



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 30 ENE 2019

Demandante	OILEQUIP S.A. y Otros.
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – OFICINA DE COBRO COACTIVO.
Expediente	150012331002-2010-001364-00
Acción	Acción Contractual
Tema	Nulidad Resolución No. 944 de 4 de junio de 2010, mediante la cual se adjudicó la construcción en la segunda fase del estadio de la Ciudad de Tunja. .

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, en ejercicio de la acción contractual, contenida en el artículo 87 del C.C.A, interpuesta a través de apoderado judicial por la Sociedad OILEQUIP S.A, contra el Departamento de Boyacá, con la finalidad que se declare lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls.17-102)

1.1 Pretensiones principales.

Mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, la sociedad OILEQUIP, solicitan, declarar la nulidad de la Resolución No. 944 del 4 de junio de 2010, expedida por el Secretario de Hacienda de la Gobernación de Boyacá y Delegado para la Contratación, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública No. 0005 de 2010, cuyo objeto era “ la construcción en segunda fase del nuevo estadio de futbol de la ciudad de Tunja en el Departamento de Boyacá”, por un valor de cinco mil seis millones cuarenta y siete mil novecientos noventa y tres pesos M/CTE (\$5'006.047.993), al consorcio NARBOY, acto de adjudicación notificado el 8 de junio de 2010.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Como consecuencia de la declaración anterior, pretenden igualmente que, se declare la nulidad absoluta del contrato No. 787 del 21 de junio de 2010, celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio NARBOY, por virtud de la adjudicación que se hizo de la licitación No. 0005-2010 en audiencia pública celebrada el 19 de mayo de 2010, cuyo objeto era “*la construcción en su segunda fase del nuevo estadio de futbol de la Ciudad de Tunja en el Departamento de Boyacá*”.

Declarar que la mejor propuesta y única elegible para que le fuera adjudicada la licitación No. 0005 de 2010 y en consecuencia permitirle la celebración, ejecución, terminación y liquidación del respectivo contrato, fue la de la Unión Temporal BERCASTEL.

Declarar responsable y condenar al Departamento de Boyacá o a la entidad o dependencia que llegare a hacer sus veces, a resarcir integralmente y pagar a la Unión Temporal Bercastel, de acuerdo con los derechos y acciones representadas en los porcentajes del compromiso acordados en el documento de constitución, por concepto de indemnización, los daños y perjuicios que le fueron causados, los que a título de daño emergente y lucro cesante, se tasan y discriminan en las siguientes suma de dinero o, subsidiariamente, en las sumas tasadas por los peritos que para el efecto se designen, conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así:

“Se solicita el pago de la suma que habrían recibido mis poderdantes por concepto de la utilidad económica dejada de percibir por el desarrollo del objeto de la licitación (LA CONSTRUCCIÓN EN SU SEGUNDA FASE DEL NUEVO ESTADIO DE FUTBOL DE LA CIUDAD DE TUNJA EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ” que hubieran recibido si se les hubieran adjudicado la predicha licitación y permitido celebrar, ejecutar, terminar y liquidar el contrato correspondiente a la Unión Temporal BERCASTEL, es decir, el pago de SETECIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS MOBNEDA CORRIENTE (\$725'774.204) M/TE, por concepto de utilidad dejada de percibir por razón de la adjudicación y celebración del contrato al Consorcio NARSBOY.(...)”.

Pone de presente que en el anexo o formulario No. 07 de la propuesta –



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Valor Total, presentada por los demandantes en la licitación, se consignó como valor de la Administración, Imprevistos y Utilidades (A.U.I) 25%, de los cuales, corresponde a la utilidad el 18.013%. Advierte igualmente que, el valor total de la utilidad de la propuesta presentada por la Unión Temporal Bercastel ascendió a la suma de SETECIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$725'774.204) M/CTE. Suma que deberá actualizarse desde la fecha en que estima debe terminar el contrato de acuerdo al plazo de ejecución del mismo. Como la adjudicación se realizó el 4 de junio de 2010 y el contrato fue celebrado el 21 de junio de 2010, la actualización de las utilidades dejadas de percibir y el interés de ley se aplicará a partir del mes de septiembre de 2010.

