

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-33-33-006-2015-00548-02
Demandante	OSORIO FLÓREZ & CIA S.A.S
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- BASE NAVAL ARC BOLÍVAR y la SOCIEDAD LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S.
Tema	<i>Nullidad de contrato de adjudicación de proceso de selección abreviada de mínima cuantía- Le corresponde a la parte vencida, demostrar la mejor oferta y los vicios en el curso del proceso de contratación.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 08 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la sociedad OSORIO FLÓREZ & CIA S.A.S instauró demanda de controversias contractuales en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- BASE NAVAL ARC BOLÍVAR y la SOCIEDAD LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S. para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

<sup>1</sup>Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folio 1- 17 cdno 1 (doc. 3-33 Exp. Digital)

<sup>3</sup> Fols. 2-3 Cdno 1. (doc. 3-5 Exp. Digital)



13-001-33-33-006-2015-00548-01

"1. Por ser contraria a las normas supralegales, legales y reglamentarias en las que debió fundamentarse, se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN No. 0141- CBN1/2015 (27 de abril de 2015) por la cual SE ADJUDICA EL PROCESO DE MODALIDAD DE CONTRATACIÓN - SELECCIÓN ABREVIADA MENOR CUANTIA No.067-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-2015, dictada por el Jefe Departamento de Buceo y Salvamento encargado de las funciones del COMANDO DE LA BASE NAVAL ARC "BOLÍVAR

2. Por haber sido adjudicado en forma irregular, con desviación de poder y violentando las reglas constitucionales, legales y reglamentarias en las que debió fundarse, se declare la nulidad del Contrato 131-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-2015 celebrado entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL – COMANDO BASE NAVAL ARC BOLÍVAR y la sociedad LUIS RESTREPO PELÁEZ S.A.S.

3. Como consecuencia de las anteriores, se DECLARE que la oferta presentada por la sociedad OSORIO FLÓREZ & CIA. S.A.S., era la mejor oferta y al no ser como tal, se le causó un daño antijurídico que debe ser reparado.

4. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – COMANDO BASE NAVAL ARC BOLÍVAR a reconocer y pagar a la sociedad OSORIO FLÓREZ & CIA. S.A.S. los valores dejados de percibir a título de utilidad, los que se estiman en la suma total de \$159.647.924,86 que se discrimina en los siguientes ítems:

- a) La suma de \$51.087.335,96 que corresponde a lo dejado de percibir por la sociedad demandante por concepto de LATONERÍA Y PINTURA.
- b) b) La suma de \$41.508.460,46 que corresponde a lo dejado de percibir por la sociedad demandante por concepto de REPUESTOS Y AUTOPARTES.
- c) c) La suma de \$67.052.128,44 que corresponde a lo dejado de percibir por la sociedad demandante por concepto de MECÁNICA AUTOMOTRIZ.

5. Se condene a la demandada en costas, incluyendo las agencias en derecho que se causen en este proceso".

### 3.1.2. Hechos<sup>4</sup>.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifiesta que, el comandante de la Base Naval ARC Bolívar, expidió la Resolución acto de apertura No. 029- ARC-CBN1-2015 (27 de febrero de 2015) por medio de la cual dispuso la apertura del proceso modalidad de selección abreviada menor cuantía No. 023- ARC- CBN1- ADBN1- DSGBN1-2015. El objeto del contrato, era contratar el SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO A TODO COSTO (INCLUYE EL SUMINISTRO DE REPUESTOS NUEVOS Y ORIGINALES DE FABRICA NECESARIOS PARA EL MANTENIMIENTO) DE LOS

<sup>4</sup> Fols. 3-4 Cdno 1

13-001-33-33-006-2015-00548-01

VEHÍCULOS DEL PARQUE AUTOMOTOR DE GRUCON-C, DAMIL, GUCA, CFNC, FSUCA, BIM12, EANCAR, BIM13, EVIPE, FSUBCA, BN1, ESIN, FSUBCA, DEBUSA y BAMIM1 ACUERDO ESPECIFICACIONES TECNICAS, hasta por un valor de QUINIENTOS CATORCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON 00/100 MCTE (\$514.993.306,00) INCLUIDO IVA.

Al proceso de selección así convocado, concurren las sociedades MUNDO CHEVROLET S.A.S., LUIS RESTREPO PELÁEZ S.A.S. y la demandante OSORIO FLÓREZ & CIA. S.A.S. De acuerdo con el informe de evaluación de ofertas, solamente la sociedad OSORIO FLÓREZ & CIA. S.A.S. superó la evaluación jurídica, técnica, financiera y económica. Dentro de la oportunidad legal para ello, la sociedad LUIS RESTREPO PELÁEZ S.A.S. presentó observaciones al informe de evaluación de las propuestas, para que se reevaluara su oferta.

Con oficio No. No.091128 /MD-CGFM-CARMA-SECAR-JOLA-CBN1-ADBN1-ADQBN1-17.9 de abril 9 de 2015, la entidad demandada decidió aceptar las observaciones realizadas por el proponente LUIS RESTREPO PELÁEZ S.A.S. y procedió a reevaluar su oferta, violentando las reglas propias del pliego de peticiones, así como los principios generales de la Ley 80 de 1993. Ante esta segunda e ilegal evaluación, la sociedad demandante presentó oportunamente observaciones por estimar que se violaba su derecho fundamental al debido proceso al haber sido recalificada su propuesta con base en parámetros adicionales que no tienen referencia con la relación costo – beneficio, que debió orientar el proceso de selección y explicó en detalle las violaciones al pliego de condiciones en que incurría la entidad demandada.

A pesar de lo anterior, la entidad demandada continuó con el proceso de selección y decidió expedir la RESOLUCIÓN No. 0141-CBN1/2015 (27 de abril de 2015) por la cual SE ADJUDICA EL PROCESO DE MODALIDAD DE CONTRATACIÓN - SELECCIÓN ABREVIADA MENOR CUANTIA No.067-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-2015. Como consecuencia del anterior por acto administrativo, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – COMANDO BASE NAVAL ARC BOLÍVAR y la sociedad Luis Restrepo Peláez celebraron el Contrato 131-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-2015-.

Afirma que, al conocer de la anterior decisión puso en conocimiento de la entidad demandada, las irregularidades que a su juicio se habían presentado en el proceso.



13-001-33-33-006-2015-00548-01

Al celebrar el contrato objeto de esta acción, la entidad demandada no exigió a la sociedad LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S. y esta no cumplió, la acreditación formal de las alianzas comerciales anunciadas en su oferta, lo que hace que el contrato se haya celebrado por interpuesta persona a favor de AUTO TROPICAL y los demás "aliados" anunciados por dicha sociedad.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política art. 29
- Ley 80 de 1993 arts.
- Decreto 1510 de 2013 art. 26 numeral 4º
- Pliego de condiciones: numerales 2.13, 2.16, 3º, 3.1.1., 3.1.2., 3.1.4., 3.2.2. y 3.2.1

Indica que del material probatorio que hace parte de la demanda, es posible advertir serios indicios que demuestran cómo la entidad demandada direccionó el proceso de selección de contratistas para adjudicar el contrato materia de esta acción al tercero llamado al proceso.

