



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, diecinueve (19) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No.021

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-23-33-001-2019-00012-00
Demandante	Fundación Arco
Demandado	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso adelantado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por la Fundación Arco contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

II. ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

El representante legal de la Fundación Arco, mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

- PRETENSIONES

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

PRIMERA. Que se declare que la propuesta de la Fundación Arco cumple con todos los requisitos habilitantes financieros, jurídicos, técnicos y de experiencia en los pliegos de condiciones de la Licitación No. 14 de 2018 que tiene por objeto la "ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN TERRITORIAL DE PERMANENCIA y PREVENCIÓN DE LA DESERCIÓN ESCOLAR PARA EL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA".

SEGUNDA. Que se declare que los demás proponentes Fundación Calidad Superior, Unión Temporal Insular, Unión Temporal Permanencia Colombia y Fundación Servicios y Obras Sociales de Colombia no cumplen con alguno de los requisitos habilitantes financieros, jurídicos, técnicos y de experiencia en los pliegos de condiciones de la Licitación No. 14 de 2018 que tiene por objeto la "ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN TERRITORIAL DE PERMANENCIA y PREVENCIÓN DE LA DESERCIÓN ESCOLAR PARA EL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA".

TERCERA. Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución N° 006935 del 28 de agosto de 2018 por medio de la cual, la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina-Secretaría de Educación declara desierta la Licitación N° 14 de 2018 que tiene por objeto la "ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN TERRITORIAL DE PERMANENCIA y PREVENCIÓN DE LA DESERCIÓN ESCOLAR PARA EL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA".

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

CUARTA. Que como restablecimiento del derecho ordenar (sic) al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por medio de la Secretaría de Educación que proceda a:

1. Revocar la Resolución N° 006935 del 28 de agosto de 2018 y en su lugar, profiera el respectivo acto administrativo de adjudicación de la Licitación No.14 de 2018 a la Fundación Arco que tiene por objeto la "ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN TERRITORIAL DE PERMANENCIA y PREVENCIÓN DE LA DESERCIÓN ESCOLAR PARA EL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA", al cumplir con todos los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

2. Suscribir entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- Secretaría de Educación y la Fundación Arco, el respectivo contrato para ejecutar el objeto de la Licitación No. 14 de 2018, en las mismas condiciones y alcance establecido en los pliegos y estudios previos de la Licitación No.14 de 2018 y con igual alcance y condiciones de la oferta presentada por la Fundación Arco el día diecisiete (17) de mayo de 2018, la cual reposa en la Secretaría de Educación, con un valor ofertado de seiscientos cincuenta y cinco millones cien mil pesos moneda corriente (\$655.100.000) ajustado legalmente y en las condiciones establecidas en los artículos 192 y 195 del CPACA.

3. En consecuencia, ordénese al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Secretaría de Educación haga las apropiaciones presupuestales correspondientes que incluyan este valor.

QUINTA. En subsidio de la CUARTA pretensión, se ordene al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Secretaría de Educación la reparación del daño emergente y el lucro cesante a la Fundación Arco, estimado en la suma de setenta millones de pesos moneda corriente (\$70'000.000) o la que se llegue a probar en el

proceso, ajustado legalmente y en las condiciones establecidas en los artículos 192 y 195 del CPACA y ordenándose a incluir este valor en el presupuesto y apropiaciones correspondientes.

SEXTA: Condenar en costas al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Secretaría de Educación.

SEPTIMA. Reconocer personería al apoderado de la Fundación Arco para actuar en el presente trámite conciliatorio, de conformidad con las condiciones y facultades otorgadas por el representante legal de la entidad convocante.”

- **HECHOS**

La parte demandante expuso los hechos de la demanda los cuales fueron presentados aludiendo a los diferentes momentos del proceso licitatorio, a saber: (i) hechos relacionados con la apertura de la licitación No. 14 de 2018; (ii) hechos relacionados con los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación No. 14 de 2018; (iii) hechos relacionados con la etapa de presentación de las propuestas y cierre de la licitación No. 14 de 2018; (iv) hechos relacionados con el informe de evaluación de las cinco (5) propuestas presentadas en el proceso de la licitación No. 14 de 2018 – requisitos habilitantes financieros-; (v) hechos relacionados con el informe de evaluación de las cinco (5) propuestas presentadas – requisitos habilitantes jurídicos; (vi) hechos relacionados con el informe de evaluación de las cinco (5) propuestas – requisitos habilitantes técnicos y de experiencia; (vii) hechos relacionados con el informe de evaluación publicado el 23 de mayo de 2018; (viii) hechos relativos a la etapa de observaciones al informe de evaluación del 23 de mayo de 2018; (ix) hechos relativos a la respuesta de la Secretaría de Educación del Departamento a las observaciones del informe de evaluación publicado el 23 de mayo de 2018; (x) hechos relativos a la audiencia de adjudicación iniciada el 08 de junio de 2018; (xi) hechos relativos a la

reevaluación técnica y continuación de audiencia de adjudicación iniciada el 08 de junio de 2018 y (xii) hechos relativos a la finalización de la audiencia de adjudicación y declaratoria de desierta de la licitación No. 14 de 2018.

Los hechos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

1. Inicia manifestando que mediante Resolución No. 003711 del dos (2) de mayo de 2018, la Secretaría de Educación de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ordenó la apertura del proceso licitación No. 014 de 2018, para contratar la ejecución de un proyecto que tenía como objeto: *“Elaboración e implementación del plan territorial de permanencia y prevención de la deserción escolar para el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”* cuyo plazo de ejecución del contrato era de cuatro (4) meses y presupuesto asignado por setecientos millones de pesos (\$700.000.000).
2. El día 17 de mayo de 2018 de acuerdo con el cronograma de la licitación No. 014 de 2018, se surtió la etapa de presentación de propuestas y cierre de la licitación, etapa en la cual se presentaron cinco (5) propuestas, incluida la de la Fundación Arco.
3. Posteriormente, el día 23 de mayo se publicó el informe de evaluación consolidado en donde el comité de evaluación revisó el cumplimiento de los requisitos habilitantes señalando las siguientes conclusiones:
 - Requisito habilitante financiero: consideró que el proponente Unión Temporal Insular no cumple y queda NO HABILITADO toda vez que el capital de trabajo es menor al exigido en el pliego de condiciones.

SIGCMA

- Requisito habilitante capacidad organizacional: Indica que los proponentes Fundación Servicios y Obras Sociales de Colombia y la Unión Temporal Permanencia Colombia NO CUMPLE, debido a que no cumplen con el margen de rentabilidad exigido en el pliego de condiciones.
 - Requisitos habilitante jurídicos: consideró que los cinco (5) proponentes cumplían con los mismos, por tal razón se encontraban habilitados.
 - Requisito habilitante técnico y de experiencia:
 - (i) Experiencia general: señala que de los cinco proponentes solo cuatro cumplieron con la experiencia general reportada en el registro único de proponentes y cumple. El proponente Unión Temporal Insular NO CUMPLE.
 - (ii) Experiencia habilitante del equipo de trabajo para el desarrollo de seminarios y talleres: los cinco proponentes cumplen.
 - (iii) Experiencia habilitante de equipo de trabajo para aplicación de la encuesta: no cumple el proponente Unión Temporal Insular.
 - (iv) Experiencia habilitante específica: manifestaron que cuatro de los cinco proponentes fueron descartados por no haber cumplido alguno de los requisitos, y en caso particular de la Fundación Arco, se inhabilitó la misma, por no cumplir con la experiencia específica, pues, según el evaluador dos de los 4 contratos que se allegaron como experiencia, su objeto no era similar al objeto de la Licitación.
4. En este orden, los proponentes Unión Temporal Insular, Unión Temporal Permanencia Colombia, Fundación Servicios y Obras Sociales por Colombia y Función Arco se encuentra descartadas por no cumplir alguno de los requisitos habilitantes, quedando solo el proponente Fundación Calidad Superior como proponente que cumple con todos los requisitos habilitantes.

5. La Fundación Arco presentó observaciones respecto a la calificación y evaluación que la secretaría de Educación hizo de la propuesta técnica y económica presentada por Fundación Calidad Superior, dirigida al incumplimiento de los requisitos para acreditar la experiencia específica toda vez que el proponente no aportó las certificaciones en las condiciones establecidas en el pliego, es decir, el objeto de los contratos no tiene relación con el objeto de la licitación No. 14 de 2018.
6. Igualmente presentó observaciones respecto a la evaluación de su experiencia específica dejando en claro que Fundación Arco cumplía todas las condiciones establecidas por el ente territorial, toda vez que el objeto de los contratos es similar o relacionado con la deserción escolar solicitado en el pliego de la licitación No. 14 de 2018.
7. El día 7 de junio a través de la pagina web, la entidad dio respuesta a las observaciones presentadas por la Fundación Arco, en donde acepta las observaciones planteadas, por lo que la Secretaria de Educación modifica la evaluación final en el sentido de aceptar la experiencia específica acreditada por la demandante permitiendo así seguir con la fase de calificación y asignación de puntaje. Respecto a lo manifestado sobre la fundación Calidad Superior, la entidad aceptó parcialmente la observación y se le solicitó a dicho proponente aclarar la certificaciones correspondientes a la experiencia específica presentada en su propuesta.
8. Posteriormente la Secretaria de Educación al calificar la experiencia específica de la fundación Arco, manifestó no aceptar la petición por cuanto la norma del pliego establece que el oferente puede presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias y por tal razón la entidad debe tener en cuenta los tres primeros y que estos sumados dan como

resultado \$609.949.150, cuyo valor no es igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial.

9. El 8 de junio de 2018 el comité de contratación del ente territorial dio inicio a la audiencia de adjudicación, la cual fue suspendida con el fin de realizar una nueva evaluación de las propuestas presentadas por los proponentes.

10. El 8 de agosto de 2018, la Secretaria de Educación publicó en la página web el informe de reevaluación técnica solicitado por el comité de contratación. En esta nueva evaluación se concluyó que ningún proponente es hábil, es decir, que no cumplen con los requisitos.