En subsidio, solicitó se condene a la entidad demandada a pagar el valor de los perjuicios estimados mediante el dictamen pericial que se habrá de practicar en el curso del proceso, así como de las pruebas que se alleguen al mismo.

Igualmente, que todas las sumas de dinero a que se condene y ordene al Departamento de Boyacá, entidad o dependencia que haga sus veces, y a favor de los accionantes, por conceptos y valores que se desprenden de las pretensiones, sean actualizadas monetariamente desde la fecha de terminación del proceso y hasta el día en que se verifique el pago efectivo y real de la mismas, y conforme a las pautas y parámetros fijados por la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y atendiendo a las disposiciones contenidas en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas concordantes.

Que sobre todas las sumas de dinero a que se condene y ordene pagar al Departamento de Boyacá, entidad o dependencia que haga sus veces y a favor de la parte accionante por los conceptos y valores que se desprenden de las pretensiones, se liquiden y paguen los intereses moratorios causados conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y reglamentarias, desde la fecha de adjudicación de la licitación No. 005 de 2010 y la fecha de terminación



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

del proceso, en todo caso , conforme a las pautas y parámetros fijados por la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Se condene al Departamento de Boyacá, entidad o dependencia que haga sus veces, al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso, en especial si la entidad demandada queda incurso en la conducta procesal prevista en el parágrafo 3° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y 55 de la Ley 446 de 1998.

Que a la sentencia que ponga fin al proceso se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.1 Hechos (Fl. 23)

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El Departamento de Boyacá mediante Resolución No. 539 del 24 de marzo de 2010, dispuso la apertura de la licitación pública No. 05 de 2010, con el objetivo de contratar “*la construcción de la segunda fase del nuevo estadio de futbol de la Ciudad de Tuna en el Departamento de Boyacá*”. En desarrollo de dicho proceso, el Departamento elaboró los pliegos de condiciones para que las personas naturales, jurídicas, uniones temporales, consorcios y cualquier otra forma de asociación o sociedad interesada en dicho proyecto, presentaran sus propuestas.

Las sociedades OILEQUIP S.A; J.V. BERNAL INGENIEROS ARQUITECTOS LIMITADA y VERGEL Y CASTELLANOS S.A, a través de sus respectivos representantes legales, se comprometieron para conformar y constituir la Unión Temporal BERCASTEL, en los porcentajes de participación estipulados en el respectivo documento de constitución con el propósito de presentar una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de las obras del objeto establecido en la licitación pública No. 005 de 2010, adelantada por el Departamento de Boyacá.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

El día de cierre de la licitación pública No. 05 de 2010 (16 de abril de 2010 a las 3:00 pm), fueron presentadas en términos de oportunidad, tres ofertas las cuales corresponden a los siguientes proponentes:

UNIÓN TEMPORAL BERCASTEL integrada por las solicitudes

- OILEQUIP S.A
- J.V. BERNAL INGENIEROS ARQUITECTOS LIMITADA
- VERGEL Y CASTELLANOS S.A

CONSORCIO NUEVO ESTADIO. Integrado por los señores

- SANTADER ELEICER MAFIOLY CANTILLO
- RAMÓN FERNANDO URIBE ROJAS
- SILVIA DEL PILAR PABLO ARANDA.
- ADRIAN RODRIGO CABEZA PEÑA.

CONSORCIO NARBOY. Integrado por los señores:

- NELSON LIBARDO BENITEZ CASTELBLANCO
- JOSE EDMUNDO ROSERO ORTIZ
- HERNÁN FAJARDO BOLAÑOS.

Una vez presentadas las ofertas, fueron sometidas por la administración a la verificación documental de los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones (numeral 2.4), los cuales, debían ser presentados conforme a las regulaciones del pliego dentro del sobre No. 1.