En cuanto al primer cargo, manifestó que por la confrontación del Anexo D del Estudio de Conveniencia y Oportunidad (ECO) efectuado por la demandada ARMADA NACIONAL – BASE NAVAL DE CARTAGENA y los Anexos G e I de la propuesta presentada por la sociedad LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S., en los que se observa un error común, lo que permite inferir que dicho proponente y hoy contratista tuvo previo acceso al estudio económico de la contratación, lo que es evidente que salió de los archivos de la Base Naval, en forma ilegal, por lo que, se vio obligada a reconsiderar su decisión y procedió a evaluar la oferta del tercero hoy contratista del Estado.

Con relación al segunda cargo, correspondiente a la exigencia de SCANNER MULTIMARCAS, CARRO TALLER y SERVICIO DE GRUA, violentando el principio básico de esta clase de procesos de selección, a saber, relación costo – beneficio, la entidad demandada incluyó en el pliego de condiciones la exigencia de servicios adicionales como lo son el scanner multimarcas, el servicio de carro taller y el servicio de grúa, los que en una primera evaluación le fueron calificados a la sociedad demandante con un puntaje total de 200 y, con evidente desviación de poder, al recalificar a la sociedad vencedora le fueron restados a la actora sin justificación alguna.

13-001-33-33-006-2015-00548-01

Asevera que, se obviaron requerimientos legales con el único fin de favorecer a la sociedad contratista LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S. En el curso del proceso de selección contractual, SOLOFRENOS puso de presente ante la entidad pública demandada que la sociedad adjudicada, no acreditaba las exigencias técnicas del pliego de condiciones, al no contar con las instalaciones necesarias para el cumplimiento del contrato a celebrar, lo que ofertaba anunciando irregulares alianzas comerciales que, al no estar celebradas formalmente, impedían la valoración objetiva de tales exigencias y permitían que se diluyera la responsabilidad del contratista que, como es sabido, se califica como *in tuito personae*, esta observación fue desestimada por la accionada con el argumento de que las manifestaciones de la oferta provenía solo del ofertante LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S. y por ello toda la responsabilidad radicaba en dicha sociedad; y, en relación con las alianzas comerciales ofrecidas, no exigió ninguna verificación al contratista.

Afirmó encontrarse violados el derecho al debido proceso, y el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por la injustificada disminución del puntaje previamente asignado a la sociedad demandante, como consecuencia de la recalificación de que fue objeto la oferta de la sociedad LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S., adicional a ello, la entidad pública demandada permitió la participación de la sociedad LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S., anunciando convenios en alianza comercial para la prestación de los servicios requeridos por la entidad contratante, en modalidad diferente a las autorizadas por esta normatividad, que solo contempla las figuras del consorcio y la unión temporal. Finalmente, aseveró que la Ley 80 de 1993 dispone que la oferta que incluya precios artificialmente bajos, debe ser excluida de los procesos de selección objetiva de contratistas.

**3.2. CONTESTACIÓN.**

**3.2.1. Luis Restrepo Peláez S.A.S.<sup>5</sup>:**

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de esta, y teniendo como ciertos los hechos del 1 AL 9, respecto a los demás indicó no se ciertos.

Adujo que, una vez aceptada las observaciones a las evaluaciones por parte de la entidad, sin violación a las reglas del pliego de condiciones y la Ley 80 de 1993, toda vez que, cuando los informes de evaluación de las ofertas

<sup>5</sup> Fols. 141-158 Cdno 1 (Doc. 274-306 Exp. Digital)





13-001-33-33-006-2015-00548-01

deban corregirse para así lograr una comparación objetiva de las propuestas, la etapa de la publicidad y contradicción del nuevo estudio y comparación de las ofertas debe agotarse antes de la adjudicación, para garantizar los derechos a los partícipes de los mismos.

Adicional a lo anterior, indicó que el demandante dentro del término de las observaciones del proyecto de pliego de condiciones u observaciones al pliego definitivo, en ningún momento realizó objeción alguna con respecto a los factores de selección. Afirmó que no es cierto que la entidad solo podía calificar los aspectos relacionados con calidad y precio ofertados que representen la mejor relación costo beneficio para la administración, pues esta puede optar ya sea calificando *"la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o formulas señaladas en el pliego de condiciones"*, como se hizo en el proceso objeto de litigio, o *"la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo beneficio para la calidad"*., tal y como lo establece la Ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

En cuanto a los puntajes sustraídos al demandante, afirmó que esto se hizo durante la corrección de la evaluación, lo anterior porque en el pliego de condiciones se requirió un escáner multimarcas con énfasis en vehículos Chevrolet, requerimiento que no fue objetado en la etapa procesal pertinente, y que la sociedad actora ofreció como consta en su oferta, la cual además, se hizo de manera incorrecta pues se ofertó un escáner multimarcas de diferentes especificaciones a las exigidas por la entidad, lo que implica la no asignación de puntaje, al no acogerse su propuesta al pliego de condiciones.

Sobre la confrontación del Anexo D del Estudio de Conveniencia y Oportunidad (ECO) por *lapsus clavis* o *lapsus calami*, indicó que no violó norma alguna del pliego de condiciones, toda vez que fue un error de transcripción de la propuesta en Excel, mas no es una evidencia de que solo se estuviera ofertando ese ítem, indicando que su propuesta cumplía con las especificaciones requeridas. Al respecto, afirmó que fue la entidad quien publicó los formatos G e I en formato Excel en el portal de contratación, los cuales una vez descargados, predeterminan al inicio de cada página el título o la frase ITEM 1 CHEVROLET OPTRA MMO 2009 ADVANCE-010 ITEM .1.1 SISTEMA DE FRENOS, lo que quiere decir, que el error provenía de la entidad.

Como excepciones propone la: (i) legalidad del acto administrativo de adjudicación; (ii) cumplimiento de los requisitos habilitantes por parte del



13-001-33-33-006-2015-00548-01

demandado; (iii) ofrecimiento en debida forma de los factores de selección por parte del demandado; (iv) inexistencia del derecho alegado; (v) Inexistencia del daño y los perjuicios alegados; (vi) el incumplimiento en la ejecución del proyecto tuvo origen en el incumplimiento de las obligaciones de UT.

### 3.2.2. Nación-Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional<sup>6</sup>

La entidad demandada manifestó que, la firma demandante estuvo habilitada de manera preliminar superando las evaluaciones de dicha etapa, procediendo dar traslado de las mismas y de las observaciones a ellas presentadas, resultando que la demandante no cumplía con las condiciones exigidas en el pliego de condiciones, quedando habilitada y en mejor posición la firma demandada Luis Restrepo Peláez S.A. Detalla que de la evaluación jurídica las dos firmas actora y demandada, debían subsanar las falencias, habilitándose la sociedad Mundo Chevrolet; posteriormente, en una nueva evaluación jurídica las dos sociedades se encontraban habilitadas por haber subsanado los desatinos. De igual forma, en la evaluación financiera también resultaron habilitadas. De la evaluación económica, resultó habilitada la firma Osorio Flórez.

