de alturas mayores a 15 metros y/o grupo 10 instalaciones interiores para edificaciones"* (fl. 421, c. 2), precisión de la cual se infiere que la experiencia en ese tipo de construcción era suficiente para la entidad, no siendo necesaria la experiencia específica en remodelación y mantenimiento, que como bien lo indican los peritos corresponde a otro ítem que no fue exigido por el Distrito. Así, aunque los expertos plantearon argumentos desde el punto de vista de su experticia, de acuerdo con los cuales debió exigirse inscripción en el RUP en la categoría remodelaciones, lo cierto es que el análisis de la corrección o no de la evaluación de las ofertas debe hacerse de cara a las normas del pliego, salvedad hecha de una posible ineficacia de sus disposiciones por trasgresión del principio de selección objetiva[13], lo que no se advierte en el presente caso, en el que la regla de selección fue dada a conocer a las partes desde el inicio de la convocatoria y contiene una criterio de evaluación que se aprecia como razonable y acorde con su objetivo, cual era el de privilegiar la experiencia del proponente, al tiempo que le fue aplicado por igual a todos los proponentes. Tampoco se trata el presente asunto de una demanda de nulidad en contra de los pliegos de condiciones en la que deba o pueda verificarse si eran legales las razones del requisito exigido, por lo que *prima facie* debe acogerse lo previsto en ellos, sin que sea dable aludir a razones técnicas para otorgarles un alcance distinto al que entrañan su estipulaciones.

[13] En los términos del artículo 24, numeral 4, inciso final, de la Ley 80 de 1993.

En este caso, la exigencia que extrañan los peritos en cuanto a la especialidad de la inscripción en el RUP y que consideraron adecuada para el caso, no se acompasa con la realmente exigido en el pliego, lo que impide señalar, aún a pesar del concepto técnico, que las ofertas debieron valorarse con fundamento en ese criterio que no hacía parte de las reglas de la licitación.

No hay evidencia de que dentro del proceso de selección hubiera advertido oscuridad en la regla prevista para puntuar la experiencia en cuanto a la especialidad exigida, de modo tal que así prevista y conocida por las partes, quienes no la objetaron ni pidieron su aclaración se hizo obligatoria para todos los oferentes. Así, aunque la conclusión de los peritos no aparece *per se* irracional o desproporcionada, esta no podía operar como regla de un procedimiento en el que no había sido prevista, por lo que la Sala se aparta de la interpretación del vocablo "coincidente" realizado por los expertos.

En consecuencia, no se advierte que en la valoración de la experiencia del adjudicatario se hubiera desconocido la selección objetiva.

4.1.2. Factor de programación y organización

4.1.2.1 Ofrecimiento del adjudicatario

Considera el actor que la programación entregada por el adjudicatario contenía una falencia que imponía que fuera penalizado con un factor de 1.07, que habría incrementado el costo estimado de su oferta, por el hecho de haber planeado el retiro de la tubería y accesorios existentes durante un término de 15 días, en el que dicha actividad conllevaría necesariamente la suspensión del suministro de agua al edificio a intervenir.

En efecto, el ítem de programación y organización de la eventual ejecución de los trabajos se estableció como evaluable y sobre este se previó en el numeral 3.04 del pliego:

> *El proponente debe presentar con su propuesta un Plan de Trabajo detallado que incluya lista de actividades con su fecha de iniciación, fecha de terminación, duración y holgura de la actividad. Igualmente debe presentar el programa sobre la forma como se desarrollarán los trabajos o actividades licitadas mediante un diagrama de barras de Gantt y un CPM en donde se muestre claramente la ruta crítica. Se debe especificar el tiempo en días calendario y también la duración de la jornada diaria. En caso de que el proponente no informe acerca de la jornada de trabajo, la propuesta no será considerada, por cuanto es un elemento que incide en el valor de la propuesta y en el término de ejecución.*
>
> ***El contratista deberá garantizar el funcionamiento permanente de las oficinas,*** *y los aspectos de seguridad industrial de su personal, de los funcionarios del Centro Administrativo Distrital y de los visitantes. –Se resalta–*

Verificado el plan de trabajo del adjudicatario se encontró que este ofreció:

> *Los trabajos de remodelación se iniciarán en el Edificio A lado oriental, con las demoliciones necesarias para lograr la instalación de las acometidas hidráulicas y sanitarias dentro de los ductos; se comenzará con las demoliciones de las unidades sanitarias de los 4 últimos pisos, luego se hará el replanteo de los muros, se ubicarán los puntos sanitarios y todos los detalles constructivos para comenzar con las nuevas pegas de muros, y darle paso a la cuadrilla de instalación hidráulica la cual se encargará de realizar todas las pruebas y ensayos necesarios.*
>
> *Las obras se realizarán cuidando al máximo de no entorpecer los trabajos en las oficinas, manteniendo en completo orden y aseo todas las áreas de circulación,* ***garantizando la utilización de una unidad sanitaria por piso durante la construcción.*** *–Se resalta–*

Al evaluar la propuesta se estimó:

> *El proponente plantea iniciar y terminar primero las instalaciones hidráulicas y sanitarias correspondientes al lado oriental de la torre A, para acometer simultáneamente la remodelación de todas las baterías de baños del lado oriental hasta su terminación, y a continuación, plantea iniciar las instalaciones hidráulicas y sanitarias correspondientes al lado occidental de la torre A, para acometer simultáneamente la remodelación de todas las baterías de baños del ese lado hasta su terminación.*
>
> *Adicionalmente, plantea adelantar la remodelación de las baterías de baños del edificio B, una vez terminada la remodelación de las baterías de baños de los pisos 1 a 5 del edificio A, que son la única alternativa de uso de baños, permitiendo su utilización por parte de los funcionarios del edificio B, mientras se realiza la remodelación de los baños de esa área.*

En consecuencia, el plan de trabajo propuesto sí es acorde y consistente con las actividades y las necesidades de organización para acometer la obra, puesto que se permite la utilización de por lo menos una batería de baños en cada piso durante todo el tiempo que duren los trabajos, que garantice el funcionamiento de las oficinas en esos pisos de conformidad con el numeral 3.04 delos pliegos de condiciones" (fl. 199, c. 2).

En efecto, verificada la programación presentada se encuentra que los tiempos de ejecución en los trabajos en los distintos costados (occidental y oriental) de las dos torres no son coincidentes, por lo que ese cronograma ofrecido permitía, tal como se estimó al calificar la propuesta, alternar el uso de las baterías sanitarias de uno y otro costado, mientras se acometían los trabajos.

No obstante, el dictamen pericial rendido en el proceso se pronunció sobre la oferta del adjudicatario para señalar que en ninguna parte de la programación se previó la actividad de desconexión de la red antigua y empalme de la nueva. Afirmó:

Es de anotar que en ninguna parte se especifica la actividad de desconexión y empalme, que es una actividad importantísima en estos casos de renovación de redes; ***actividad que se efectúa una vez se hayan cumplido todas las actividades (predecesoras) anteriores a esta y su duración es de unas pocas horas****; anotamos que a pesar de su poca duración, debe aparece en la ruta crítica, entendiéndose esta como la mayor duración de las actividades en un proceso, sin dejar de incluir aquellas actividades que por su naturaleza indispensable, definen la duración total de un proyecto, y la desconexión y empalme son actividades indispensables en este tipo de trabajo.*

(...)

En cuanto a la programación de obra, notamos que existe una correlación lógica entre el diagrama de Gantt o de barras y el Pert o ruta crítica, pero no visualiza, cómo, ni en qué momento se hace la desconexión y el empalme de la red antigua a la red nueva, como se comentó anteriormente.

(...)

El suministro de agua al edificio, en las condiciones planteadas en el programa, tanto Pert, como Gantt, donde se estipula el ítem A-2 CAMBIO DE LAS COLUMNAS DE BOMBEO Y COLUMNAS DE DISTRIBUCIÓN, SITUADAS EN EL DUCTO ORIENTAL DEL TANQUE ALTO. ALIMENTACIÓN A EDIFICIO B Y COLUMNA DE DISTRIBUCIÓN A – 100 y el ítem A-4 CAMBIO DE LAS COLUMNAS DE BOMBEO Y COLUMNAS DE DISTRIBUCIÓN, SITUADAS EN DUCTO OCCIDENTAL DEL EDIFICIO A (CON ACCESO DESDE AL PARTE INTERIOR) BOMBEO A TANQUE ALTO Y COLUMNA DE DISTRIBUCIÓN A – 196 Y A – 198, difícilmente pudiera mantenerse el servicio de agua durante el proceso constructivo, puesto que para hacer el cambio, es necesario desconectar

la red de suministro a tanques altos y la red de distribución a los pisos y esta a la batería de baños, para acometer los trabajos de cambio, entendiéndose cambio, sustituir una por otra en el momento programado.