El numeral 2.4 denominado “*documentos para la presentación de ofertas No. 1*” y de manera particular el numeral 2.4.1 denominado “*documentos jurídicos – habilita/no habilita*” se determinó como requisitos habilitantes, los siguientes:

- “(…)
- SOBRE No. 1 “2.4.1 DOCUMENTO JURIDICOS (HABILITA/NO HABILITA)
- ÍNDICE DE LA PROPUESTA.
- CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA.
- CARTA DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES
- PÓLIZA QUE GARANTICE LA SERIEDAD DE LA PROPUESTA.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

- RUT.
- FORMULARIO No. 1 y 2, CON LAS SÁBANAS DEL CONYTRATO.
- CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL.
- Certificado de ANTECEDENTES FISCALES Contraloría General de la Republica vigentes.
- Certificado de ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS Procuraduría General de la Nación Vigentes.
- CERTIFICADO DE ASISTENCIA DE LA VISITA TÉCNICA OBLIGATORIA AL SITIO DE LAS OBRAS.
- FORMULARIO No. 03 del K Residual de Proponentes y/o integrante.
- FORMULARIO No. 07 de las cantidades de obras, valor Unitario y Valor Total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos (...)

De igual forma los pliegos de condiciones en el numeral 2.4.5, en el acápite denominado SOBRE No. 2 Propuesta Económica determinaron, que:

“(...) Este sobre será presentado en original debidamente cerrado y rotulado con el número del proceso y el nombre del proponente agregando además ña expresión “SOBRE 2 – FROPUESTA ECONÓMICA”. Y contendrá únicamente los siguientes documentos debidamente firmados por el proponente:

Formulario No. 07 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos. Además incluirá un CD-Rom debidamente rotulado, en el cual se incluya el archivo magnético del FORMULARIO No 7 diligenciado con las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos (que se encuentra publicado en el portal) en formato Excel 2007 (verificar que este gravado, que se pueda consultar, y que no esté protegido)”

El pliego de condiciones previó en el numeral 3.4 como único factor de escogencia de la Oferta **LA CALIFICACIÓN ECONÓMICA**, otorgando el puntaje máximo de 100 puntos, así:

“(...) 3.4. CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

Los factores de evaluación y selección que permitirán establecer cuál será la oferta más favorable para el Instituto, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 numeral 3° numeral 5 del Decreto 2474 de 2008, serán los siguientes:

Calificación Económica (según formula sorteada)	100 puntos
TOTAL	100 PUNTOS



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

CALIFICACIÓN ECONÓMICA (según formula sorteada): 100 PUNTOS

PRECIO

El precio corregido de la propuesta tendrá una asignación de CIEN (100) puntos, para el valor total de la propuesta.

Para la calificación del precio, la entidad sorteara, en la diligencia de cierre de la convocatoria, una de las siguientes formulas, con la cual se realizará la ponderación de los 100 puntos (...)."

De lo anterior, concluye la parte demandante que el formulario No. 07 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo los costos directos e indirectos, fue exigido dentro del pliego de condiciones para formar parte del sobre No. 1, exigencia que se registra en el numeral 2.4.1 del pliego como requisito habilitante; y dentro del numeral 2.4.5 se exigió la presentación de dicho formulario No. 7 para formar parte del sobre sellado No. 2.

Así entonces, señaló la parte actora que no hay duda de que la ponderación de la calificación prevista en el pliego de condiciones recae exclusivamente sobre el contenido del formulario No. 07 o propuesta económica, es decir, la asignación del puntaje recae sobre el formulario 7 y en consecuencia, para el caso particular de la licitación pública No. 05 de 2010, el precitado documento no es subsanable, toda vez que dicho formulario, es en suma, el documento esencial, primario y necesario para la comparación objetiva de ofertas, en tanto, reitera, constituía el factor único de escogencia establecido por la entidad en el pliego de condiciones en el numeral 3.4 del pliego.

En efecto, tal documento exigido en la última viñeta del numeral 2.4.1 (formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo los costos directos e indirectos), no es otro que el contenido en el numeral 2.4.5 como documento único integrante del sobre No. 2 (formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos) por ende, conforme a las prescripciones normativas de



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

nuestro ordenamiento jurídico vigente, esta proscrita de manera expresa en la ley su subsanación, por constituir factor de asignación de puntajes. En consecuencia, si no se presentó dentro del sobre No. 1 para atender el requerimiento previsto en el numeral 2.4.1 no podía ser solicitado por la entidad su subsanación por ser este documento (formulario No 7) contentivo de la propuesta económica.