11. Sostiene que el 15 de agosto de ese mismo año, se reanudó la audiencia de adjudicación en donde le garantizaron el derecho de defensa a los proponentes para presentar las observaciones al informe de evaluación del 8 de agosto, razón por la cual se suspendió dicha audiencia. Ese mismo día, la Fundación Arco radicó sus observaciones respecto a la interpretación del ente territorial del requisito establecido en el pliego de condiciones relacionado con "*presentar mínimo tres certificaciones o constancias*".

12. La audiencia de adjudicación fue reanudada el día 24 de agosto de 2018, en que el gobernador del departamento Archipiélago tomó la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio bajo el argumento nuevo de que ninguno de los proponentes cumplía con la experiencia solicitada, acogiendo de esta manera la recomendación del Comité de Contratación.

13. El 24 de agosto del mismo año, en la página web, aparentemente se dio repuesta a las observaciones de la Fundación Arco que fueron

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

presentadas el 15 de agosto. No obstante, no se hizo pronunciamiento sobre la interpretación del número mínimo de certificaciones que se debían aportar. Lo que sí ocurrió fue que se cambió la reevaluación del comité que había sido publicada el 08 de agosto de 2018, en el sentido ahora de afirmar que ninguna de las cuatro certificaciones allegadas por la Fundación Arco es similar al objeto de la licitación.

14. Por último, el 29 de agosto de 2018, la Secretaria de Educación en la página web, publicó la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, en donde se declaró desierta la Licitación No. 14 de 2018.

- **NORMAS VIOLADAS**

La parte demandante señala que con la expedición del acto administrativo acusado se infringieron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículo 209

Ley 80 de 1993: Artículos No. 8, 23, 24 y 25

Pliego de condiciones

- **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El concepto de violación se desarrolla mediante la sustentación de varios cargos, conforme se presentan a continuación:

Facultades y límites de interpretación de la administración a los pliegos de condiciones.

El apoderado de la demandante inicia indicando que las facultades de interpretación de los pliegos de condiciones no son absolutas e ilimitadas,

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

manifestando de igual manera el carácter vinculante del pliego de condiciones citando para el efecto jurisprudencia del Consejo de Estado¹.

La administración no cuenta con la facultad discrecional e ilimitada para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista.

Señala que la Ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de economía, prevé que la declaratoria de desierto únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se adoptará mediante acto administrativo en el que se señalará de forma expresa y detallada las razones que condujeron a esa decisión². Agrega que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista³ y sobre ese punto indica que el Consejo de Estado precisó que “(...) *la administración no queda habilitada por vía general para declarar desierto cuando las razones que invoca están por fuera de la ley y por lo mismo “ cuando alguna de las causales de declaratoria de desierto no está configurada, la administración debe proceder a la adjudicación del contrato.⁴ Igualmente, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego surge la obligación de adjudicarla al mejor proponente, de conformidad con los criterios previamente establecidos para su evaluación. De modo que la declaratoria de desierto no puede provenir de la negligencia o de la conducta omisiva de la entidad y mucho menos puede revestírsele al incumplimiento de sus mínimos deberes un manto de legalidad. (...)*”

¹ Consejo de Estado Sección Tercera –sentencia de fecha 19 de mayo de 2014 Rdo: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219) . MP. Jaime Orlando Santofimio G.

² Exposición de motivos al proyecto de Ley No. 149 senado 1992 del 23 de septiembre de 1992, pag 18, se entiende que para el legislador era claro que la medida excepcional de declaratoria de desierto únicamente procedería por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, de tal manera que, si la administración se ve en el caso

³ Sentencia del Consejo de Estado – Sección tercera de fecha 27 de abril de 2011 – Mp. Ruth Stella Correa Palacio expediente (18293)

⁴ Sentencia del Consejo de estado – Sección tercera de 25 de noviembre de 2004 – exp 25.560 C.p. German Rodríguez Villamizar

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

La fundación Arco cumple con todos los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones de la Licitación No. 14 de 2018

Manifiesta que respecto a los requisitos habilitantes jurídicos, la entidad demandante cumplió con todos los requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones, tal y como lo demostró el comité de evaluación jurídica, el cual fue publicado el 23 de mayo de 2018, en donde se evidencia que la Fundación Arco cumplió y fue habilitada respecto a ese requisito. Respecto al habilitante financiero, expuso que tal y como se demuestra en el acta de evaluación económica de fecha 18 de mayo de 2018, la fundación fue calificada respecto a este requisito como que cumplió y por lo tanto fue habilitada. En cuanto a los habilitantes técnicos y de experiencia, precisó que se encuentra demostrado en el proceso que la Fundación Arco fue calificada como *cumple* y por ende fue habilitada respecto a este punto.

En lo relativo a la experiencia específica, sostiene que la Fundación Arco presentó cuatro (4) contratos de acuerdo a lo solicitado por el pliego de condiciones, pues el mismo decía que el mínimo de certificaciones o contratos eran tres. Explica que los días 7 de junio y 8 de agosto de 2018, calificaron los cuatros contratos y establecieron que los mismos cumplían con el objeto, es decir, que eran similares al objeto de la licitación No. 14 de 2018. No obstante lo anterior, en el último informe el comité evaluador manifestó que ninguna de las propuestas cumplía con las condiciones requeridas dentro del pliego respecto de la experiencia y, en consecuencia, mediante Resolución No. 6935 de 2018, declaró desierta la licitación.

llegalidad de la Resolución No. 6935 del 28 de agosto de 2018 que declaró desierta la Licitación No. 14 de 2018.

La parte actora sostiene que la Resolución No. 6935 del 28 de agosto de

2018, se limitó en sus consideraciones a afirmar - de forma subjetiva - que ninguna de las propuestas cumplía con las condiciones requeridas, ello sin justificar o argumentar las razones objetivas, legales y técnicas para tal afirmación. Considera que es obligación de la entidad motivar de manera expresa y detallada las razones que han conducido a la declaratoria de desierta de la licitación, obligación legal que no fue cumplida por parte del ente territorial, pues como se puede apreciar en la resolución objeto de análisis no hay ningún detalle o explicación de las razones del porque los cinco (5) proponentes no cumplieron los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Por otra parte, señala que la entidad territorial desconoció el principio de transparencia, pues de conformidad con el numeral 8º de la Ley 80 de 1993, las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. A su juicio, este incumplimiento viola el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho de información y los principios legales de la contratación establecidos en la Ley 80 de 1993. En este sentido, considera que la decisión tomada por el ente territorial configura claramente una desviación de poder, pues la declaratoria de desierta se aparta del fin señalado en la Ley 80 de 1993, pues la entidad no puede invocar en su decisión una afirmación general y abstracta como motivo para adoptar esa decisión extrema. Asegura que en ese evento, el funcionario público hizo uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual le fueron conferidos. A ese respecto, recordó que de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, este proceder abusivo atenta contra las bases mismas de la institucionalidad⁵, pues con la simple afirmación de que no cumple con los requisitos de experiencia, es claro que se encuentra configurada la desviación de poder.

⁵ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – 8 de junio de 2006 – Rado: 76001-23-31-000-1996-02716-01 C. P. María Elena Giraldo.

En cuanto a la acreditación de la experiencia específica, indica el actor que el numeral 2.6.6 del pliego de condiciones señala que el oferente debe acreditar o presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias de contratos con objeto similar y que sumados estos, el monto resultante sea igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial. En relación con este punto, manifiesta que la interpretación que le dio el comité a esta norma del pliego, es que la entidad debe tener en cuenta los primeros tres contratos, convirtiendo - a su parecer -, lo que era mínimo en máximo, pues limitó las certificaciones de los contratos a tres y dejó por fuera el certificado número 4 y al sumar tan solo los tres primeros certificados el monto no llegó al 100% del valor del presupuesto oficial.

Indica que es claro que, según lo plasmado en el pliego de condiciones, respecto de la experiencia específica no existía límite máximo para presentar las certificaciones. Por el contrario, existía límite mínimo para dichas acreditaciones, pues si la Secretaría de Educación quería establecer un límite superior, la administración debió haber plasmado en el pliego de condiciones que el máximo era tres, pero no lo hizo, estableciendo únicamente el mínimo que era de tres certificaciones. Agrega que no es comprensible ni legal ni jurídicamente la interpretación que posteriormente hizo el comité evaluador para efectos de la evaluación de la experiencia específica, pues por un lado acepta que hay un límite inferior de tres, para descalificar a la Fundación Calidad Superior, para luego interpretar, de forma unilateral, que hay un límite superior para efectos de sumar el valor de los contratos, para descalificar la propuesta de la Fundación Arco.

Por último, manifiesta que la entidad demandante presentó observaciones bajo la radicación No. 24664 del 15 de agosto de 2018, en la cual plantearon su inconformidad respecto al requisito de allegar mínimo tres de las certificaciones o contratos para la experiencia laboral no fue contestada. Y en el documento de respuesta a las observaciones al informe de reevaluación

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

publicado el 29 de agosto de 2018, la administración no hizo manifestación alguna sobre los argumentos que presentó la fundación Arco, sobre la extraña interpretación de la disposición del pliego y responde algo que no se había solicitado. Ello por cuanto afirma sin ninguna explicación o sustentación jurídica o técnica, que ninguna de las cuatro certificaciones presenta un objeto similar a la licitación No. 14 de 2018, cambiando de manera arbitraria e injustificada las evaluaciones que había realizado el comité evaluador y reevaluador en los informes publicados el 7 de junio y 8 de agosto de 2018. De esta manera, reitera, se vulnera de manera flagrante el debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica.

En conclusión, manifiesta el apoderado del actor que al no existir una causa objetiva que impidiera la selección objetiva de la Licitación No. 14 de 2018, la resolución No. 6935 del 28 de agosto es ilegal, por lo que al acto debe ser anulado.

- CONTESTACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La entidad demandada dio contestación a la demanda manifestando en primer lugar su oposición a todas y cada de las pretensiones formuladas por la parte actora. En cuanto a los hechos, los admitió como ciertos excepto el vigésimo sexto respecto del cual manifestó no constarle.

Como argumentos de defensa expuso que la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, por medio de la cual se declaró desierto el proceso de licitación No. 14 de 2018, fue proferida por cuanto ninguno de los proponentes cumplió cabalmente los diferentes requisitos solicitados en los pliegos de condiciones. Específicamente la Fundación Arco no logró acreditar el requisito de experiencia específica, ya que lo contratos que aportó no lograron alcanzar los estándares

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

solicitados para verificar dicho requisito, sin corresponder esto a una interpretación errónea de lo publicado en el pliego de condiciones, si no a la validación de los estándares necesarios para el cumplimiento del proyecto propuesto en los pliegos.