Empero, la Sala no acoge los referidos argumentos, pues quedó bien claro que el ítem A2, correspondía al *"cambio de las columnas de bombeo y columnas de distribución"* de una de las torres, durante 15 días (fl. 299, c. 2), mientras que el ítem A4 de la programación correspondía a la misma actividad en la otra torre, a ser ejecutada en 20 días, no coincidentes con los iniciales 15, por lo que aunque se precisara la desconexión de la red de suministro a tanques y de distribución a pisos a la que hacen mención los expertos, esta tendría lugar en forma separada para cada torre, manteniendo el esquema propuesto de mantener funcional una de ellas, para suplir la otra mientras era intervenida.

Aunado a ello, es clara la experticia en precisar que el trabajo de desconexión y conexión podía hacerse en pocas horas, lo que no demuestra la existencia de una posible interrupción mayor y total del suministro de agua que impidiera mantener servicios alternos como lo exigían los pliegos. La conclusión de la desconexión total del servicio de acueducto en la totalidad del edificio durante los trabajos de cambio de redes es una suposición de los peritos que no aparece soportada en el cronograma de la obra, ni en un análisis completo de la red hidráulica del edificio que permita a la Sala concluir que no era posible intervenir en forma separada los costados de las torres, garantizando el suministro en al menos una de ellas.

Con fundamento en lo expuesto, no encuentra la Sala yerro o indebido favorecimiento en la calificación de la oferta que hubiera vulnerado la selección objetiva, pues ajena la Sala a las suposiciones de los peritos, no se aprecia la presunta incongruencia en el programa de trabajos que permita calificarlo como incongruente.

4.1.2.2. Ofrecimiento del demandante

A la propuesta presentada por el demandante se le aplicó el factor de 1.07 en experiencia y organización, luego de que considerara el evaluador:

> *El proponente plantea adelantar las remodelaciones de las batería de baños de los pisos 1 a 5 del lado oriental de la torre A, simultáneamente con las remodelaciones de las baterías de baños de los pisos 2 a 5 del lado occidental de la torre, durante los dos primeros meses. Esta situación también está planteada para los pisos 6 y 7 de ambos lados del edificio, entre los meses 4 y 5.*
>
> *Por lo anterior, el plan de trabajo propuesto no es acorde ni consistente con las actividades y las necesidades de organización para acometer la obra, puesto que no permite la utilización de por lo menos una batería de baños en cada piso que garantice el funcionamiento permanente de las oficinas en esos pisos de conformidad con el numeral 3.04 de los pliegos de condiciones.*
>
> *En la propuesta, el proponente menciona que "procurará no acometer obras que impliquen el cierre de todos los baños de un mismo piso, de tal manera que si se trabaja del lado oriental, se deje funcionando el lado occidental". Sin embargo, lo anterior no es consistente con el programa de trabajo representado en el diagrama de barras.*

Aunque revisada la propuesta (fl. 83, c. 2) se advierte que en el plan de trabajo se afirmó que *"se procurará trabajar siempre en el mismo lado del edificio para la sustitución de columnas y la remodelación de baños"* y que *"se procurará no acometer obras que impliquen el cierre de todos los baños de un mismo piso de tal manera que si se trabaja del lado oriental se deje funcionando el lado occidental"*, el análisis de la programación entregada hace evidente lo planteado en la evaluación relativo a que se programó la remodelación de los baños del edificio A lado oriental, pisos 1 a 5, durante los dos primeros meses de ejecución (actividad B1) y, en el mismo lapso, la remodelación de los baños del costado occidental del edificio A, pisos 2 al 5 (actividad B8); lo mismo ocurrió en relación con la remodelación de los baños de los pisos 6 y 7 del costado occidental (actividad B9) y los de los pisos 6 a 9 del edificio A, lado oriental (actividad B2) que se programaron en forma simultánea, de modo tal que no se garantizaba *"el funcionamiento permanente de las oficinas"*.