El 23 de abril de 2010, el Comité de Licitaciones y concursos, expidió un informe que denominó “de verificación de requisitos habilitantes”, de cuyo contenido se colige, que el único proponente que cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos fue la **UNIÓN TEMPORAL BESCOSTEL** al concluirse en el literal c) del informe, que la Unión Temporal referida, cumple con todos los requisitos jurídicos, condición de experiencia, capacidad operativa y financiera establecidos en el pliego de condiciones.

Igualmente, precisó el comité respecto de otros dos proponentes participantes, las siguientes observaciones:

“(...) CONSORCIO NARBOY:

No presentó formulario No. 7 como requisito habilitante de acuerdo al numeral 2.4.1 de los pliegos de condiciones, última viñeta.

CONSORCIO NUEVO ESTADIO:

No presentó formulario No. 7 como requisito habilitante de acuerdo al numeral 2.4.1 de los pliegos de condiciones, última viñeta

(...)”.

Entonces que de la lectura del literal c) del informe de evaluación de ofertas y de las observaciones parcialmente transcritas, se colige que las partes integrantes de Unión Temporal BERCASTEL, observaron los distintos requisitos y condiciones establecidas para en el pliego de condiciones correspondiente a la licitación pública No. 05 de 2010, incluida la presentación del formulario No. 7 exigido como requisito habilitante en la última viñeta del numeral 2.4.1.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Del mismo modo, puso de presente la parte actora que del contenido del pliego de condiciones de la licitación No. 005 de 2010, se observa que en la última viñeta del numeral 2.4.1 se plasmó como requisito habilitante la presentación del Formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos Directos e Indirectos, sin que durante el término de publicación de pliegos, dicho requisito hubiera sido objeto de observación alguna por parte de los proponentes participantes para que fuera suprimida, ni los pliegos de condiciones definitivos fueron objeto de modificación alguna mediante adenda por parte de la administración departamental, lo que equivale a decir que, el referido requisito habilitante que se debía presentar en el sobre No. 1, se hizo exigible con la presentación de ofertas, en tanto permaneció intacto, indemne e incólume dentro del pliego, pues como ya se dijo, los participantes guardaron silencio y no hicieron uso del derecho a formular observaciones ni dentro del término de publicación de pre pliegos, ni en la instancia de aclaración de pliegos y en consecuencia hoy no pueden alegar en su favor su propia omisión o culpa.

También señaló la parte demandante, que en los pliegos de condiciones en el numeral 2.4.5 denominado SOBRE No. 2 propuesta económica, se determinó.

“(...) este sobre será presentado en original debidamente cerrado y rotulado con el número del proceso y el nombre del proponente, agregando además la expresión “SOBRE 2-PROPUESTA ECONÓMICA” y contendrá únicamente los siguientes documentos debidamente firmados por el proponente:

Formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos. Además incluirá un CD-Rom debidamente rotulado, en el que se incluya el archivo magnético del FORMULARIO 07 diligenciado con las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo los costos directos e indirectos (que se encuentra publicado en el portal), en formato de Excel 2007 (...).”

Conforme a lo expuesto, concluyó que todo oferente participante dentro de la licitación Pública No. 005 de 2010, estaba obligado a ajustarse a la exigencia del pliego si pretendía que su propuesta fuera considerada, en consecuencia, los tres proponentes debieron presentar, su propuesta



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

económica (Formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos) en los sobres uno y dos de sus ofertas, conforme lo exigía el pliego y tal como lo realizó en debida forma el proponente UNIÓN TEMPORAL BERCASTEL.

El informe de evaluación de ofertas proferido por el comité el 23 de abril de 2010, fue puesto por la administración departamental a disposición de los interesados por el término de 5 días hábiles, pero sin especificar en el informe de manera clara y precisa como lo ordena el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, respecto de cuales documentos de aquellos que adolecían las ofertas, era procedente la subsanación de requisitos y respecto de cuáles no.