En cuanto a la evaluación técnica, no se encontró habilitada la firma Luis Restrepo Peláez, por cuanto en el anexo G- especificaciones técnicas, - oferta en toda su propuesta el ITEM 1 CHEVROLET OPTRA MOD 2009 ADVANCE-2010 DESING, lo que era incongruente. Sobre el mismo, presentó observaciones las cuales no fueron aceptadas inicialmente, sin embargo, afirma que, el comité de adquisiciones de la entidad resolvió ampliar el cronograma del proceso y solicitar al oferente las aclaraciones pertinentes, conforme lo permite el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; las correcciones fueron aceptadas, y se le asignó un puntaje de 500 puntos a la firma, quedando además habilitada.

Manifestó que la entidad demandante, no se opuso al pliego de condiciones y las exigencias en el plasmadas, tanto así que ofreció los servicios adicionales indicados como factores ponderables.

Respecto a los demás cargos, afirmó no encontrarse probados por el demandante, por lo que solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda.

<sup>6</sup> Fols. 185-207 cdno 1 y 2 (doc. 360-395 cdno 1 y 1- 9 cdno 2 Exp. Digital



### 3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>

Por medio de providencia del 8 de marzo de 2018, la Juez Sexto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

*"PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.*

*SEGUNDO: Condenar en costas a la parte actora. Por secretaría liquidense los gastos efectivamente causados y acreditados e incluyanse como agencias en derecho la suma de \$319.295,8 (...)"*

El Aquo, en el caso concreto, estudió de manera separada los cargos alegados por el demandante, por lo que se procederá a señalar los argumentos de cada uno de ellos.

- *desviación de poder:* en cuanto al error señalado en la hoja de Excel de la propuesta del demandado, indicó que conforme a los artículos 8 y 20 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 1510 de 2013, los estudios previos son documentos que deben estar publicados durante todo el proceso de selección, por lo que no son documentos reservados como lo alega el demandante. La juez de primera instancia, de la revisión del SECOP comprobó que la apertura del proceso estaba programada para el 27 de febrero de 2015, y la fecha límite de presentación de las propuestas eran hasta el 13 de marzo del mismo año, tiempo durante el cual, cualquier interesado podía consultar los documentos contentivos del proceso incluidos los anexos, por lo que el hecho de que la sociedad Peláez presentara su propuesta basada en anexos del estudio económico no sugiere que la misma haya sido obtenida por medios ilegales, lo que desestima la afirmación del actor.

- *Exigencia de scanner multimarcas, carro taller y servicio de grúa:* Al respecto manifestó que en el capítulo 3 del pliego de condiciones se encuentran los requisitos especiales para participar, y en el numeral 3.4.2 se avizora dicho requerimiento, el cual comparado con la propuesta del actor, no cumplía con las exigencias adicionales requeridas por la entidad contratante, como eran que el scanner multimarcas era con énfasis a vehículos Chevrolet, por lo que al no ofertar con dicho énfasis, no era meritorio de la asignación de 200 puntos; en cuanto al servicio de carro taller solo lo ofreció en la ciudad de

<sup>7</sup> Fols. 276-292 cdno 2 (doc. 141-173 Exp. Digital)

13-001-33-33-006-2015-00548-01

Cartagena y el pliego exigía que fuera además, en los trayectos y rutas de Cartagena-Coveñas, Cartagena- Santa Marta. Afirmó la juez, que es perfectamente admisible que los puntos fueran descontados, pues el informe de evaluación, no es el que adjudica ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje, pudiéndose corregir o modificar la calificación por parte del contratante, cuando encontrare pertinente y ajustado a las reglas del proceso de selección las observaciones realizadas por los oferentes.

- *La Base Naval ARC Bolívar, obvió requerir a la sociedad LR Peláez, con el fin de que aportara prueba idónea para acreditar las alianzas comerciales anunciadas en su oferta:* indicó que este cargo guarda relación con la violación del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adujo que era carga de la demandante señalar la inhabilidad en la que esta incura la demandada, o alguna de sus alianzas comerciales, debiendo probar que la propuesta de LR Peláez, contrario a lo que afirma, fue presentada en nombre propio, puesto que las responsabilidades que se deriven del contrato serían asumidas en su totalidad por dicha sociedad, tampoco se encontró que, el contrato adjudicado se fuera a ejecutar por un tercero, pues las obligaciones recaerían en las partes que contrataron.

Adicionó que, el anexo G del pliego de condiciones, solo especificaba que la sociedad debía indicar simplemente que contaba con un enlace o alianza en la ciudad para la realización de los mantenimientos preventivos, sin que se exigiera otro requisito, quedando sin soporte lo manifestado por el demandante al afirmar que las sociedades aliadas debían estar revestidas de formalidad para que puedan ser oponibles a terceros, toda vez que, estas no tienen personería jurídica, y no son sociedades de hecho, suscribiendo solo un documento privado entre las partes, sin solemnidad alguna.

-*Violación al debido proceso:* frente a este cargo, adujo que, no demostró el demandante dicha violación en razón a la disminución del puntaje otorgado en las evaluaciones, toda vez que, el informe de evaluación no adjudica, ni confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla. Adicionalmente, agregó que, el hecho de que la primera hoja de cálculo de la propuesta de LR Peláez presentara inconsistencias, no impedía la comparación de la propuesta.

-*precios bajos:* indicó que la entidad demandada, no actuó con sujeción a derecho y a los principios de responsabilidad, transparencia e igualdad, al evaluar las aclaraciones de la Sociedad LR Peláez, pues sus razones no fueron lógicas, sin embargo, le correspondía a la demandante demostrar que su



13-001-33-33-006-2015-00548-01

oferta era más favorable para la entidad estatal, tampoco acreditó que, e contrato así celebrado fuese imposible de ejecutar o que se concretó el riesgo que esa situación conllevaba, habiéndose probado que el contrato se desarrolló y se acordó su liquidación sin dejarse salvedades al respecto.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

Por medio de escrito del 03 de abril de 2018, la sociedad demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo en primer lugar que, no es de recibo que la A-quo, desconociera la evaluación efectuada por la administración en la que ella resultaba vencedora, confundiendo el concepto de oferta vencedora con oferta única, trayendo al marco de la evaluación de la oferta parámetros que no fueron materia de actuación administrativa, violando el debido proceso, al evaluar nuevamente la oferta de la demandante, y desestimando las pruebas de que si tenían una mejor oferta.

Con relación al cargo de nulidad consistente en la presentación de la mejor oferta, manifiesta que, no valoró la A-quo en debida forma, los testimonios recibidos en el proceso, así como tampoco las evaluaciones jurídica, técnica, financiera y económica, que demostraban dicha afirmación, lo anterior, evidencia que la demandada ya había considerado como mejor opción a esta entidad, por lo que no podía realizar el juez una nueva valoración.

Continúa indicando que, la propuesta por ella presentada ya había sido declarada la vencedora en el proceso de selección, la cual fue desplazada por la reevaluación ilegal que se realizó a la presentada por la demandada, la cual encontró probada la juez, cuando indicó que estaba viciada por los precios artificialmente bajos, por lo que era forzoso concluir que, si carecía de requisitos la oferta de Luis Restrepo Peláez, la que quedaría en primer lugar sería la de Osorio Flórez.