En efecto, en los términos referidos, el cronograma o plan de trabajo no era consistente con el ofrecimiento de *"procurar trabajar siempre en el mismo*

lado del edificio para la sustitución de columnas y la remodelación de baños" (fl. 83, c. 2), por lo que en los términos del pliego se advirtió tal inconsistencia, que ameritaba una penalización en el puntaje. Los supuestos de hecho de la aludida incongruencia aparecen evidenciados, pues pese a ofrecer mantener en servicio las unidades sanitarias y trabajar en forma separada cada costado del edificio, se programó intervenirlos en forma simultánea, lo que generaba sin duda una duda en la coherencia del cronograma, que según los pliegos ameritaba penalización en puntaje.

Ahora bien, frente a la evaluación de la propuesta del actor y sus presuntas falencias llama la atención de la Sala la subjetividad de una de las conclusiones de la prueba pericial al concluir:

> [C]*onsideramos que a pesar de no estar dentro de los programas, sí existía la intención por parte del ingeniero Escobar Henríquez, de poner en práctica su experiencia para los casos de desconexión y empalme de redes (...) la explicación de la forma como lo hubiese desarrollado, está de acuerdo con los parámetros que hemos trazado en este documento y por consiguiente no cabe castigársele con el factor de programación organización 1.07".*

El alcance de esa conclusión conlleva suponer que el oferente "lo haría bien", aunque su propuesta no incluía a satisfacción determinado *ítem,* inferencia que no se compadece con la objetividad que imponía el análisis del caso por parte de los expertos, por lo que la Sala se aparta de sus conclusiones.

En estos términos, no se aprecia un fundamento cierto para afirmar que se calificó el aspecto organización en contravía de la selección objetiva.

4.2. Requisitos para participar en la licitación

La demanda también se fundó en la presunta ausencia de acreditación por parte del adjudicatario de algunos requisitos sin los cuales su oferta no debía ser considerada.

Para el estudio de dicho cargo se tendrá en cuenta que solo constituía causal de rechazo del oferente la no presentación de los documentos necesarios para la evaluación de las ofertas, tal como lo previeron los pliegos al tenor de lo señalado en el artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993 (fl. 429, c. 1) y en consonancia con la interpretación jurisprudencial sobre dicha disposición normativa:[14]:

> *En reiterados pronunciamientos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la entidad estatal contratante, dada su condición de directora del procedimiento de selección contractual, ostenta cierta autonomía en la confección del pliego de condiciones, propósito para el cual tienen facultad para incorporar los requisitos que deben reunir los oferentes. De igual forma, esta Corporación ha sido categórica al considerar que dicha autonomía en modo alguno es absoluta, en tanto en su ejercicio no podrán desconocerse las reglas y principios de estirpe constitucional y legal que orientan la contratación estatal.*
>
> *En esa misma línea debe advertirse que en ejercicio de dicha facultad la entidad podrá establecer requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y, por el contrario, obstaculicen o impidan la materialización del referido principio*
>
> *En línea con lo anotado ha de advertirse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben acatar las exigencias previstas en el pliego de condiciones, no es menos cierto que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto[15] según el cual la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*

También se ha concluido, interpretando la Ley 80 de 1993 antes de la reforma del año 2007, que si bien esta permite la posibilidad de establecer causales de rechazo de los ofrecimientos; no obstante, aquellas que fijen las entidades deben tener un respaldo legal, de modo tal que las reglas especiales de un particular proceso de selección no pueden desconocer los

---

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de primero de octubre de 2014, exp. 30614, M.P. Hernán Andrade Rincón.