Dicha omisión que conllevó a que los proponentes del CONSORCIO NUEVO ESTADIO Y CONSORCIO NARBOY interpretaran que la totalidad de los documentos de los que adolecían sus ofertas, eran objeto de subsanación y fue así como dentro de la oportunidad legal otorgada, procedieron a presentar los documentos respecto de los cuales se efectuó observación de la falencia en el informe de evaluación, subsanaciones que fueron admitidas por la administración, a pesar de que como ya se había mencionado, el formulario No. 7 no era susceptible de subsanación, por prohibición expresa de las normas que regulan la materia.

Mediante Oficios de 27 y 28 de abril de 2010, los Consorcios Nuevo Estadio y NARBOY subsanaron el requisito *“formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos”*, adjuntando para el efecto el formulario No. 7 diligenciado, advirtiendo que coincide exactamente con el que estaba incluido en el sobre cerrado No. 2 de su oferta.

De los documentos que fueron presentados por los Consorcios Nuevo Estadio y NARBOY para subsanar el mencionado requisito, se evidencia que de manera deliberada omitieron la presentación del formulario No. 7 dentro del sobre No. 1 de sus ofertas, por considerar que existía un



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

error en los pliegos de condiciones el cual exigía dicho formulario en el sobre No. 1 como requisito habilitante, pues éste era la propuesta económica también exigida en el numeral 2.4.5, por lo que afirmaron que dicho documento se encontraba en el sobre No. 2 conforme a la exigencia del pliego. De igual forma, los mismos proponentes advirtieron que tal formulario es de contenido económico y por ende ponderable y no habilitable.

La Unión temporal BERCASTEL durante el término de traslado del informe de evaluación de ofertas, radicó un documento el 30 de abril de 2010 mediante el cual formuló observaciones a dicho informe, solicitando además el rechazo de las ofertas presentadas por los Consorcios NARBOY y Nuevo Estadio por la carencia de los documentos jurídicos y habilitantes, entre los cuales se encontraba el previsto en la última viñeta del numeral 2.4.1 (formulario No. 7 de las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta incluyendo los costos directos e indirectos).

Mediante acta de 10 de mayo de 2010, el Comité de Licitaciones y Concursos de la Gobernación de Boyacá expidió informe definitivo de verificación de requisitos habilitantes, a través del cual se pronunció sobre las observaciones presentadas por la citada Unión Temporal BERCASTEL y sobre las subsanaciones realizadas por los consorcios, de cuyo contenido se colige que los argumentos expuestos por los mismos fueron admitidos y en consecuencia también aceptados los documentos aportados con el fin de subsanación, circunstancia que a la luz de la legislación contractual configura una trasgresión a la ley y a los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva, en tanto, el Formulario No. 7 del que adolecían las propuestas no era subsanable, en razón a que correspondía al único factor de evaluación establecido en el pliego de condiciones numeral 3.4, según el cual, el factor de escogencia de la oferta era la calificación económica a la que se le otorgaba un puntaje máximo de 100 puntos, por ende tal omisión generaba como consecuencia forzosa e indefectible, la declaratoria de rechazo de las ofertas presentadas por estos.



Demanda: OILEQUIP S.A y Otros
Demanda: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Para determinar la subsanabilidad o no del requisito, lo relevante no es la denominación que se le haya dado al título bajo el cual se exigió el requisito, o dentro de que numeral del pliego se encontraba, pues lo realmente cierto es que el formulario No. 7 constituía la propuesta económica, la cual era objeto de ponderación y único factor de evaluación, pues la información contenida en este documento es exclusiva y eminentemente económica, por ser el valor de la oferta o precios o propuesta económica presentada por el oferente, en donde de manera desagregada da a conocer el cuadro de las cantidades de obra ofrecidas, el costo de los valores unitarios, el valor de los costos directos e indirectos y el valor de su oferta, aspectos sobre los cuales recaía la asignación del puntaje.