Afirma que el acto administrativo está lejos de configurarse como ilegal, ya que tiene su fundamento en un proceso transparente y ajustado a la ley de contratación, situación que quedó probada con el hecho de no haber sido adjudicado el contrato a ninguno de los proponentes, por no cumplir con los requisitos establecidos. Sostiene que la resolución que aquí se demanda cumple con todos los requisitos legales para su expedición, pues está debidamente motivado, a tal punto que no era posible la adjudicación por falta del lleno de los requisitos legales, pues de haberlo hecho hubiese incurrido en una conducta reprochable por el derecho penal, como lo es la celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales.

Por otra parte, propone la excepción de Buena Fe, señalando que el ente territorial obró bajo este principio, pues no es posible reconocer una prestación y afectar el gasto público, si las mismas carecen de fundamento legal para su reconocimiento.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue recibida ante la Oficina de Coordinación Judicial el día 21 de marzo de 2019 y admitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante providencia del día 8 de abril de 2019, ordenando su trámite oral y por audiencias⁶.

⁶ Folios 56 al 58 del cuaderno principal.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

La entidad demandada dio contestación a la demanda dentro del término legal, la audiencia inicial fue realizada el día ocho (8) de noviembre de 2019⁷ y la audiencia de pruebas se llevó a cabo el día 31 de enero de 2020.⁸

- ALEGATOS DE CONCLUSION

En la oportunidad procesal correspondiente, el apoderado de la demandante presentó escrito mediante el cual reitera esencialmente los mismos argumentos expuestos en la demanda. Por su parte, la entidad territorial demandada guardó silencio.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro de la oportunidad procesal.

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA, CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN.

En lo que atañe a los presupuestos procesales de competencia, caducidad y procedibilidad de la acción, estos fueron resueltos en la audiencia inicial llevada a cabo el día ocho (8) de noviembre de 2019, por lo que la Sala se remite a las consideraciones expuestas en aquella oportunidad.

- PROBLEMA JURÍDICO

⁷ Folios 148 a 115 del cuaderno principal.

⁸ Folios 164 a 167 del cuaderno principal.

SIGCMA

En esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, por medio de la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró desierto el proceso licitatorio No 014 de 2018, se encuentra viciado de nulidad de conformidad con los cargos propuestos en la demanda.

Para determinar lo anterior, la Sala debe establecer si la entidad sin ánimo de lucro demandante en este proceso, cumplió los requisitos legales establecidos en el pliego de condiciones de tal licitación y si la administración hizo o no una correcta evaluación sobre el cumplimiento de los requisitos por parte de los proponentes, en general, y de manera particular respecto de la Fundación Arco. Ello implica el estudio detenido de la motivación expuesta por la entidad demandada en el acto demandado.

- TESIS

La Sala sostendrá la tesis que es procedente la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018 por medio de la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró desierto el proceso licitatorio No. 14 de 2018. Lo anterior en razón de haberse acreditado que la parte Fundación Arco cumplió con los requisitos señalados en el pliego de condiciones, habiendo sido la única que acreditó lo exigido para la adjudicación y en consecuencia, resulta procedente el restablecimiento del derecho.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 18, estableció una causal de declaratoria de desierta en aquellos casos en que resulta imposible efectuar la escogencia de manera objetiva, al tiempo que determinó de manera imperativa que en el correspondiente acto administrativo deben consignarse, de forma expresa y detallada, las razones que hubieren conducido a la respectiva declaratoria de desierta, así:

“Artículo 25.- DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

“18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso⁹ únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

Y en relación con la necesidad de que el acto administrativo de declaratoria de desierta se motive de manera expresa, precisa y detallada, el numeral 7 del artículo 24 del mismo Estatuto de Contratación Estatal también dispuso:

“Artículo 24.- DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

(...)

“7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, **se motivarán en forma detallada y precisa** e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y **la declaratoria de desierto del proceso de escogencia**”. (Se ha destacado).

De esta manera, al ocuparse de regular la declaratoria de desierta de los procedimientos de selección contractual, la Ley 80 de 1993 precisó **i)** que el acto administrativo que contenga la declaración de desierta de una licitación

⁹ La expresión “concurso” fue derogada posteriormente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y **ii)** que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva.

Sobre el concepto de declaratoria de desierta, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) la declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración”¹⁰

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad. Así mismo,

se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2010, exp. 20.811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

Contratación Estatal¹¹ y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹², ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar¹³.

¹¹ “Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección”. Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

¹² Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos**, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)” (Destaca la Sala)

¹³ Ley 1474 de 2011, **Artículo 88. FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR**. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta 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, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

“a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

“b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

“**PARÁGRAFO**. Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

Página 20 de 69

En este sentido, todo lo que de manera concreta se regule, se consigne y se exija en el correspondiente pliego de condiciones acerca de la evaluación de las propuestas, resulta especialmente importante y exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, porque sólo así será posible cerrarle el paso a toda decisión arbitraria o caprichosa e incluso a toda clase de consideraciones discriminatorias o de favorecimiento por parte de las respectivas autoridades administrativas.

Pues bien, a propósito del principio constitucional (artículo 209 C.P.) y a la vez derecho fundamental (artículo 13 C.P.) a la igualdad, cuyos alcances resultan necesariamente asociados con los principios constitucionales de moralidad, de imparcialidad y de publicidad, de cuya efectiva observancia pende en gran medida la realización concreta de los principios de transparencia y de selección objetiva, cabe mencionar que son muchas y muy variadas las manifestaciones y actuaciones específicas en las cuales debe reflejarse, así: **i)** En la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** En la fijación de plazos suficientes y razonables que faciliten y permitan la libre concurrencia de los interesados; **iii)** En la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** En el deber que asume la entidad estatal contratante de evaluar todas las propuestas; **v)** En la obligación de la entidad estatal contratante de aplicar de manera rigurosa y estricta los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y

“El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.

libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras; y **vii)** En la imposibilidad, para la entidad estatal contratante, de variar los criterios establecidos para la evaluación de las ofertas y la ponderación de tales criterios¹⁴.

Como complemento fundamental de esa actuación que debe cumplirse de manera objetiva e imparcial, en las oportunidades que a título ilustrativo se dejan reseñadas, es claro que también la entidad estatal contratante se encuentra en el deber de observar a cabalidad el ya referido principio de publicidad, para cuyo propósito debe dar a conocer de manera completa y oportuna, entre otros, los informes comparativos de las evaluaciones de las ofertas recibidas, así como debe también atender y dar respuesta motivada a las observaciones que se formulen en relación con tales evaluaciones comparativas.

En este punto resulta de especial importancia para el análisis del caso concreto retomar las consideraciones que el H. Consejo de Estado ha efectuado sobre la naturaleza y el contenido del pliego de condiciones.

Los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

El principio de selección objetiva del contratista además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración Pública cumplir con el cometido de adjudicar el contrato a la oferta que realmente –según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de planeación– le resulte más favorable. En este sentido, el pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366.

SIGCMA

ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen las ‘reglas de juego’ que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa.

En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección que en ellos se consignan, así como la construcción de los mismos de acuerdo con las necesidades de la contratación en el marco del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“(...) los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

Los primeros [requisitos de participación], permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos [criterios de evaluación o calificación de las ofertas], posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad.

La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en

cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993¹⁵, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable.

En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

De ahí que la Sala considere que, si bien la Administración goza de autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que ella está enmarcada en los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación, deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar

¹⁵ El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

requeridas por ella. La objetividad que reclama la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, solo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias al fin del contrato¹⁶ ¹⁷.

Según lo expuesto, tanto los criterios de selección como la ponderación precisa y detallada de cada uno de ellos se deben establecer y definir para cada procedimiento administrativo de selección contractual en función de una adecuada etapa de planeación¹⁸ que efectúe la entidad a partir de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y una ponderación de los mismos que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación.

La naturaleza jurídica de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones.

El Consejo de Estado puntualizó, que del pliego de condiciones es posible predicar una doble naturaleza jurídica según el momento en el cual se analice el despliegue de sus efectos, pues si bien en la etapa precontractual y hasta producirse la adjudicación del contrato ha de catalogarse como un acto administrativo general –que no como un reglamento, habida consideración de que el pliego carece de vocación de permanencia indefinida en el tiempo y su vigencia se extiende sólo hasta tanto se profiere el acto de adjudicación y/o hasta finiquitarse todo lo atinente a la ejecución y liquidación del contrato–. Una vez celebrado el contrato, buena parte de las previsiones contenidas en

¹⁶ Artículos 3; 24 numeral 5, apartes a) y b); 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993.”

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2006, expediente 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ En relación con los alcances, la importancia y los efectos del Principio de Planeación en materia de contratación estatal se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: agosto 31 de 2006, exp. 14287; agosto 29 de 2007, exp. 15469; agosto 29 de 2007, exp. 15324; febrero 25 de 2009, exp. 16103.

ese primigenio acto administrativo tienen la virtualidad de convertirse en estipulaciones o cláusulas contractuales, por manera que se produciría una suerte de “mutación” en su naturaleza, la cual, por tanto, sería mixta: en determinados aspectos y hasta cierto momento acto administrativo general; en otros extremos y a partir de la celebración del contrato, parte del clausulado del mismo¹⁹. En este sentido, razonó el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“En primer lugar, porque el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo —en tanto no se agota con su aplicación— y se expide en ejercicio de la función administrativa.

Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.

(...)

En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general —naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección—, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.

Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación —apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación—, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto “acto administrativo”.

¹⁹ Sentencia del Consejo de Estado exp. 24059 del M.P. Mauricio Fajardo Gómez

En cambio, las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretenden adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo —teniendo efectos, en adelante, sólo entre la administración y el contratista. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante, lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego; de allí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que “el pliego de condiciones es la ley del contrato”, pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación.

Las anteriores ideas reflejan que si bien el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación administración-contratista²⁰.