[15] El inciso 2° fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del parágrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual "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 ...*".

principios de la función administrativa mediante la incorporación de requisitos que limiten la libre concurrencia, la imparcialidad y la igualdad entre los proponentes[16]:

> *Aun cuando se ha reconocido que la entidad estatal contratante, como directora del contrato y plena conocedora de las necesidades que a partir de la celebración del futuro negocio jurídico pretende satisfacer, goza de autonomía para elaborar el pliego de condiciones y, por contera, para establecer los requisitos y exigencias que los interesados deben cumplir para participar en el respectivo procedimiento de selección contractual, lo cierto es que dicha autonomía, como esta Corporación lo ha precisado en varias oportunidades, en modo alguno resulta absoluta o ilimitada en tanto la misma debe sujetarse al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo a aquellos contenidos en el mismo Estatuto de Contratación Estatal (...) en desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o –en este caso- de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.*

Bajo esa perspectiva, se pronuncia la Sala frente a cada una de las presuntas irregularidades alegadas por el accionante:

4.2.1. La existencia del consorcio adjudicatario

Aunque se cuestiona en la demanda el contenido del acuerdo consorcial presentado por el adjudicatario, que según el actor no permitía establecer la existencia del proponente, la Sala encuentra que el aludido documento (fl. 268, c. 2) fue presentado de conformidad con el formato incluido en los pliegos, que contenía una proforma de los términos en que este debía estar redactado (fl. 461, c. 2), la que solo exigía señalar como objeto de la asociación el de *"presentar una oferta conjunta en la presente negociación"*, por lo que así lo hicieron los proponentes. En tales condiciones, el argumento relativo al presunto incumplimiento del mencionado requisito está plenamente desvirtuado, al haber sido allegado en los precisos términos en los que fue exigido por la entidad.

---

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 24845, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

4.2.2. Descripción y garantía de los materiales ofrecidos

Luego de la relación de los materiales y su descripción detallada (fl. 272 y s.s., c. 2) la propuesta ganadora señaló: *"la garantía de los materiales y productos a instalar serán garantizados* (sic) *por el contratista, con una garantía de estabilidad de las obras de acuerdo con los términos de referencia de los pliegos, al igual que la garantía suministrada por los proveedores será trasladada a la obra. Sin embargo cualquier otra aclaración gustosamente estaremos atentos a suministrarla"* (fl. 282, c. 2), por lo que no se advierte ausencia de la manifestación acerca de las garantías ofrecidas.

4.2.3. Declaraciones de renta

Las declaraciones de renta de los años inmediatamente anteriores no eran documentos necesarios para la comparación de las propuestas y su no aportación no se previó como causal de rechazo, de conformidad con los pliegos de condiciones numeral 4.02. (fl. 428, c. 2).

Por su parte, el K de contratación de los integrantes del consorcio, cuya falencia sí constituía causal de rechazo, fue acreditado mediante las correspondientes certificaciones de inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes (fl. 310 y s.s., c. 2) y superaba con creces el valor de la propuesta, conforme lo exigían las reglas de la licitación (fl 428, c. 2). En efecto, los documentos aportados dan cuenta de que todos los proponentes cumplían con el K de contratación exigido (fl. 177, c.2) y con los aportados logró la entidad realizar la verificación de los requisitos financieros, sobre los que concluyó eran cumplidos por la adjudicataria, precisión que no fue materia de debate en el presente asunto.

4.2.4. Presuntas falencias del actor en determinados ítems no evaluables

Las presuntas falencias advertidas por los evaluadores en la garantía del cielo raso, los portarrollos de papel higiénico, así como las particulares advertidas sobre la situación financiera del actor no tuvieron incidencia en la selección del contratista, por cuanto no eran criterios evaluables, esto es, no tenían incidencia en la calificación de las ofertas, por lo que se trató de simples observaciones que no determinaron el resultado de la adjudicación, lo que hace irrelevante cualquier análisis al respecto. Así las cosas, no quedó acreditado el cargo.

En las referidas condiciones, la Sala no encuentra acreditada la alegada ilegalidad de la adjudicación por la presunta violación del principio de selección objetiva, único cargo en el que se sustentó la demanda, razón por la cual la decisión impugnada debe ser revocada, en tanto y en cuanto este no se acreditó y, en consecuencia, no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que reviste a la decisión enjuiciada. En su lugar, las pretensiones no pueden prosperar, bajo el entendido de que no se acreditó la ilegalidad de la decisión demandada.

5. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

III. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 11 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Sala de Descongestión, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO. Sin costas.

CUARTO. En firme esta providencia devuélvase el expediente a la corporación de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO **DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Presidenta Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado Ponente