Además del escrito de observaciones formulado el 30 de abril de 2010, la UNIÓN TEMPORAL BERCASTEL, en ejercicio de la facultad legal de contradicción conferida expresamente por el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, radicó de manera previa y concomitante a la celebración de la audiencia de apertura de propuesta económica y adjudicación celebrada el día 19 de mayo de 2010, un documento a través del cual se objetaba e impugnaba el informe definitivo del comité de licitaciones y concursos, solicitando suspender la diligencia a efectos de que la entidad tuviera la oportunidad y el tiempo necesario para discernir las observaciones formuladas y tomar las decisiones pertinentes.

Dentro del desarrollo de la diligencia de apertura de sobre económico y de adjudicación realizada el 19 de mayo de 2010, la Unión Temporal BERCASTEL actuando a través de su representante legal, solicitó que se declararan no hábiles para participar a las ofertas presentadas por los Consorcios NARBOY y Nuevo Estadio, en razón a que no podían ser tenido en cuenta por no haber presentado el formulario No 7 exigido como requisito habilitante, argumentando que no podía ser subsanado por tratarse de un requisito que otorgaba puntaje.

A pesar de la ostensible ilegalidad y las advertencias que se hicieron por escrito y en la propia audiencia de apertura de sobre económico y



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

adjudicación, el Departamento de Boyacá procedió a habilitar y a calificar las propuestas de los Consorcios NARBOY y Nuevo Estadio que a todas luces no eran evaluables ni mucho menos calificables, arrebatando con tal decisión el legítimo derecho de la Unión Temporal BERCASTEL de que le fuera adjudicado el contrato, pues debió ser declarado único proponente hábil por haber cumplido con la totalidad de los requisitos de participación y de selección previstos en el pliego. En efecto, si la administración hubiera efectuado una sana, transparente y objetiva e imparcial evaluación y calificación de ofertas, el primer orden de elegibilidad debió ostentarlo la Unión Temporal BERCASTEL.

Advirtió que el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, definieron de manera taxativa y expresa cuales requisitos son de naturaleza habilitante y por ende verificables y no ponderable, entre los que se encuentran los documentos que acrediten la capacidad jurídica o financiera y condiciones de experiencia o de organización, lo que quiere decir que dicha naturaleza no puede hacerse extensiva a otros documentos, en tanto, como ya se dijo, en nuestro ordenamiento jurídico se definieron taxativamente.

Finalmente señaló que fue tan ostensible la violación de la Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 2474 de 2008 en la expedición del acto que se demanda, que el procedimiento licitatorio culminó en forma irregular con la adjudicación del contrato al Consorcio NARBOY, pese a que dicho proponente debió haber sido descalificado por no cumplir en términos de oportunidad con lo dispuesto en los pliegos de condiciones en el numeral 2.4.1.

En consecuencia, no es cierto como lo argumenta el Departamento de Boyacá que el documento era intrascendente para la comparación objetiva de las propuestas, pues conforme a los pliegos de condiciones – ley del proceso contractual-, el formulario No. 7 fue esencialmente primario, en dos etapas fundamentales y distintas del proceso licitatorio, las cuales se realizaron en secuencia, esto es, que la primera determinaba aptitud para participar en la segunda, por tanto, al no presentarse el formulario No. 7 por los proponentes de los Consorcios



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

NARBOY y Nuevo Estadio dentro del sobre No. 1, no permitía la habilitación y por ende el sobre No. 2 de dichos oferentes no podía ser abierto en las diligencias de apertura económica.

1.2 Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante sustenta jurídicamente sus pretensiones en los artículos 6, 13, 29, 89, 90, 91, 123, 124 y 209 de la Constitución Política; 5° de la Ley 1150 de 2007; 10 y 12 del Decreto 2474 de 2008; 3, 23, 24, 25, 26, 30 y 44 de la Ley 80 de 1993; 3, 77, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo y 1740, 1741 y 1742 del Código Civil.

2.- TRÁMITE DE LA INSTANCIA

La demanda fue presentada ante la Oficina Judicial el 21 de septiembre de 2010 (fl. 102), admitida mediante auto de 13 de octubre de 2010 (fls. 785-788) ordenando vincular en condición de litisconsortes necesarios de la parte demandada a cada uno de los integrantes del Consorcio NARBOY y la notificación personal al Departamento de Boyacá, así como a cada uno de los integrantes del Consorcio NUEVO ESTADIO y al Ministerio Público.