Así mismo ha explicado el Consejo de Estado²¹ que la configuración del pliego de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo la subsección A del Consejo de Estado²², partiendo de diferenciar entre las denominadas definiciones “materiales” o “positivas” de dicha figura y las catalogadas como “formales” o “negativas” de la misma, en cuanto las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley —lo cual evidentemente ocurre

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

²² En relación con la aludida concepción pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones—, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando *“elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”*²³.

²³ **“Artículo 29. Del deber de selección objetiva.** La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación”.

Algo similar ocurre tratándose de las previsiones introducidas por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo numeral 2 fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1474:

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

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta 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, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

“a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

Para las segundas, por su parte —las definiciones catalogadas como “formales” o “negativas”— el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida —esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión—, sino la *forma* en la cual se configura —la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad—, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas parcialmente por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que —supuestamente, según estas posturas— todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*²⁴.

“b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad”.

²⁴ Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por Martín Bullinger, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la Administración frente a los demás poderes públicos —legislativo y judicial—, por manera que la facultad discrecional comporta un «*margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada*». Cfr. BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en La Ley, 1.831, 30 de octubre de 1987, Madrid, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura —claramente mayoritaria en dicho país— que concibe la discrecionalidad como un “margen de libertad de decisión” —Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, Manual de Derecho Administrativo, 15ª edición, Trivium, Madrid, 1993, p. 317— conferido a la Administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por Luciano Parejo Alfonso, quien considera que la discrecionalidad «consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad», dentro del cual «pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable». Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de René Chapus. Cfr. CHAPUS, R., Droit administratif général, Tomo I, 15ª edición, Montchrestien, París, 2001, p. 1056. También Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que «el ejercicio de una potestad discrecional permite (...) una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (...). La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 455-456 y

No obstante, el Consejo de Estado ha justificado por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general —prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior—, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado Social y Democrático de Derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una ‘patente de corso’ para la arbitrariedad. Las concepciones *formales* o *negativas* de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que convierten esta figura en “*el caballo de Troya en el Estado de Derecho*”²⁵.

Lo hasta ahora expuesto permitió al Consejo de Estado ilustrar la manera en la cual ha de operar la Administración al momento de configurar los pliegos de condiciones —o los documentos equivalentes a los mismos— dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual:

“(...) en primer lugar, las normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los parámetros a los cuales ha de ceñirse la elaboración de los referidos actos administrativos —los cuales luego se incorporarán, en lo pertinente, al clausulado contractual, según se

460-461. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis. y VILLAR EZCURRA, José Luis, Principios de Derecho Administrativo, II, cit., p. 26, afirman que «potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la Administración Pública». Por similares derroteros marcha el concepto que propone María José Alonso Más, para quien «podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...), de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas». Cfr. ALONSO MÁS, María José, La solución justa en las resoluciones administrativas, Tirant lo blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1998, p. 223.

²⁵ En la expresión de Hans Huber, traída a cuenta por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 457.

explicó—, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la Administración la responsabilidad de fijar las reglas y los criterios que orientarán cada proceso de selección en particular; en segundo término, la Administración ejercerá esa facultad estableciendo los mencionados reglas y criterios —objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada— los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato; cual resulta evidente, esa actividad de la Administración es materialmente normativa.

Y, en tercer término, aquello que debe hacer la Administración es subsumir —procedimiento de aplicación reglada del Derecho— en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos —en los pliegos de condiciones— por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo.”²⁶

Los límites que debe respetar la Administración al configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

Ahora bien, al ocuparse de los límites que no pueden ser transgredidos por las entidades estatales contratantes al confeccionar pliegos de condiciones, el H Consejo de Estado se refirió a dos elementos:

i) Los elementos reglados, siempre existentes en toda decisión de la Administración que participe de la naturaleza de acto administrativo —y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó, es mixta—:

*“En relación con los **elementos reglados** siempre presentes en el acto administrativo —cuya naturaleza posteriormente muta, para convertirse, en lo pertinente, en cláusula contractual— contenido de los pliegos de condiciones o de su equivalente, siguiendo los planteamientos de Vedel son, como mínimo, tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa —los pliegos, entre ellas— está reglada: el primero, la competencia del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los motivos, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre «material y jurídicamente exactos», aún cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos y, el tercero, el fin perseguido, el cual debe ser siempre de interés público.”²⁷*

ii) **Los principios generales del Derecho y en particular de los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa**, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993²⁸, circunstancia ésta que conduce a que

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”, como lo ha sostenido el Consejo de Estado:

“El control por los principios generales del Derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al Derecho, incluyendo dentro de éste, como no podía ser de otra manera, la «(...) condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica» en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales”²⁹.

De lo dicho anteriormente, se puede concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones —pues el ordenamiento, en esta materia apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas—, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración Pública para establecer los factores de escogencia entre los ofecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios

²⁸ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “**Artículo 23.** De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 13074.

SIGCMA

elegidos en sede administrativa por los que él llegare a considerar más apropiados o más convenientes para el interés general³⁰, a no ser que aquellos que establezca la Administración incurran en *error manifiesto de apreciación*, noción ésta en relación con la cual el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“Debería la Corporación, en consecuencia, entrar a revisar si, con base en el material probatorio de que se ha hecho acopio tanto durante la actuación administrativa, como en el proceso judicial, incurrió la administración en el que ha dado en denominarse como “error manifiesto de apreciación” que, de acuerdo con lo sostenido por Miguel Sánchez Morón, debe dar lugar a un control judicial que no puede convertirse en una «fiscalización técnica, política o de oportunidad», de modo que únicamente procederá «allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable», es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra, pues «de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo».

También el juez de lo contencioso administrativo francés ha recurrido, para fiscalizar el poder discrecional de la administración, a la noción de «erreur manifeste d’appréciation», de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión; o, como diría Vedel, «se comprueba desde un punto de vista muy práctico: es manifiesto un error que salta a la vista sin necesidad de ser un experto muy sagaz».

³⁰ Se estaría, en estos casos, en el terreno del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos o en el de lo que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”, asunto del cual se ocupó la Sala en reciente pronunciamiento en el cual fijó algunos parámetros relacionados con los alcances de la fiscalización judicial de este tipo de decisiones. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

Para este último autor el concepto de error manifiesto es una adquisición relativamente reciente de la jurisprudencia administrativa, siendo la primera sentencia que lo utilizó el arrêt Denizet, del 13 de noviembre de 1953, consolidándose a partir de entonces como uno de los elementos integrantes del aludido control mínimo. Vedel, en línea con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo en esta providencia, explica de la siguiente manera la función que en la justicia contencioso administrativa desempeña la noción de error manifiesto: normalmente los motivos de Derecho, la materialidad de los hechos y su calificación jurídica, que son el fundamento de todo acto sometido al examen del juez del exceso de poder, están plenamente sometidos al control de éste. En cambio, la «apreciación de los hechos», especialmente cuando tiene un carácter técnico, «está cubierta por el poder discrecional de apreciación de la Administración». Sin embargo, reconocer a dicha discrecionalidad una extensión ilimitada conduciría, a abusos indudables —«tratándose, por ejemplo, de la apreciación de los inconvenientes estéticos de una construcción, se concibe que el abandono total de todo control jurisdiccional sería dar paso a la arbitrariedad»—. Pero, por otra parte, «integrar pura y simplemente la apreciación de los hechos en el control jurisdiccional vendría a hacer del juez el superior jerárquico de los administradores y transformarle, además, en un experto técnico con las calificaciones más variadas».

De suerte que, ante estas dos posturas que considera excesivas, refiere cómo el Consejo de Estado ha optado «por el camino de en medio» —que Vedel juzga prudente— de exigir que el error de apreciación tenga carácter manifiesto para que sea tenido en cuenta como tal por el juez, aunque, claro está, «el carácter manifiesto del error es materia de apreciación, pero esto es inevitable»³¹.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Incidencia de los principios en la configuración de los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Buena parte de las exigencias a que se ha venido refiriendo el H. Consejo de Estado, se encuentran consagradas efectivamente en la Ley 80 de la forma en que a continuación se expone:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir “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”, de acuerdo con la terminología empleada por la letra b) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993. Sobre el contenido de esta preceptiva legal, la Sección Tercera explicó:

*“En ese orden de ideas, las reglas que de manera **previa** a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación —toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato— han de ser reglas **justas**, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas **objetivas** en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de*

conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes —principio de objetividad—.

*Deben ser, así mismo, reglas **claras**, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas **completas**, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita “al estado del arte o de la ciencia” en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado.”³² (Negrilla fuera del texto original)*

En segundo lugar, los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección, así como su correspondiente ponderación precisa, clara y detallada, para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia así lo determinan –artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474–. Tales criterios de escogencia y su respectiva ponderación deben ser proporcionados, objetivos y razonables, comoquiera que sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes, a la vez que contribuirán a que los ofrecimientos que se presenten correspondan a las condiciones y características que la entidad requiere para que el objeto contractual resulte cabalmente cumplido y responda a las necesidades

³²Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

identificadas por la contratante, esto es a los requerimientos derivados del propósito de servir a los intereses generales.

Al respecto, el Consejo de Estado expuso algunos casos ilustrativos:

“Así, por ejemplo, no resultarán proporcionados, objetivos, razonables y respetuosos de la igualdad e imparcialidad que han de gobernar el proceso de selección, previsiones en los pliegos que incluyan requisitos o factores de selección que, de antemano, puede saberse que sólo serán asequibles para un único eventual proponente; que respondan a consideraciones de orden político, racial o religioso —o cualquier otro constitucionalmente proscrito como sustento de tratamientos diferenciales para estos eventos—; que formulen exigencias técnicas, financieras, logísticas, entre otras, propias del contratista de una concesión de gran envergadura, verbigracia para la ejecución de una obra menor; que conduzcan a que la escogencia se efectúe con base en criterios irrelevantes —como lo proscriben los principios de razonabilidad y objetividad— de cara al cumplimiento del deber de selección objetiva; que defieran la elección del contratista a la interpretación subjetiva de la autoridad administrativa con competencia para decidir en cada caso y no al estricto acatamiento de las reglas fijadas en los pliegos mismos o que resulten tan vagos y etéreos que permitan el indebido direccionamiento del proceso de selección.”³³

En tercer y último término, existen diversas prohibiciones que no pueden ser desconocidas por la entidad contratante al configurar el pliego de condiciones, no sólo por cuanto actualmente se encuentran consagradas, de forma expresa, en el artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993—, sino en consideración a que, de admitirse la inclusión, en los pliegos de condiciones, de previsiones que marchasen en contravía de las aludidas restricciones, sin duda se estaría

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

avalando la consagración de reglas o de criterios manifiestamente arbitrarios, desproporcionados o irrazonables.