En cuanto al estudio de los precios, adujo que su propuesta respondía a los estudios de precios de mercado que se realizó en el proceso de selección, y no como pretende la juez de primera instancia, de que estos se ajusten a criterios que se aplican para la evaluación de la oferta única, mas no de la oferta vencedora. Adicional a ello, indicó que el requerimiento del scanner multimarca de marca exclusiva iba direccionado para un oferente en

<sup>8</sup> Fols. 299-301 cdno 2 (doc. 187- 191 exp. Digital cdno 2)

13-001-33-33-006-2015-00548-01

concreto, cuando dicha necesidad pudo haber sido satisfecha con un scanner multimarclas.

En cuanto al argumento de no haberse probado el riesgo de ejecución del contrato, señala que, las partes se cuidaron de no explicar en la facturación del contrato cuales fueron las tareas que se cumplieron en desarrollo del mismo, y nada se dice de los repuestos que fueron requeridos para tales fines.

Finalmente, concluye que la juez acudió a los aspectos técnicos ponderables del pliego de condiciones como argumento para concluir que la oferta de ellos no era la mejor, sin tener en cuenta que se trataban de beneficios exclusivos para la entidad contratante, tal y como su juicio se demuestra con el testimonio de Orlando Royer del Gallego, quien informa que tales ponderables respondían a costos que no podían ser contratados al carecer de rubro presupuestal para ello, hecho que no se informó en el pliego de condiciones.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se accedan a las pretensiones de la demanda.

**3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de junio de 2018<sup>9</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de septiembre de 2018<sup>10</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 16 de noviembre de 2018<sup>11</sup>.

**3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

- **Parte demandante:** No presentó escrito de alegatos.
- **Ministerio de Defensa**<sup>12</sup>: Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, y solicita se confirme el fallo apelado.
- **Ministerio Público:** No presentó concepto de su competencia.

<sup>9</sup> Fol. 3 Cdno 3  
<sup>10</sup> Fol. 5 Cdno 3  
<sup>11</sup> Fol. 9 Cdno 3.  
<sup>12</sup> Fols. 12-14 cdno 3





#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 numeral 1 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

##### **5.2. Problema jurídico**

De conformidad con el recurso de alzada, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿Es nulo el contrato 131-2015 celebrado entre la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- BASE NAVAL ARC BOLÍVAR y la SOCIEDAD LUIS RESTREPO PELAEZ S.A.S., por adjudicarse viciado bajo los cargos de nulidad alegados por el demandante, como son desviación de poder y la ausencia de las normas en que debió fundarse?*

En caso de resolverse de manera positiva el anterior problema jurídico, se entrará a establecer si:

*¿Se encuentra probado que la mejor oferta fue la presentada por la entidad demandante?*

##### **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala desatando el recurso de apelación, resolverá confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda toda vez que, la parte demandante no logró demostrar los cargos de nulidad alegados en el recurso de alzada de cara a lo probado por la A-quo. Adicional a ello, le correspondía definir que la propuesta por ella ofertada era mejor que la de

13-001-33-33-006-2015-00548-01

la entidad contratada, desvirtuando lo establecido por las normas y la jurisprudencia en cita para la prosperidad de sus pretensiones.

#### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **5.4.1. Informes de evaluación y calificación de las ofertas<sup>13</sup>**

El principio de selección objetiva tuvo sus cometidos en la re significación del principio de transparencia y la optimización de la eficiencia en los procedimientos de contratación pública, y para ello, fortaleció la planeación en la materia y reformuló el principio de selección objetiva, de forma tal que la decisión de adjudicación en los procesos contractuales pudiera fundarse en la evaluación de aspectos realmente relevantes para la adquisición del bien o servicio y consiguientemente, para la satisfacción de la necesidad que movía a la administración a contratar. En ese propósito, introdujo un nuevo entendimiento para el concepto de ofrecimiento más favorable, abandonando la fórmula que remitía a los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones, para hacer remisión a los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, reformulación que guardaba armonía con el propósito de diferenciar entre los requisitos habilitantes (que miran a las condiciones de los oferentes) y los requisitos evaluables, referidos estos últimos a dos factores de escogencia, el técnico y el económico.

Los procesos de selección a los que remite la norma reglamentaria, esto es, la licitación pública y los de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, obligan a direccionar los factores de escogencia en función de la evaluación del objeto a contratar o a su precio. (...) Por tanto, si dentro de los elementos que enumera el artículo 24, numeral 5 literal c de la ley 80 de 1993 como integrantes del pliego de condiciones, no se alude textualmente a los factores técnicos y económicos a los que remite el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, se impone una interpretación armónica de estas dos disposiciones. Y en esa línea de intención hermenéutica, debe entenderse que

<sup>13</sup> Ver sentencias: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476), Actor: ZAMIR ALONSO BERMEÓ GARCIA, Demandado: NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS



13-001-33-33-006-2015-00548-01

el alcance de la expresión "precio" guarda relación con los factores económicos de la propuesta, y que el alcance de la voz "calidad" debe asociarse con los factores técnicos de la oferta (...) Lo expuesto resulta suficiente para darle despacho negativo al cargo que se estudia, porque como se anotó, la expresión "los elementos de calidad" contenida en el artículo 12 numeral 3º literal a) del Decreto 2474 de 2008, interpretada sistemáticamente, de ninguna manera vulneró el numeral 2º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ni constituyó un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional.

El H. Consejo de Estado, ha manifestado que cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva.

Los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado coinciden en advertir una clara delimitación del Poder Judicial en el análisis de las decisiones técnicas atinentes a la estructuración de la contratación estatal, puesto que en esa clase de decisiones el Juez NO debe sustituir el razonamiento soportado de la Administración Pública ni su autonomía en la configuración del pliego de condiciones. En concreto, tratándose del medio de control contractual, el Juez no puede desconocer una regla de determinación de puntaje o una postura del proponente, sin la prueba idónea de que ellas se configuraron en contravención de los principios legales o constitucionales.

#### **5.4.2. Subsanación de la oferta<sup>14</sup>**

De acuerdo con la Ley 80 de 1993 resulta claro que no se pueden rechazar propuestas por razón de la falta de requisitos meramente formales (artículo 25,

<sup>14</sup> Ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00959. 01 (38696), Actor: CONSORCIO ALSACIA 2003 Y OTROS, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA Y OTROS



13-001-33-33-006-2015-00548-01

numeral 15) y que existe la regla legal de dar oportunidad a los proponentes para aclarar o explicar las dudas que tenga la Administración en relación con las propuestas, además de que se reconoce el derecho de los proponentes a presentar observaciones y solicitar la modificación de la evaluación realizada por la entidad convocante en la oportunidad fijada para ello (artículo 30, numerales 7 y 8). Con fundamento en las citadas normas la Subsección A desarrolló una línea jurisprudencial, siguiendo los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 acerca de los principios de la contratación estatal, la cual consistió en hacer prevalecer el aspecto sustancial del requisito exigible en la licitación pública, sobre su forma de presentación. Aunque la Ley 80 de 1993 no se refirió concretamente a la figura del saneamiento de la propuesta, la jurisprudencia abrió la posibilidad de subsanar o enmendar los requisitos ofrecidos en la propuesta bajo la normativa de los artículos 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, pero teniendo en cuenta la limitación que consiste en la improcedencia de modificar o mejorar la propuesta por la vía de las supuestas aclaraciones.