Con proveído de 27 de agosto de 2014 (fls. 907-909), se abrió el proceso a pruebas teniendo como tales las aportadas por las partes demandante y demandada y decretándose las demás pruebas solicitadas.

Finalmente, a través de auto de 18 de septiembre de 2018 (fl. 300) se cerró la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran los alegatos de conclusión y recaudar el concepto del Ministerio Público, término dentro del cual la parte demandada se pronunció (fls. 302-305), mientras que la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. CURADOR AD LITEM EN REPRESENTACIÓN DE LOS LITISCONSORTES NECESARIOS. (Fls. 849-853)

Dentro de la oportunidad para ello, el curador designado dio contestación a la demanda, de la cual se destaca lo siguiente:

En el numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se establece que: 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 otorgaran puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del citado artículo.

El consorcio NARBOY cumplió con todo los requisitos señalados en la norma señalada, dado que los requisitos habilitantes no otorgan puntaje, es decir, aquellos documentos que se presentaron en el sobre 1 eran únicamente para hacerse partícipe de la licitación pública, sin ser estos determinantes para la adjudicación, solamente y como la misma palabra lo señala, permiten habilitar al proponente a estar sometidos a la adjudicación del contrato, es decir, que por ser requisitos que no señalan un puntaje son subsanables.

Para el presente caso, si bien el formulario No. 7 señalaba la propuesta económica y esta como factor único de escogencia, este formulario debió estar obligatoriamente en el sobre No. 2, puesto que este sí otorgaba puntaje. Dicho documento era el más importante de la licitación pero en el sobre No. 2 mas no en el sobre No. 1, pues este último debía contener una variedad de documentos que hacían que el proponente entrara en la puja por obtener el contrato. En otras palabras, en la etapa de valoración de los documentos habilitantes, no había necesidad de darles un valor a cada uno, sino que eran un mero requisito formal que, como todos los requisitos formales son subsanables dentro de los términos señalados en la norma.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

3.2. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (Fls. 892-904).

La entidad demandada dio contestación a la demanda dentro del término legal, señalando que, las modificaciones efectuadas por la Ley 1150 de 2007, en relación con el tema de la subsanabilidad de las ofertas, se encuentran principalmente en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, de cuyo contenido se puede concluir que dichas disposiciones tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias.

Es así, como la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo las siguientes premisas: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.

Adicionalmente, el último inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, prevé un límite a la posibilidad de requerir los documentos o requisitos, señalando que las entidades estatales no pueden permitir que, *“se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”*.

En las anteriores condiciones, la posibilidad de subsanar debe recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar las ofertas, razón por la cual, lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Para el presente caso, se debe hacer una contextualización sobre lo requerido en los pliegos de condiciones y la actuación desplegada por el Departamento de Boyacá y por los proponentes. En primer lugar, precisó que de conformidad con el pliego de condiciones, se exigió a los proponentes interesados en la licitación pública la presentación de dos sobres, el número 1. Correspondiente a los documentos jurídicos habilitantes y no habilitantes y el número 2, correspondiente a la propuesta económica.

A su vez, el pliego de condiciones estableció como único factor de escogencia de la oferta la calificación económica. De conformidad con lo establecido por el Comité de Evaluación, se encuentra acreditado en el proceso que los proponentes Consorcio NARBOY y Consorcio Nuevo Estadio al momento de presentar la propuesta, no presentaron el formulario No. 7 correspondiente al requisito habilitante fijado en el numeral 2.4.1 del pliego de condiciones, denominado por la administración como “DOCUMENTOS JURIDICOS (HABILITA /NO HABILITA), esto es, lo concerniente al sobre No. 1.

Ahora bien, bajo lo establecido en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, respecto a la ausencia de requisitos o falta de documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos.