Se trata, entonces, de las prohibiciones consistentes en **(i)** introducir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; **(ii)** prever exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministren las entidades; **(iii)** consignar reglas que induzcan en error a los proponentes y contratistas —especialmente cuando aquellas establezcan efectos o consecuencias contradictorios—; **(iv)** consagrar reglas que permitan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y/o **(v)** fijar reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante³⁴.

En esta misma línea se encuentran también aquellos otros eventos en los cuales las propias normas legales prohíben de manera expresa a las entidades estatales exigir determinados requisitos a los potenciales oferentes, a través de los correspondientes pliegos de condiciones, tal como ocurre, por ejemplo, con la disposición consignada en el inciso 2º del apartado 6.1³⁵ del artículo 6 de la Ley 1150, norma en la cual después de puntualizar que la certificación acerca de la calificación y clasificación de los inscritos en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio constituirá plena prueba de las circunstancias que en tal certificación se hagan constar y después de precisar que *“... la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5º de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones”*, concluye de manera categórica que *“en consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro”*³⁶.

³⁴ artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993

³⁵ Norma legal que a pesar de la modificación que a su texto introdujo el artículo 221 del Decreto-ley 19 de 2012, en el punto que aquí interesa destacar se mantuvo inalterada.

En cuanto a las **'causales de exclusión' o de rechazo de las ofertas**, en el marco de sus procedimientos administrativos de selección contractual, sobre el particular se debe tener presente que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se ocupó de regular, de manera expresa, clara y completa, cuáles podrían ser los únicos títulos válidos para el rechazo o exclusión de las ofertas, de conformidad con el inciso 2º del numeral 15 de su artículo 25, cuyo tenor **era** el siguiente:

“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”.

Así pues, en un primer momento, la ley se encargó de precisar, de manera clara y categórica, que únicamente *la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que **sí fueran necesarios** para la comparación de propuestas, **servirían de título suficiente para el rechazo** de los ofrecimientos hechos.*

Acerca del alcance de la disposición legal en mención, El Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe

³⁶ El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150, norma a la cual hace expresa referencia el aludido inciso 2º del apartado 6.1 del artículo 6 de esa misma Ley, para efectos de prohibir a las entidades estatales la exigencia de documentos que deban utilizarse para efectuar la inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP–, es del siguiente tenor:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”. (Se deja subrayado).

tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987³⁷, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: “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”; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores.”³⁸

Posteriormente, aunque la Ley 1150 derogó de manera expresa –a través de su artículo 32– el transcrito inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, en la medida en que ese mismo mandato fue reproducido en el párrafo primero del artículo 5º de la aludida Ley 1150, el Estatuto de Contratación Estatal mantuvo pues las directrices y la filosofía inicial, en el sentido de regular de manera restringida la posibilidad de que las entidades estatales puedan rechazar o excluir válidamente las ofertas recibidas, de conformidad con las siguientes previsiones:

³⁷ Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 16.540.

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

Es claro que, el rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones.

Así pues, el rechazo de una propuesta o su exclusión, cuando a ello hay lugar con fundamento en las previsiones normativas expresas, impide incluso su calificación, asignación de puntaje o inserción en el orden de elegibilidad.

En cualquier caso debe tenerse presente que la esbozada decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, sólo podrá adoptarse de manera válida –en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso– después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse –sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto– con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos

fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta³⁹.

Así podrá entonces el oferente afectado disponer de la oportunidad efectiva – como la que constituye el traslado de los 5 días a que hace referencia el artículo 30-8 de la Ley 80– para pronunciarse acerca de las circunstancias por las cuales habría lugar a su rechazo o exclusión y, por tanto, podrá aportar argumentos y elementos de juicio que permitan a la entidad estatal contratante escuchar al interesado y examinar con detalle la situación, para posteriormente adoptar la decisión final que corresponda.

De esta manera, aunque en ese traslado se haga referencia tanto a las razones y circunstancias que darían lugar al rechazo o a la exclusión de la propuesta, como también incluiría su calificación y/o evaluación comparativas –evaluación que resulta deseable y hasta necesario dar a conocer, de cara tanto al Debido Proceso de los demás proponentes, como a la eventualidad, que siempre debe contemplarse, de que al estudiar los argumentos del afectado finalmente se pueda tomar la decisión de no rechazarla o no excluirla– ello no impide que si la decisión consiste en rechazar o excluir esa oferta, la respectiva adjudicación y/o declaratoria de desierta se adopte dejando de lado por completo –como en efecto deberían dejarse de lado en esta hipótesis–, las calificaciones o las asignaciones de puntaje de las ofertas rechazadas o excluidas.

No sobra mencionar que si la decisión definitiva con la cual se ponga fin al procedimiento administrativo de selección contractual resulta ser la de declaratoria de desierta, la misma bien podría adoptarse de manera concomitante o simultánea (por ejemplo en una misma resolución), con la decisión de exclusión o de rechazo de las ofertas correspondientes, si a ello hubiere lugar, pues al cabo ambas decisiones –tanto la del rechazo de la oferta, como la de declaratoria de desierta– serán susceptibles del recurso de reposición en sede administrativa⁴⁰.

³⁹ Sentencia del Consejo de Estado del M.P. Mauricio Fajardo en su expediente 24059

⁴⁰ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 14 de marzo de 2013 M.P. Mauricio Fajardo G. .-

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

CASO CONCRETO

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala advierte como relevantes las siguientes pruebas:

- Se encuentra probado dentro del proceso que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la Secretaría de Educación Departamental abrió proceso licitatorio No. 014 de 2018, mediante la Resolución No. 003711 de fecha 2 de mayo de 2018 ⁴¹

- Copia del pliego de condiciones de la licitación No. 014 de 2018⁴².

- Acta de Comité Económico No. 022 de 2018 – evaluación convocatoria, en donde presenta los resultados basados en los pliegos de condiciones.⁴³

- Memorando de fecha 22 de mayo de 2018, mediante el cual se presenta la evaluación jurídica de las propuestas recibidas, determinando que el resultado de todos los proponentes fue el de *habilitado*.⁴⁴

- Reevaluación Técnica y de experiencia de fecha 22 de mayo de 2018, en donde manifiestan que la fundación Arco cumple con las certificaciones, pero en la parte final indica que **no cumple**. Para ello se fundamenta en las siguientes argumentaciones:

⁴¹ Folio 129 y a 131 del cuaderno de antecedentes administrativo No. 2

⁴² Folio 38 y siguientes del cuaderno de antecedentes administrativo No. 2.

⁴³ Folios 133 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

⁴⁴ (Folios 134 y 137 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

“(…) **FUNDACION ARCO**: se evalúa como no cumple teniendo en cuenta el numeral 2.6.3 DOCUMENTACIÓN TECNICA OBJETO DE VERIFICACION – 2.6.3.3 EXPERIENCIA EXPECÍFICA que a continuación transcribo taxativamente así: (…) FUNDACION ARCO: se evalúa como **NO CUMPLE** teniendo en cuenta el numera **2.6.3 DOCUMENTACIÓN TÉCNICA OBJETO DE VERIFICACIÓN 2.6.3.3 EXPERIENCIA ESPECÍFICA** que a continuación transcribo taxativamente:

(…) para acreditar la experiencia específica e idoneidad, el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados, en alguno de los códigos indicados en UNSPS anteriormente mencionados, cuyo objeto comprenda y acredite cumplimiento del proponente en contratos con objetos similares y que sumados sean iguales o superiores al 100% del valor del presupuesto oficial, con entidades públicas o privadas durante los cinco (5) últimos años.

En virtud lo que la entidad exige en el pliego definitivo es que el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados, esto quiere decir que la entidad debe tener en cuenta los primero tres contratos, los cuales para nuestra reevaluación en igualdad de condiciones se toman los siguientes:

(Ilegible) (..)

Los cuales sumados dan como resultado \$609.949.150, cuyo valor no es igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial (\$700.000.000.oo)

*Por lo anterior expuesto (sic) el comité técnico lo reevaluó como **NO CUMPLE** ya que la experiencia aportada no sobrepasa el 100% del presupuesto oficial solicitado dentro de la experiencia específica del pliego definitivo, es de entenderse que las tres primeras certificaciones cumplen con el objeto similar al requerido en esa convocatoria.”⁴⁵*

-Informe de evaluación técnica y de experiencia del 22 de mayo de 2018, en el cual se registra que la **Fundación Arco presentó **cuatro (4) certificaciones, pero que dos de las certificaciones no cumplen, por no guardar relación con el objeto del proceso.****⁴⁶

⁴⁵ Folio 138 a 142 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2.

⁴⁶ Folio 143 a 146 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

- Informe de **Calificación y Ponderación Numérica**, en donde el único proponente que fue calificado fue la **Fundación Calidad Superior**, obteniendo 1000 puntos.⁴⁷
- Solicitud de fecha 31 de mayo de 2018, mediante el cual la Fundación Arco presentó observaciones al informe de evaluación publicado el 23 de mayo de 2018⁴⁸
- Contestación a las observaciones presentadas por la Fundación Arco, documento en el cual el ente territorial, en resumidas cuentas, manifestó lo siguiente:

“Acogiendo la jurisprudencia antes mencionada y sus observaciones consideramos necesario ajustar los plazos del cronograma con el único propósito de darles respuesta y solicitar las aclaraciones correspondientes con el fin de garantizar la pluralidad de oferentes, la selección objetiva del contratista y la igualdad entre los mismos.