En cuanto a la posibilidad de subsanar las falencias presentadas en una oferta, el numeral 15 del artículo 25, dispuso que "La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos." A su vez, el artículo 30.7, estableció que durante la evaluación, la administración debía pedirle al oferente que aclarara y explicara los puntos que considerara necesarios y el numeral 8, del mismo artículo dispuso que los oferentes podían presentar observaciones durante el traslado de la evaluación de las ofertas, pero en ejercicio de esa facultad no pueden completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. (...) Posteriormente, estas normas fueron aclaradas por la Ley 1150 de 2007, que dispuso que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirían de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos y "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." <sup>15</sup>

<sup>15</sup> Sobre la subsanabilidad de la oferta en los procedimientos contractuales, consultar sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp. 25804, M.P. Enrique Gil Botero.



13-001-33-33-006-2015-00548-01

Precisó el máximo tribunal de lo contencioso, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que aplica para la entidad, quienes tienen hasta antes de la adjudicación para requerir al proponente los cuales deben cumplir el plazo fijado por ella para presentar su aclaración, (el cual debe ser razonable) so pena de que precluya para ellos la oportunidad de presentar sus aclaraciones. Adicional a ello, la entidad está debidamente facultada por la ley, y también por los términos de referencia, la entidad solicitó aclaración de la propuesta y concedió un término para ello, lo cual no constituye ninguna irregularidad puesto que como antes se indicó, no solo estaba permitido sino que además era su deber hacerlo con el fin de poner al contratista en igualdad de condiciones para la evaluación de sus propuestas<sup>16</sup>.

El artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 diferenció los requisitos atinentes al oferente, no susceptibles de puntaje alguno, sino de verificación, para establecer la capacidad o experiencia del oferente, en orden a participar en la licitación, denominándolos requisitos habilitantes, (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, organización), de aquellos concernientes a la propuesta misma, que aluden a los factores de orden técnico y económico que son materia de asignación del puntaje establecido en el pliego de condiciones. Mientras que, en relación con los primeros, esto es, los requisitos habilitantes, la norma contempla la posibilidad de subsanarlos a solicitud de la entidad licitante, en tanto no son indispensables para la comparación objetiva de la oferta, cuando se trata de los segundos, esto es, los factores de calificación, los mismos son intangibles e inmodificables, y no pueden ser objeto de corrección.

#### **5.4.3. Mejor oferta**

Los problemas hermenéuticos más comunes que se presentan durante la etapa de evaluación de las ofertas son: la incoherencia, es decir, cuando sobre un mismo aspecto, asunto o requisito la oferta cuenta con dos datos diferentes: conforme a uno dice algo concreto, y conforme al otro el contenido cambia –mucho o poco-, y de allí se derivan consecuencias diversas, entre ellas que la oferta se ajuste o no a lo pedido, e infinidad de efectos disímiles. En este evento, la entidad no debe actuar conforme a la

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ, Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00333-01 (34713), Actor: PABLO EMILIO BOCAREJO INGENIEROS CONSULTORES Y CIA. S. EN C.S., Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU



13-001-33-33-006-2015-00548-01

primera impresión, y menos si es la más gravosa para el proponente, aunque tampoco debe tomar partido irreflexivamente en su favor.

Existen dos opciones: a) Aplicar una regla previsiva del pliego que dirima la controversia, como cuando expresa que: "en caso de contradicciones entre un lugar y otro de la oferta prevalecerá uno de ellos". En este evento se requiere que el pliego haya anticipado este tipo de problemas, en cuyo caso el principio de legalidad impone la aplicación de ella sin mayores dificultades. b) La otra opción o actitud -a falta de la regla anterior-, consiste en permitirle al autor del texto -al proponente- que explique, es decir, que defina el alcance de la obligación que adquirirá, porque no se puede adjudicar, y celebrar luego el contrato, para posteriormente esperar que en calidad de contratista discuta que el alcance de su propuesta fue otro -el sentido que no se adecuaba a los pliegos-, porque conduciría a una controversia, con la consiguiente afectación del servicio público.

Otro supuesto que exige aclaración o explicación del proponente se presenta cuando la oferta no es clara, es decir, cuando su interpretación se dificulta, como cuando utiliza términos, conceptos o metodologías difíciles de entender, o cuando no se comprende el alcance propuesto. No se trata de contradicciones entre aspectos o contenidos de la propuesta, sino de que la entidad no entiende, no comprende su alcance o los términos empleados, así que necesita información adicional que lo precise.

El tercer supuesto de aclaración y explicación lo regula el Decreto 1510 de 2012, frente al cual la entidad tiene, necesariamente, que solicitar explicaciones al proponente sobre el alcance de su oferta: precio artificialmente bajo. El artículo 28 establece que en esta situación la entidad no puede rechazar inmediatamente la propuesta; en su lugar debe: i) pedir explicaciones al oferente para que justifique el valor y ii) luego de analizar la respuesta decidirá su rechazo o permitirá que continúe en el proceso de selección, dependiendo de que las aclaraciones justifiquen satisfactoriamente el motivo del precio bajo. La norma citada es interesante y representativa en el análisis que se propone, porque el reglamento desarrolló la posibilidad que el legislador estableció de solicitar a los oferentes explicaciones y aclaraciones sobre ciertos aspectos de la propuesta; y este procedimiento es el mismo que la Sala estima que se debe realizar cuando la entidad encuentre otro aspecto de la propuesta que no es claro, coherente





13-001-33-33-006-2015-00548-01

o es confuso, esto es, debe valorar las explicaciones ofrecidas, antes de concluir que el ofrecimiento no se ajusta al pliego<sup>17</sup>.