Por ende, es necesario llevar a un feliz término el proceso de licitación pública de que nos ocupa, razón por la cual se procede a garantizar los principios de buena fe, economía, moralidad, imparcialidad, transparencia, publicidad y responsabilidad consagrados en los artículos 13,83 y 209 de la Constitución Política, y 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, así como el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007” ⁴⁹

- Reevaluación técnica y de experiencia de fecha 11 de julio de 2018 en la cual se puede observar que al evaluar a la Fundación Arco en los ítems de cada certificación al final de cada contrato relacionado se consigna la palabra “cumple” y en el total se registra “no cumple”. Por su parte, en la sustentación de la reevaluación se manifiesta lo siguiente:

⁴⁷ Folio 147 a 148 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

⁴⁸ Folio 156 a 188 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

⁴⁹ Folios 189 a 218 del cuaderno de antecedentes administrativo No. 2.

(...) para acreditar la experiencia específica e idoneidad, **el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados**, en alguno de los códigos indicados en UNSPS anteriormente mencionados, cuyo objeto comprenda y acredite cumplimiento del proponente en contratos con objetos similares y que sumados sean iguales o superiores al 100% del valor del presupuesto oficial, con entidades públicas o privadas durante los cinco (5) últimos años.

En virtud lo que la entidad exige en el pliego definitivo es que **el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados**, esto quiere decir que la entidad debe tener en cuenta los primeros tres contratos, los cuales para nuestra reevaluación en igualdad de condiciones se toman los siguientes:

(Ilegible) (..)

Los cuales sumados dan como resultado \$609.949.150, cuyo valor no es **igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial (\$700.000.000.00)**

Por lo anterior expuesto (sic) el comité técnico lo reevaluó como **NO CUMPLE** ya que la experiencia aportada no sobrepasa el 100% del presupuesto oficial solicitado dentro de la experiencia específica del pliego definitivo, es de entenderse que las tres primeras certificaciones cumplen con el objeto similar al requerido en esa convocatoria.”⁵⁰

- El ente territorial dio respuesta a las observaciones a la reevaluación técnica y de experiencia del proceso de licitación 014 de 2018 (del radicado entrante 24664 del 15/08/2018) a la Fundación Arco en los siguientes términos:

“Después de revisada la observación presentada y la oferta para el cumplimiento del requisito de experiencia se evidencia que de las cuatro (4) certificaciones aportadas en la oferta, no pueden tenerse en cuenta ya que no presentan un objeto similar al establecido en el presente proceso es decir la ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN TERRITORIAL DE

⁵⁰ Folio 219 a 232 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

PERMANENCIA Y PREVENCIÓN DE LA DESERCIÓN ESCOLAR, por lo que se mantiene como no cumplida la experiencia y es no tenida en cuenta en la etapa de ponderación de las ofertas.⁵¹

- Por último, se tiene copia de la Resolución No. 006935 de fecha 29 de agosto de 2018, por medio de la cual se declara desierto el proceso de licitación No. 014 de 2018.⁵²

Del análisis de las pruebas allegadas al expediente, concluye la Sala que, dentro del proceso de licitación No. 014 de 2018, cinco (5) proponentes presentaron ofertas para realizar el objeto del contrato que consistía en “*la Elaboración e Implementación del Plan Territorial de Permanencia y Prevención de la Deserción Escolar para el Departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina*”, sobre el cual recayó la declaratoria de desierto que se examina en el presente caso.

Conforme al acta de comité económico del 22 de mayo de 2018, respecto a las propuestas presentadas se señaló lo siguiente.

Nota 1. La propuesta presentada por FUNDACIÓN SERVICIOS Y OBRAS SOCIALES DE COLOMBIA **NO Cumple** con los requisitos exigidos en el pliego, toda vez que la rentabilidad de patrimonio y rentabilidad del activo son menores a lo exigido en el pliego según criterio e indicadores establecidos por la Unidad Ejecutora.

Nota 2. La propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL INSULAR **NO Cumple** con los requisitos exigidos en el pliego, toda vez que el capital de trabajo es menor al exigido en el, según los criterios e indicadores establecidos por la unidad Ejecutora.

Nota 3. La propuesta presentada por UNIÓN TEMPORAL PERMANENCIA COLOMBIA **NO Cumple** con los requisitos exigidos en el pliego, toda vez que la rentabilidad de patrimonio y rentabilidad de activo son menores a lo

⁵¹ Ver folio 240 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2.

⁵² Folio 250 a 251 del cuaderno No. 2 de antecedentes administrativo.

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

exigido en el pliego según los criterios e indicadores establecidos por la unidad Ejecutora. Se hace traslado de los resultados al Comité de Contratación y Unidad Ejecutora para lo pertinente.

En cuanto a la evaluación jurídica de las propuestas realizada por la entidad, las mismas fueron calificadas como *Habilitadas*.⁵³.

Conforme al informe de evaluación técnica y de experiencia se concluyó que dos de los cinco proponentes no cumplían con este requisito, entre los cuales se encontraba la Fundación Arco. En el mencionado informe se manifestó lo siguiente:

“A folios 97 al 112 aparecen cuatro certificaciones de experiencia realizada y contratos ejecutados. De los cuales dos (2) no cumplen con el objeto y la sumatoria de los contratos restantes habilitados es =695.4 SMMLV

Nota: Independiente de lo anterior, es de entender que se estableció como mínimo tres contratos que sumen igual o superior al valor del proceso y se presentaron cuatro (4).

Igualmente constata la Sala que en la sustentación de la reevaluación técnica realizada por la entidad de fecha 11 de julio de 2018 se consignó:

(...) **FUNDACION ARCO**: se evalúa como **NO CUMPLE** teniendo en cuenta el numera **2.6.3 DOCUMENTACION TECNICA OBJETO DE VERIFICACION 2.6.3.3 EXPERIENCIA ESPECÍFICA** que a continuación transcribo taxativamente:

*(...) para acreditar la experiencia específica e idoneidad, **el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados**, en alguno de los códigos indicados en UNSPS anteriormente mencionados, cuyo objeto comprenda y acredite cumplimiento del proponente en contratos con objetos similares y que sumados sean iguales o superiores al 100% del*

⁵³ Folios 134 a 137 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

valor del presupuesto oficial, con entidades públicas o privadas durante los cinco (5) últimos años.

*En virtud que lo que la entidad exige en el pliego definitivo es que **el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones o constancias expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados**, esto quiere decir que la entidad debe tener en cuenta los primero tres contratos, los cuales para nuestra reevaluación en igualdad de condiciones se toman los siguientes:*

(cuadro ilegible ver folio 142 y 264) (..)

*Los cuales sumados dan como resultado **\$609.949.150**, cuyo valor no es **igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial (\$700.000.000.00)***

*Por lo anterior expuesto (sic) el comité técnico lo reevaluó como **NO CUMPLE** ya que la experiencia aportada no sobrepasa el 100% del presupuesto oficial solicitado dentro de la experiencia específica del pliego definitivo, **es de entenderse que las tres primeras certificaciones cumplen con el objeto similar al requerido en esa convocatoria** (Respecto a este último párrafo las subrayas y negrillas fuera del texto original)*

Frente a este punto, es decir, el número de certificaciones que se requieren para la acreditación de la experiencia, considera la Sala que, el comité evaluador violó el derecho al debido proceso y el principio de transparencia que debe imperar en dicho trámite administrativo, por lo que se pasa a explicar.

Cuando la administración determinó que **solo** tomaría en cuenta tres certificaciones de las cuatro allegadas por el oferente en su propuesta para evaluar la experiencia del proponente, en consideración de la Sala realiza una interpretación que es restrictiva, arbitraria y desproporcionada. En este punto es necesario tener en consideración que el pliego en su numeral 2.6:3.3 estableció que el oferente debe presentar **mínimo** tres certificaciones o constancias. Esto significa que en virtud de dicha estipulación el proponente puede presentar un número de certificaciones que no puede ser inferior a tres

SIGCMA

(3) sin que se hubiera establecido un máximo de certificaciones que pudieran ser aportadas. Para la Sala es evidente que se pretende dar a una disposición del pliego que no adolece de ambigüedad alguna, una interpretación que se aleja severamente del principio de transparencia en la selección del contratista. En efecto, se reitera, la estipulación del pliego aludida – número de certificaciones para acreditar la experiencia - no generaba duda alguna, puesto que había claridad que para acreditar el requisito de la experiencia se debía allegar como mínimo tres certificaciones sin que se estableciera tope máximo. Lo anterior permite concluir que de ninguna manera puede admitirse que en sede de evaluación de las propuestas, se modifique una disposición del pliego so pretexto de realizar una interpretación que no se compadece con los principios que rigen las actuaciones administrativas. Para la Sala se trató de una actuación arbitraria por parte de la administración y violatoria del derecho al debido proceso y libre concurrencia a los procesos licitatorios.

Es menester recordar que en la modalidad de selección de contratista denominada licitación pública la entidad pretende que concurren al proceso varios oferentes, que todos tengan las mismas garantías y de las diferentes propuestas presentadas se escoja la mejor, esto es aquella que satisfaga la necesidad de la entidad. Esto implica que una vez definidas las reglas de participación tanto la entidad como los oferentes deben respetarlas.

En consideración de esta Corporación, la entidad demandada pasó por alto que el procedimiento de selección del contratista es reglado, que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos que deben ser acatados por los oferentes y la misma entidad. La posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta. Lo anterior, de

conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias.⁵⁴

En este orden, si se aceptara la posibilidad de realizar una interpretación de la cláusula No. 2.6.3.3 que dispone que para acreditar la experiencia específica e idoneidad, el oferente debe presentar mínimo tres (3) certificaciones, la única interpretación admisible jurídicamente es que el proponente está limitado en el mínimo pero no en el máximo de certificaciones que puede presentar. Menos aún podría interpretarse que presentadas las certificaciones en número superior al mínimo exigido, la administración podía limitarse a revisar únicamente tres certificaciones pasando por alto que de acuerdo con el pliego los proponentes debían acreditar un mínimo de certificaciones sin que existiera limitación alguna en el número de certificaciones a aportar, siempre y cuando superaran el mínimo de tres.

En este orden de ideas, debe indicarse que los proponentes debían acreditar con un **mínimo de tres certificaciones** expedidas por el contratante o por quien la ley hubiere facultado que acrediten contratos debidamente ejecutados y liquidados, en alguno de los códigos indicados en UNSPS anteriormente mencionados cuyo objeto comprenda y acredite cumplimiento del proponente en contratos con objetos similares y que sumados sean iguales o superiores al 100% del valor del presupuesto oficial, con entidades públicas o privadas durante los cinco (5) últimos años. La presentación de cuatro certificaciones por cualquiera de los proponentes imponía el análisis a cargo de la entidad para determinar si cumplían o no con la experiencia específica exigida. Pero de ninguna manera podían ampararse en una interpretación completamente

⁵⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

SIGCMA

errada para excluir el estudio de una certificación, cuya valoración hubiera permitido arribar a un resultado diametralmente opuesto a la declaratoria de desierta de la licitación.

Es pertinente tener en consideración los elementos fundamentales del proceso licitatorio: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y **la sujeción estricta al pliego de condiciones**. La sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio. Este principio desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes.

El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato. Son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, el H. Consejo de Estado ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga **de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el**

artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista⁵⁵.

Lo anterior demuestra que el ente territorial no tuvo en cuenta la ardua argumentación que presentó la Fundación Arco y tan solo se limitó a transcribir la misma argumentación escueta y alejada del ordenamiento jurídico, para justificar la negativa en la valoración de las cuatro (4) certificaciones allegadas por el proponente. Ante tal falencia de la administración, el demandante presentó nuevamente observación a la evaluación realizada por la entidad, que en esta oportunidad, de manera caprichosa y arbitraria, cambió radicalmente los motivos presentados para descalificar al proponente. En esta oportunidad sostuvo que las cuatro (4) certificaciones de la parte actora no podían tenerse en cuenta ya que no presentaban un objeto similar al establecido en la licitación. De esta manera, la entidad territorial demandada cambió de manera abrupta la tesis que venía manejando, contradiciéndose en sus argumentaciones, comprometiendo la motivación del acto administrativo por medio del cual se tomaba una decisión tan drástica y, además, se evidenció que los puntos planteados en las observaciones presentadas por la Fundación Arco nunca fueron respondidos.

De conformidad con la fundamentación precedente, la Sala considera que demostró que el acto administrativo incurrió en vicios invalidantes, como es el desconocimiento de la norma superior en que debía fundarse y la falsa motivación de la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, por medio de la cual se declaró desierto el proceso de licitación 014 de 2018. Así pues, se declarará la nulidad del acto demandado.

Del restablecimiento del derecho

⁵⁵ Sentencia del Consejo de Estado 12344 del 3 de mayo de 1999

SIGCMA

Como se ha sostenido en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, “ (...) cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se pretende, además, el restablecimiento del derecho, porque el oferente considera que su propuesta debió ser la escogida, deben acreditarse dos condiciones: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo – aspecto satisfecho por la parte demandante del caso sub iudice-; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor. (...) para acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección –aunque es presupuesto indispensable-; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación.”⁵⁶

Conforme con lo anterior, la Sala debe ocuparse de determinar si la oferta presentada por la Fundación Arco cumplía todas las exigencias del proceso de selección y que ocupaba el primer lugar, en razón de lo cual, pueda concluirse que de no haber mediado la declaratoria de desierta, el contrato le hubiera sido adjudicado.

En ese sentido debe recordarse que fueron presentadas en total cinco (5) propuestas. En el estudio del Comité Económico⁵⁷ se determinó: (i) que la propuesta de la Fundación Servicios y Obras Sociales de Colombia no cumple con los requisitos del pliego, toda vez que la rentabilidad de patrimonio y rentabilidad del activo, no corresponde a lo exigido en el pliego. (ii) Sobre la propuesta presentada por Unión Temporal Insular, se determinó que no cumple con los requisitos exigidos en el pliego toda vez que el capital de trabajo es menor al exigido en el pliego, según los criterios e indicadores establecidos por

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-1995-10866-01 (26332)

⁵⁷ Ver folio 133 del cuaderno antecedentes administrativos No. 2.

SIGCMA

la unidad ejecutora. (iii) En cuanto a la propuesta presentada por la Unión Temporal Permanencia Colombia se indicó que no cumple los requisitos exigidos en el pliego, toda vez que la rentabilidad del patrimonio y la rentabilidad del activo son menores a lo exigido en el pliego según los criterios e indicadores establecidos por la unidad ejecutora.

Una vez fue puesto en conocimiento de los oferentes el informe de evaluación la Fundación Arco presentó observaciones, así: (i) respecto de la propuesta de la Fundación Calidad Superior, señalando esencialmente que no cumplía los requisitos para acreditar la experiencia específica, indicando que las certificaciones presentadas por esa entidad venían suscritas por el propio representante de la fundación Calidad Superior y no por el representante de la entidad contratante. Esta situación impedía valorar la experiencia que se pretendía acreditar ya que las certificaciones no habían sido expedidas por personas competentes, sino que se trataba de autocertificaciones. De igual manera señaló que se presentaron certificaciones que no tenían relación alguna con el objeto del contrato a suscribir, por lo que no debían ser valoradas. (ii) La Fundación Arco también hizo observaciones sobre evaluación efectuada a su propia propuesta. En este punto señaló que los objetos de los dos de los contratos presentados para acreditar su experiencia sí tenían un objeto similar o relacionado con el objeto del contrato que se estaba licitando a través de la licitación No. 014 de 2018.

En este punto, corresponde entonces, revisar lo relacionado con la experiencia de los proponentes que fueron habilitados, esto es, la Fundación Calidad Superior y la Fundación Arco. Ello por cuanto estas fueron las dos propuestas que habiendo superado los requisitos jurídicos, financieros y técnicos, fueron finalmente descalificadas ya que en consideración de la administración departamental, los certificados allegados no acreditaban que el objeto de los contratos ejecutados guardara relación o similitud con el objeto de la licitación pública No. 014 de 2018 cuyo objeto era *“la Elaboración e Implementación del*

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

Plan Territorial de Permanencia y Prevención de la Deserción Escolar para el Departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina". Para ello, la Sala se vale del siguiente cuadro comparativo:

FUNDACIÓN CALIDAD SUPERIOR	FUNDACIÓN ARCO
<p>1. Aunar esfuerzo para <u>fomentar la cultura del emprendimiento</u> en 10 municipios no certificados del valle (Caicedonia, Florida, Dagua, Guacarí, Roldanillo, Toro, Versalles, Zarzal, el Dovio y Yotoco) mediante entorno virtuales –vivenciales capacitando a 10 docentes, 10 Directivos Docentes de las Instituciones educativas y 1000 estudiante de los grados 9-10 y 11 y la SED socializadora la experiencia en los 24 municipios restantes.</p>	<p>1. Aunar esfuerzos técnicos administrativo financiero operativo y de gestión para la implementación programa <u>de convivencia escolar, formación para los derechos humanos la educación para la sexualidad y prevención, mitigación de la violencia escolar.</u> Valor en SMLMV: 186.5</p>
<p>2.<u>Mejoramiento sostenible para la producción y comercialización de bordados y calados en Cartago y norte del Valle del Cauca.</u></p>	<p>2.<u>Fortalecimiento a la convivencia ciudadana prevención del delito, cultura cívica y la legalidad en las instituciones educativas</u> del municipio de Arauquita – Valor en SMLMV: 155.1</p>
<p>3.Convenio de cooperación de esfuerzos entre la fundación Calidad Superior y el municipio de Dagua, Valle del Cauca <u>para realizar capacitaciones y acompañamiento organizado de las juntas de acción comunal</u></p>	<p>3.<u>Fortalecer los programas de mediación y reconciliación de los municipios</u> de Cravo Norte, Puerto Rondón, Fortul y Tame. Valor SMLMV= 310.3</p>
	<p>4.Desarrollo de una estrategia integral <u>para la reducción de la vulnerabilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes del departamento</u> Valor en SMLMV= 508.9</p>

SIGCMA

Una vez realizada la comparación entre la Fundación Calidad Superior y la Fundación Arco, es evidente que la única que cumplía con el requisito era la Fundación Arco, pues desarrolló objetos similares al objeto del proceso de licitación No. 014 de 2018. Es evidente que en el caso de la Fundación Calidad Superior las certificaciones presentadas para acreditar la experiencia específica, no resultaron pertinentes para cumplir tal cometido en tanto que los objetos de los contratos desarrollados no guardaban similitud respecto a lo pretendido y requerido por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Calina. Es el caso del certificado presentado en el cual se hace constar que el objeto desarrollado es el mejoramiento sostenible para la producción y comercialización de bordados y calados en Cartago y el norte del Valle del Cauca. De la ejecución de aquel contrato no se encuentra relación o similitud con el contrato que en esta oportunidad pretendía ejecutar el Departamento Archipiélago consistente en la “elaboración e implementación del plan territorial de permanencia y prevención de la deserción escolar para el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.” En esa medida se constata que la experiencia específica no fue debidamente acreditada por la Fundación Calidad Superior que junto a la Fundación Arco fueron las dos únicas habilitadas y cuyas propuestas debían ser evaluadas para decidir a cuál de ellas adjudicar el contrato. Por su parte, a juicio de esta Sala, la Fundación Arco sí acreditó con suficiencia la experiencia exigida para efectos de que le fuera adjudicado el contrato.

La Fundación Arco acreditó haber ejecutado cuatro contratos en los últimos cinco (5) años que guardaban similitud con el contrato que pretendía ejecutar el departamento Archipiélago, como se puede observar en el cuadro comparativo precedente. A juicio de la Sala el certificado correspondiente al contrato No. 232 de 2015 si guarda similitud con el pretendido objeto contractual de la Licitación No. 014 de 2018, ya que su objeto consistió en el fortalecimiento a la convivencia ciudadana, prevención del delito, cultura cívica y la legalidad en las instituciones educativas del municipio de Arauquita. En cuanto al objeto del

SIGCMA

contrato No. 333 de 2015, el oferente Fundación Arco acreditó que para el cumplimiento del mencionado contrato se llevaron a cabo, entre otras, las siguientes actividades: (i) talleres de arreglo directo, herramienta válida para la solución del conflicto, (ii) taller estrategias para estimular actitudes entre los miembros de la comunidad educativa, (iii) taller de la mediación y reconciliación como mecanismo y estrategias de mitigación de todas aquellas situaciones y conductas generadoras de violencia escolar.