Para que proceda la indemnización por indebida adjudicación de un contrato, el demandante tiene la carga de probar, además de la nulidad del acto de adjudicación, que su propuesta era la que mejor satisfacía los intereses de la entidad, en los términos del inciso tercero del artículo 29 de la Ley 80, en la actualidad el artículo 5 de la Ley 1150 (...) si el proponente que acude a la jurisdicción demuestra los anteriores elementos tendrá derecho a ser indemnizado

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponde, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, que, efectivamente, su propuesta era la mejor. Bajo este contexto, corresponde a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino demostrar también que su propuesta se ajustó en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que es la mejor para los intereses de la administración, pues esos supuestos son los que demostrarían su derecho a ser la adjudicataria del respectivo proceso de selección y, por tanto, a la indemnización<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986), Actor: GOMHER LTDA., Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONAUTICA CIVIL

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá D.C., trece (13) de agosto dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-10299-01(46204), Actor: INDUSTRIA COLOMBIANA DE CONFECCIONES -INCOCO S.A., Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA, Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)



**5.4.4. Oferta artificialmente baja<sup>19</sup>**

La jurisprudencia del Consejo de Estado determinó que el numeral 6º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 edifica la responsabilidad de los contratistas que *"formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato"*. En principio, del contenido normativo citado se extrae que la responsabilidad surge a partir de que el oferente adquiere la condición de contratista del Estado, por un evento ocurrido en la etapa precontractual, que consiste en haber presentado una propuesta engañosa o artificiosa, con el único objetivo de ser escogido como adjudicatario del contrato. [...] Por vía jurisprudencial se ha considerado que aunque la Ley 80 de 1993 no contenga una disposición que expresamente establezca el rechazo de la oferta por contener precios artificialmente bajos, en el deber de la Administración de comparar las ofertas consultando los precios del mercado, debido a la responsabilidad futura de los contratistas cuando han fijado condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas, se encuentra cimentada su facultad para descalificar a los oferentes i. cuando las propuestas no cumplan los requisitos que permitan compararlas entre sí para obtener una selección objetiva, ii. cuando los ofrecimientos efectuados contrastados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, lo cual puede acarrear para la Administración la inejecución del contrato o futuras reclamaciones del contratista, o iii) en eventos consagrados en el pliego de condiciones, siempre y cuando no sean contrarios a la ley. [...] En tal sentido, una propuesta con condiciones económicas artificialmente bajas es aquella que contiene "un precio irrisorio o falso como valor de los bienes y servicios que se pretenden contratar, frente a lo que realmente arroja la realidad económica y financiera del mercado y las condiciones del proponente", en contravía con las prácticas de la libre competencia para poner en peligro la ejecución del contrato futuro.

La exigencia anterior, no tiene otro propósito distinto al de asegurar la ejecución del futuro contrato, y evitar modificaciones que pretendan conjurar los efectos de la presentación de una oferta bajo condiciones económicas artificialmente bajas.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00449-01(43738), Actor: RECTIFICADORA DE MOTORES AUTOCARS CIA. LTDA. , Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL





13-001-33-33-006-2015-00548-01

Si bien es cierto que La Ley 80 de 1993, no contiene una disposición que expresamente establezca el rechazo de la oferta por contener precios artificialmente bajos, como tampoco ha definido aquellas situaciones que podían generar precios artificialmente bajos en las ofertas presentadas por los proponentes; también lo es, que en algunas de sus regulaciones hizo referencia al tema de los precios del mercado como aspecto determinante en la comparación de los ofrecimientos recibidos, tal como quedó registrado al tratar el contenido y alcance del artículo 29, e igualmente lo hace en el artículo 26 al consagrar el principio de la responsabilidad que informa la actividad contractual, concretamente en el numeral 6° que determina responsabilidad para el contratista por la presentación de propuestas en las cuales se fijaran condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. Lo dispuesto por el artículo 26 tiene como finalidad, de una parte, exonerar a la Administración de toda responsabilidad frente al contratista cuando quiera que haya ofertado con precios inferiores a los acostumbrados en el mercado y que por tal razón, en plena ejecución del contrato, acuda a la Administración en virtud de reclamaciones económicas para que le sea admitido un presunto desequilibrio de la ecuación económica, o cuando tal circunstancia, conlleve a la inejecución del contrato, con los consecuentes perjuicios para la entidad contratante que no tendría por qué soportar. De otra parte, la norma pretende que sea el contratista quien asuma las consecuencias que puede implicar el haber presentado un precio equivocado, cuando su conducta fue intencional para obtener la adjudicación de la licitación, consecuencia que se extiende a aquellos eventos en los cuales el contratista incurrió en error al elaborar su propuesta, puesto que esta carga de responsabilidad es de su exclusivo resorte. Lo cierto es que el precio señalado por el proponente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido, de lo contrario se generaría una evidente discrepancia entre el objeto contratado y su valor. El precio no puede ser irrisorio o vil, pues ello puede significar un eventual incumplimiento del contrato, o eventuales conflictos por imprevisión, lesión, abuso de derecho etc., que la contratación administrativa debe evitar<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Actor: JAVIER ALONSO QUIJANO ALOMIA, Demandado: CORPORACION REGIONAL DE TURISMO DEL VALLE DEL CAUCA.



## 5.5. Caso concreto

### 5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 0141-CBN1/2015 del 27 de abril de 2015, "*Por la cual se adjudica el proceso de modalidad de contratación-selección abreviada menor cuantía No. 067-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-205*", por parte de la Base Naval ARC Bolívar, a la firma Luis Restrepo Peláez S.A.S.<sup>21</sup>
- Contrato de suministro de servicios No. 131-ARC-CBN1-ADBN1-DSGBN1-2015, celebrado entre la Base Naval ARC Bolívar, y la firma Luis Restrepo Peláez S.A.S.<sup>22</sup>.
- Cuaderno de dictamen pericial.
- Pliego de condiciones del proceso de selección abreviada<sup>23</sup>.
- Publicaciones del proceso de selección de menor cuantía objeto del litigio<sup>24</sup>.
- Constancia de apertura y cierre del proceso de selección<sup>25</sup>.
- Propuesta del demandante<sup>26</sup>.
- Propuesta de la demandada Luis Restrepo Peláez<sup>27</sup>.

### 5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine se pretende la declaratoria de nulidad del contrato No. 131-2015, por ser contrario a las normas en que debió fundarse, y desviación de poder.

La juez de primera instancia, encontró que la adjudicación realizada por parte del Ministerio de Defensa a través de la Base Naval ARC Bolívar, a la sociedad Luis Restrepo Peláez S.A.S., está viciada porque la propuesta u oferta realizada por esta contenía precios artificialmente bajos, luego de compararlos con los precios estándar de mercado, pero no declaró la nulidad del contrato como lo solicitó la parte demandante porque esta no demostró ser la mejor oferta,

<sup>21</sup> Fols. 29-37

<sup>22</sup> Fols. 38-73

<sup>23</sup> Docs. 128-229 demanda primera parte pruebas demandante- exp. Digital

<sup>24</sup> Fols. 231 demanda primera parte pruebas demandante- exp. Digital

<sup>25</sup> Fols. 231 demanda primera parte pruebas demandante- exp. Digital

<sup>26</sup> Fols. 363 cdno 1 a 102 cdno 2 demanda primera y segunda parte pruebas demandante- exp. Digital

<sup>27</sup> Fol. 103 cdno 2



13-001-33-33-006-2015-00548-01

a pesar que al excluirse a la sociedad adjudicada, la demandante quedaba como oferta única, pero la misma superaba no solo las necesidades del contrato sino el valor del mismo; por esa razón denegó las pretensiones de la demanda.