Como respuesta a las observaciones presentadas⁵⁸, la entidad territorial tomó en cuenta y aceptó parcialmente la mayoría de las observaciones presentadas. Sin embargo, respecto a la documentación técnica sobre la experiencia específica la entidad se mantuvo en la tesis de solo verificar el contenido de tres certificaciones o constancias, y en el caso de la Fundación Arco solo valoró los tres primeros, concluyendo que no acreditaba un valor igual o superior al 100% del valor del presupuesto oficial. Así quedó registrado en la reevaluación efectuada, postura de la cual se aparta la Sala como se explicó ampliamente. Finalmente, ante las observaciones presentadas nuevamente respecto a los resultados de la reevaluación técnica y de experiencia, tanto por la Fundación Arco como por la Fundación Calidad Superior, la entidad se mantuvo en que no acreditaron la experiencia exigida. En este punto, la Sala debe precisar que se considera que la Fundación Calidad Superior no demostró la experiencia, para lo cual la Sala se remite a los argumentos citados precedentemente.

En cuanto a la Fundación Arco, la entidad territorial manifestó que "(...) se evidencia que de las cuatro (4) certificaciones aportadas en la oferta, no pueden tenerse en cuenta ya que no presentan un Objeto similar al establecido en el presente proceso (...)". Observa la Sala que para llegar a esa conclusión no se hizo distinción alguna entre los diferentes certificados sino que se limitó a presentarlo de manera general y sin ninguna especificación ni motivación suficiente. Contrario a lo considerado por la entidad demandada, a juicio de la

⁵⁸ Ver folios 189 a 218 del cuaderno antecedentes administrativos No. 2

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

Sala el proponente acreditaba la experiencia necesaria para que le fuera adjudicado el contrato.

Así las cosas, comoquiera que la omisión de la parte demandada llevó a que el procedimiento administrativo de licitación No. 014 de 2018 resultara frustrado y que con dicha abstención se le causó un daño antijurídico al demandante, dado que se probó en el proceso que su propuesta, en el evento en el cual se hubiere continuado con dicho procedimiento, habría obtenido el mayor puntaje, resulta pertinente ordenar el restablecimiento del derecho.

La indemnización de perjuicios materiales solicitados por la demandante

Para analizar este punto, considera la Sala pertinente recordar que como elemento esencial para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado, según los mandatos del artículo 90 de la Constitución Política, se requiere de la exigencia del daño antijurídico en el patrimonio de un particular⁵⁹, por lo cual se impone determinar de manera precisa en qué consistió el daño causado al contratista.

Al respecto, es claro que el daño causado a la Fundación Arco demandante consiste en haberlo privado del derecho que tenía a ser adjudicatario y a celebrar el contrato y a ejecutarlo en su totalidad, perjuicio que se concretó en no haber percibido la utilidad que esperaba obtener como resultado de la ejecución del contrato que hubiera celebrado⁶⁰.

La indemnización a que está obligada la administración debe responder a las pruebas que permitan cuantificar, de manera precisa, el monto del perjuicio cuya reparación se demanda, lo cual impone señalar que la entidad contratante está obligada a reconocer el ciento por ciento (100%) de la ganancia o utilidad que la Fundación Arco consorcio demandante tenía derecho a obtener por razón de la celebración y ejecución del contrato.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163.

⁶⁰ Lucro Cesante

Así lo ha expresado la Jurisprudencia del Consejo de Estado desde tiempo atrás⁶¹

“Definido como está en el sujeto al que se priva ilegal e injustamente del derecho a ser adjudicatario del contrato se le causa un perjuicio material que se traduce en la pérdida de utilidad esperada con la ejecución del contrato, y precisado también que esa utilidad esperada es lucro cesante por tratarse de un perjuicio futuro cierto, la Sala comparte lo dicho por el Tribunal para que el cálculo del valor de la indemnización incorpore, en este caso, el ciento por ciento (100%) de esa utilidad y no el cincuenta por ciento (50%) como en otras oportunidades, en las cuales lo definió respecto de procesos de selección del contratista sometidos al decreto ley 222 de 1983. Ahora la Sala considera que, dada la naturaleza de perjuicio futuro y cierto, en las más de las veces del quantum del mismo es determinable mediante la valoración de las propuesta que contiene por lo general los costos directos e indirectos en que incurrirá el ofertante de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cuál sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir, la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo (...)”

“El monto exacto de la utilidad esperada podrá determinarse dejando de lado los valores correspondientes a los costos directos e indirectos e que habría de incurrir el contratista para ejecutar el objeto contratado, toda vez que, como bien se afirmó en la sentencia No. 11344, no es dable reconocer al proponente privado ilegal e injustamente de la adjudicación de valores o costos relativos a inversiones o gastos que no realizó, precisamente por la imposibilidad de celebrar y ejecutar el contrato. Cuando se dispone una indemnización correspondiente al 100% de la utilidad esperada no se están reconociendo costos y esfuerzos en los que no incurrió el contratista, simplemente se está reconociendo el valor neto de la utilidad que habría obtenido el proponente de mejor derecho de haber sido favorecido con la adjudicación de contrato y de haberlo celebrado y ejecutado. El resarcimiento entendido como la ‘reparación que corresponde a la medida del daño’ solo se configura mediante el pago al damnificado del 100% del valor esperado por concepto de utilidad, toda vez que es esa medida del daño, por lo general”

Este criterio es aplicable al caso sub examine, toda vez que el perjuicio deviene de no haber adjudicado el contrato a quien había presentado la mejor

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13792.

SIGCMA

propuesta, ya que se está privando a la demandante de su derecho a percibir la utilidad lícita y plena que por la ejecución del contrato le hubiera podido corresponder y, por tanto, procede el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por este concepto mediante el pago del 100% de la utilidad o lucro cesante.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala puede concluir que, de no ser por la inobservancia del mencionado requisito, la propuesta de la demandante habría sido la única oferta apta para ser considerada. Así las cosas, la Sala encuentra que la declaratoria de desierta de la licitación No. 014 de 2018 en relación con el punto de evaluación técnica y de experiencia, mas exactamente el numeral 2.6.3.3 se haya viciada de nulidad, toda vez que, sumado a la razón explicada en precedencia en punto a la infracción de las normas superiores en que debió fundarse⁶², se evidenció que la propuesta de la entidad demandante cumplía con las condiciones jurídicas, financieras y económicas, así como las de experiencia exigidas en la licitación y en el pliego de condiciones.

Tal circunstancia le imponía a la entidad demandada el deber de adjudicar a la Fundación Arco la licitación No. 014 de 2018, dado que no existía una motivación admisible, desde el punto de vista jurídico-legal, que condujera a la declaratoria de desierta que finalmente se instrumentó en la resolución acusada.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala estima que los argumentos de la demanda tienen la vocación de prosperidad y, en tal virtud, declarará la nulidad de la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, por la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró desierto el procedimiento de licitación No. 014 de 2018

⁶² El pliego de condiciones numeral 2.6.3.3

SIGCMA

En consecuencia, respecto del restablecimiento del derecho, el H. Consejo de Estado, de manera reiterada ha sostenido que cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se considera en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato.

Es así como en las pretensiones económicas de la demanda se reclama que se le adjudique el contrato por el valor de \$655.100.00, correspondiente al valor de la oferta económica que presentó la Fundación Arco. Al respecto observa la Corporación que no reposan en el expediente elementos probatorios que acrediten el porcentaje de utilidad que hubiera podido recibir por la adjudicación del contrato en mención. Y como quiera que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala de conformidad con las jurisprudencia precedente, acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que corresponde, siguiendo los mismos lineamientos trazados por el Consejo de Estado⁶³

En ese orden, la Corporación considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular el 5% por concepto de la utilidad esperada, por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener en la ejecución de los contratos celebrados con el Estado. Así pues, teniendo en cuenta que el valor de la propuesta es de seiscientos cincuenta y cinco millones cien mil pesos moneda corriente (\$655.100.000) la utilidad esperada corresponde a la suma de \$32.755.000, este monto será actualizado al momento que se profiriere este fallo, para cuyo efecto se debe tomar como índice inicial el correspondiente al

⁶³ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2014 M.P. Carlos Alberto Zambrano B Exp. 29.855

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

tiempo en que habría de finalizar la ejecución del contrato no adjudicado, 29 de diciembre de 2018⁶⁴

Fin ejecución de contrato no adjudicado	29/12/2018
Fecha sentencia	19/04/2021

Valor a actualizar \$32.755.000

VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (abril 2021)}}{\text{IPC Inicial (diciembre 2018)}}$
VP =	\$32.755.000	$\frac{107,12000}{100,000000}$
VP =	\$32.755.000	1,07120
VP =	\$35.087.156	Renta Actualizada

Por lo anteriormente expuesto, el valor de la condena asciende a la suma de treinta y cinco millones ochenta y siete mil ciento cincuenta y seis pesos (\$35.087.156,00). Sobre esta suma no se reconocerán intereses moratorios, en tanto que la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

COSTAS

⁶⁴ Numeral 1.2.3 del pliego de condiciones, visible a folio 43 del cuaderno de antecedentes administrativos No. 2

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el art. 47 de la Ley 2080 – sobre la condena en costas se dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. CONDENAS EN COSTAS. 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.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Además, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

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

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

En el caso se presenta la circunstancia descrita en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que esta Corporación accedió a las pretensiones de la parte demandante, por lo que, en principio la parte vencida tendría que ser condenada a pagar las costas. Sin embargo, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, conforme a la cual “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”⁶⁵. En esas condiciones se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas a cargo de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia).

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 006935 del 28 de agosto de 2018, por medio de la cual el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina declaró desierto el procedimiento de la licitación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a pagar a la Fundación Arco la suma de treinta y cinco millones ochenta y siete mil ciento cincuenta y seis pesos (\$35.087.156,00). Sobre esta suma no se reconocerán intereses moratorios, en tanto que la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

TERCERO: NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, y en caso de remanente devuélvase al interesado, desanótese en los libros correspondientes, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No.88-001-23-33-000-2019-00012-00)

Firmado Por:

NOEMI CARREÑO CORPUS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JOSE MARIA MOW HERRERA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 002 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario

2364/12

Expediente:88001-23-33-001-2019-00012-00

Demandante: Fundación Arco

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

SIGCMA

Código de verificación:

146c472d260085e367c9cf76311b5a6f4264da82e140078ad501f8886b1ea8e9

Documento generado en 22/04/2021 06:08:16 AM