La Sala se ceñirá solo al estudio de los argumentos de la parte demandante, los cuales básicamente se circunscriben a que el juez no podía valorar nuevas ofertas y que, de acuerdo a las probanzas, la única propuesta que cumplía los requisitos era la de ella, por lo que debe revocarse la sentencia de primera instancia. Para efectos de un mejor estudio, se resumen los argumentos de la siguiente manera: **(i)** no podía la juez valorar nuevamente las ofertas, desconociendo la evaluación efectuada por la administración en la que ella resultaba vencedora; **(ii)** los testimonios y evaluaciones jurídica, técnica, financiera y económica son prueba de la mejor oferta; **(iii)** la oferta de la demandada estaba viciada por los precios artificialmente bajos, por lo que era forzoso concluir que, si carecía de requisitos la oferta de Luis Restrepo Peláez, la que quedaría en primer lugar sería la de Osorio Flórez; **(iv)** indicó que el requerimiento del scanner multimarcas de marca exclusiva iba direccionado para un oferente en concreto, cuando dicha necesidad pudo haber sido satisfecha con un scanner multimarcas **(v)** En cuanto al argumento de no haberse probado el riesgo de ejecución del contrato, señala que, las partes se cuidaron de no explicar en la facturación del contrato cuales fueron las tareas que se cumplieron en desarrollo del mismo, y nada se dice de los repuestos que fueron requeridos para tales fines; y **(vi)** la juez acudió a los aspectos técnicos ponderables del pliego de condiciones como argumento para concluir que la oferta de ellos no era la mejor, sin tener en cuenta que se trataban de beneficios exclusivos para la entidad contratante.

La sala entrará a estudiar, los cargos formulados en un orden lógico, por ello empezará a analizar el punto número 3.

**(iii) la oferta de la demandada estaba viciada por los precios artificialmente bajos, por lo que era forzoso concluir que, si carecía de requisitos la oferta de Luis Restrepo Peláez, la que quedaría en primer lugar sería la de Osorio Flórez.**

Indicó que, la propuesta por ella presentada ya había sido declarada la vencedora en el proceso de selección, la cual fue desplazada por la reevaluación ilegal que se realizó a la presentada por la demandada, la cual encontró probada la juez, cuando indicó que estaba viciada por los precios artificialmente bajos, por lo que era forzoso concluir que, si carecía de requisitos la oferta de Luis Restrepo Peláez, la que quedaría en primer lugar

13-001-33-33-006-2015-00548-01

sería la de Osorio Flórez. En primer lugar, como quedó establecido en el marco normativo y jurisprudencial es posible la reevaluación de las ofertas cuando se presentan observaciones a las mismas, tal y como quedó acreditado en la sentencia de primera instancia, así las cosas, la reevaluación efectuada por la entidad contratante no fue ilegal.

Tal y como lo ha expuesto el H. Consejo de Estado, el deber de la Administración de comparar las ofertas consultando los precios del mercado, se exige debido a la responsabilidad futura de los contratistas cuando han fijado condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas, se encuentra cimentada su facultad para descalificar a los oferentes i). cuando las propuestas no cumplan los requisitos que permitan compararlas entre sí para obtener una selección objetiva, ii.) cuando los ofrecimientos efectuados contrastados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, lo cual puede acarrear para la Administración la inejecución del contrato o futuras reclamaciones del contratista, o iii) en eventos consagrados en el pliego de condiciones, siempre y cuando no sean contrarios a la ley.

En primer término, esta Corporación reitera lo manifestado en el fallo de primera instancia, en el sentido de que la Sociedad demandante no fue la seleccionada para la adjudicación. Adicionalmente, el hecho de que hubiese sido posible excluir del proceso de escogencia a la sociedad Luis Restrepo Peláez S.A.S., por lo aquí expresado y Mundo Chevrolet porque no fue habilitado, no obliga a la entidad contratante a adjudicar forzosamente a la única sociedad que quedaba habilitada en el proceso contractual como lo es la demandante.

El argumento de la parte demandante no es compartido por esta Sala, toda vez que, no confronta lo probado por el A-quo, en el sentido en que estableció que, el valor ofertado por la demandante fue de \$1.593.705.291 la cual superaba el presupuesto inicial del contrato el cual era \$514.993.306, indicando que en el pliego de condiciones se planteó que se mantendría como criterio de escogencia el de menor precio, advirtiéndose que era evidente que la oferta del actor, comparado con los ítems del pliego de condiciones, lo triplicaban, no representando un menor precio, agregó que, comparándola con la tercera oferente mundo Chevrolet, también los precios son superiores al presupuestado, por lo que ninguna de las tres entidades cumplía con dicho presupuesto; lo que podía generar una declaratoria de desierta del proceso contractual, porque ninguna de las ofertas habilitadas se ajustaba al pliego de condiciones, aunque pudiesen estar eventualmente





13-001-33-33-006-2015-00548-01

ajustados a las necesidades, pero estas no son las obligatorias, sino lo estipulado en el pliego de condiciones.

En ese sentido, tal y como lo estableció la juez de primera instancia, le correspondía a la parte demandante demostrar que el precio por ella ofertado era mejor o más ventajoso para la administración, limitándose en el escrito de apelación a manifestar que lo eran sin prueba de ello.

**(i) No podía la juez valorar nuevamente las ofertas, desconociendo la evaluación efectuada por la administración en la que ella resultaba vencedora.**

Conforme a la jurisprudencia en cita, tratándose del medio de control contractual, el Juez no puede desconocer una regla de determinación de puntaje o una postura del proponente, sin la prueba idónea de que ellas se configuraron en contravención de los principios legales o constitucionales. Sin embargo, cuando se alega la nulidad del contrato, el juez tiene la posibilidad de estudiar el proceso de contratación, por lo que para esta Sala no es de recibo el argumento del demandante, máxime si, quien demanda es la entidad que alega tener un mejor derecho, alegando como lo exige la jurisprudencia se realizó la adjudicación con violación en las normas legales o constitucionales que rigen la materia.

El H. Consejo de Estado, ha manifestado que cuando el demandante pretende obtener tanto la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, cumplir una doble carga procesal: de una parte, demostrar que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, acreditar que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva.

Añadió que, confundió la juez concepto de oferta vencedora con oferta única, trayendo al marco de la evaluación de la oferta parámetros que no fueron materia de actuación administrativa, violando el debido proceso, al evaluar nuevamente la oferta de la demandante, y desestimando las pruebas de que si tenían una mejor oferta. Respecto a este argumento, lo realizado por

13-001-33-33-006-2015-00548-01

la A-quo no fue una violación al debido proceso, debido a que, tal y como se estableció en párrafos anteriores, la pretensión de nulidad le permite el estudio del proceso de contratación materia de litigio, por lo que, al determinar que de la reevaluación de las ofertas, la de menor valor era la de LR Peláez, sin embargo como a juicio del actor esta debió rechazarse por ser artificialmente baja, la única que quedaba vigente era la de Osorio Flórez, por lo que no se podría hablar de una oferta vencedora sino única, toda vez que a su parecer, las demás no contaban con los presupuestos para ser elegidas.

En ese orden de ideas, tampoco encuentra respaldo alguna la afirmación del demandante, en cuanto a lo concluido por la A-quo, en el sentido de manifestar porque se equivocaba al traer a colación los conceptos de oferta única con oferta vencedora, máxime si le agregamos que, la entidad demandante no cumplió con la totalidad de los requerimientos realizados por la parte contratante en el pliego de condiciones, tal y como se dijo en párrafos anteriores, lo que consecuentemente conllevaría a que la administración declarara desierto el contrato, por no haber cumplido ninguna de las oferentes los requisitos para el mismo.

**(ii) los testimonios y evaluaciones jurídica, técnica, financiera y económica son prueba de la mejor oferta.**

Continuando con los argumentos del apelante de que esta demostrado que su propuesta era la mejor oferta, y la prueba de ello fue el testimonio rendido por el señor Orlando Royet del Gallego, testigo de la entidad demandada, en la cual afirma que la propuesta de la sociedad demandante respondía a estudio del precio del mercado, y no realizar criterios de evaluación de oferta única sino de oferta vencedora; reiterando que la violación al debido proceso consiste en la disminución a la demandante de unos puntos en los aspectos técnicos ponderables así como jurídicos, financieros y económicos.

Los testimonios rendidos por Manuel del Cristo Pérez Miranda y Carlos Vega Morales, que el apelante llama testigos técnicos, tal condición no les esta dada, como se mencionó en el fallo de primera instancia, lo que esta demostrado es que eran trabajadores de la sociedad demandante, agregándose además que, la prueba pericial para el estudio de los aspectos técnicos, jurídicos, financieros y económicos no fue tomada en cuenta por basarse en normas que habían sido expedidas con posterioridad al proceso de contratación, y por ello el solo testimonio del señor Royet del Gallego, no es prueba fehaciente de que la propuesta del actor era la mejor oferta, o en



13-001-33-33-006-2015-00548-01

su defecto, que se ajustaba al pliego de condiciones, así como a los requerimientos allí señalados, como se verá al estudiar estos criterios.

(iv) el requerimiento del scanner multimarcas de marca exclusiva iba direccionado para un oferente en concreto, cuando dicha necesidad pudo haber sido satisfecha con un scanner multimarcas.

Respecto a esta inconformidad, coincide la Sala con lo expuesto por la A-quo, en el sentido de determinar que, el pliego de condiciones en su numeral 3.4.2. estableció un ítem dentro de las condiciones adicionales a las especificaciones técnicas, la cual fue la siguiente:

ITEM	CRITERIOS
	<b>01 SCANNER MULTIMARCAS ACTUALIZADO A 2014</b>
	<i>Se asignará un máximo de 200 puntos a la propuesta que ofrezca sin costo alguno para la BN1. 01 SCANNER MULTIMARCAS con énfasis en vehículos chevrolet, con las siguientes especificaciones.</i>
1	<i>Equipo de diagnóstico automotriz FCAR Modelo F3-G (escáner automotriz tipo concesionario marcas del mundo) Cobertura diésel tipo pesados y vehículos gasolina y diésel 12v - 24v F3-G scanner de diagnóstico automotriz.</i>
	<i>El oferente que no ofrezca se le dará 0 puntos.</i>

Requerimiento que no fue objeto de observaciones por parte de la entidad demandante, por el contrario, ofreció un scanner multimarcas, pese a saber que, se estaba solicitando que fuera con énfasis en vehículos Chevrolet, es decir, desde el primer momento en que conoció el pliego de condiciones, supo de la existencia de la exigencia, y no se opuso a la misma, por lo que se llega a la misma conclusión que la juez de primera instancia, no cumplía la actora con la totalidad de requisitos para ello.

En ese orden de ideas, no se recibe la inconformidad indicada respecto a este cargo de nulidad, toda vez que, debió probar su afirmación, dirigida a que el scanner multimarcas ofertado cumplía la misma función que el requerido por la entidad contratante, lo que demuestra que la sociedad demandante, tampoco cumplió el factor técnico.

Finalmente, con relación a los dos últimos argumentos expuestos por el demandante en el recurso de alzada, como son: (i) riesgo de ejecución del contrato, en el que señaló que, las partes se cuidaron de no explicar en la facturación del contrato cuales fueron las tareas que se cumplieron en desarrollo del mismo, y nada se dice de los repuestos que fueron requeridos para tales fines; y (vi) que la juez acudió a los aspectos técnicos ponderables del pliego de condiciones como argumento para concluir que la oferta de ellos no era la mejor, sin tener en cuenta que se trataban de beneficios



13-001-33-33-006-2015-00548-01

exclusivos para la entidad contratante, no demostró ni puso de presente con argumentos de fondo, las razones de sus afirmaciones, constituyéndose en simples apreciaciones de su parte, correspondiéndole demostrar que efectivamente hubo una inejecución del contrato o incumplimiento del mismo, y por otra parte que, los beneficios del pliego de condiciones fueron creados exclusivamente para la parte demandada.

Corolario de lo anterior, la entidad demandante, acepta la ponderación de precios que realiza la juez de primera instancia y con base en ello, determina que la sociedad Luis Restrepo Peláez SAS, no debió adjudicársele el contrato a que hace referencia este proceso, por haber presentado una oferta artificialmente baja, pero cuando con esos mismos precios y de acuerdo a la propuesta presentada por la actora, se determina que la misma no cumplía con los requisitos técnicos exigidos en el pliego de condiciones, tales como el scanner multimarca, ni tampoco la condición de ser oferta de menor valor; entonces, no acepta que el juez realice un estudio del pliego de condiciones y la propuesta para poder determinar si la misma cumplía con los requisitos para ser adjudicada, adicionalmente, si era la mejor oferta. Su inconformidad radica en que le violan el debido proceso, no es cuestión de la vulneración de este derecho, sino de la falta de prueba del demandante de su mejor derecho, lo que impide que se le reconozca.

Así las cosas, no se probó en el sub-lite el cargo de nulidad en contra del acto de adjudicación objeto de la demanda, fundado en que la decisión impugnada recayó sobre una oferta que debió ser rechazada, razón por la cual la oferta de la demandante debió ser la escogida; es decir que no se desvirtuó la presunción de legalidad del contrato No. 131-2015, por medio de la cual se adjudicó el contrato a la sociedad LR Peláez y, por lo tanto, el recurso de apelación no contiene elementos de juicio que conduzcan a desvirtuar la decisión de primera instancia, la cual, en consecuencia, será confirmada.

#### **5.6. De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



Conforme con las normas citadas esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia – SOCIEDAD OSORIO FLÓREZ & CIA S.A.S.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI.- FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

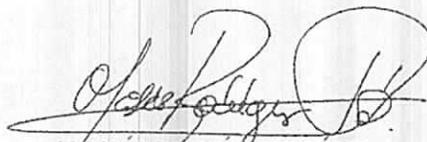
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS**, a la parte apelante OSORIO FLÓREZ & CIA S.A.S, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

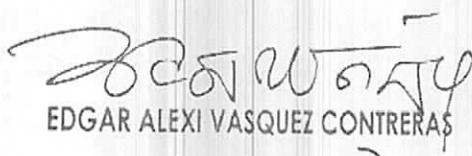
**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

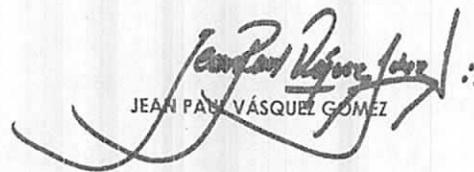
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 015 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