En consecuencia, no podían “no habilitarse” las propuestas presentadas por los Consorcios NARBOY y Nuevo Estadio, teniendo en consideración que de conformidad con lo establecido en la ley y en los pliegos de condiciones resultaba subsanable y además, porque el SOBRE No. 2 (de la propuesta económica) que contiene el formulario No. 7 fue entregado oportunamente en sobre sellado por parte del proponente, para ser abierto en la audiencia pública y respecto del cual no hay ningún cuestionamiento.

Formuló la *excepción de caducidad de la acción* argumentando que,



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

teniendo en cuenta que el objeto de la litis gira en torno a la declaratoria de nulidad de la resolución de adjudicación realizada con ocasión del proceso de licitación, así como del contrato de obra No. 784 de 2010, para determinar el medio de control procedente para enjuiciar la legalidad de dichos actos es necesario determinar la calidad de los mismos.

Par el efecto, sostuvo que los actos que son considerados como contractuales, corresponden a todos aquellos expedidos dentro de la vigencia del contrato, tales como: caducidad, terminación, modificación e interpretación y liquidación unilateral del contrato, los cuales están dotados como todo acto administrativo de presunción de legalidad, en tanto pueden afectar la relación entre los contratantes y por ende causar perjuicios al contratista, lo que quiere decir que la existencia de estos actos administrativos depende estrictamente de la existencia del contrato, razón por la cual, aun cuando en el ejercicio del control jurisdiccional se pretende la nulidad de actos administrativos, si estos son producto del negocio jurídico, el medio de control procedente no es el de nulidad y restablecimiento del derecho sino el de controversias contractuales.

Sin embargo, cuando lo que se pretende es la nulidad del acto administrativo precontractual, esto es, que no fue expedido con ocasión de la vigencia del contrato, el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho y no el de controversias contractuales y como quiera que en el presente caso lo que se pretende es la nulidad del acto de adjudicación contractual, consideró la entidad demandada que se trata de un acto precontractual o separable del contrato, razón por la cual, el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de 4 meses, término que venció con anterioridad a la presentación de la demanda.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante:

Con escrito que reposa a folios 302 a 305 del expediente, la parte demandante, luego se reiterar los planteamientos esgrimidos en la demanda, agregó que en los artículos 5 de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 2474 de 2008 se estableció que el precio o el factor económico constituye factor esencial de selección objetiva y ponderación dentro de los procesos de licitación pública y teniendo en cuenta que el pliego de condiciones de la licitación pública No 005 de 2010 previó la asignación de 100/100 puntos a la calificación económica de la oferta (precio), conforme a las estipulaciones previstas en el numeral 3.4, dicho documento (formulario No. 7), no era subsanable de acuerdo con lo establecido en la normatividad que regula la materia, según la cual, no está permitida la subsanabilidad de requisitos cuando estos recaen sobre un factor de asignación de puntajes, pues lo contrario, conllevaría a la vulneración de los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva.

4.2. Parte demandada y Ministerio Público: Guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 944 del 4 de junio de 2010, por medio de la cual se adjudicó la licitación Pública No. 0005 de 2010 y por contera la nulidad absoluta del contrato No. 784 de 21 de junio de 2010 celebrado por virtud de la citada licitación entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio NARBOY, y en consecuencia declarar que la propuesta presentada y única elegible para la adjudicación, celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato, fue la de la UNION TEMPORAL BERCASTEL y no otra, y si es procedente ordenar el pago de las suma



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contratual

que habría recibido por concepto de utilidad económica dejada de percibir y que hubiera percibido se le hubiera adjudicado la precitada licitación, así como la indemnización por daños y perjuicios que le fueron causados (daño emergente y lucro cesante).

2. TESIS DEL CASO

La Sala concreta las tesis argumentativas del caso de los intervinientes, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el demandante.

Considera la parte demandante que, de acuerdo con lo establecido en la normatividad que regula la materia, no está permitida la subsanabilidad de requisitos cuando estos recaen sobre un factor de asignación de puntajes, pues lo contrario, conllevaría a la vulneración de los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva.

En el presente caso, se presentaron unas irregularidades en la adjudicación del contrato para la construcción en la segunda fase del nuevo estadio de fútbol de la ciudad de Tunja, en tanto, el consorcio al cual le fue adjudicado dicho contrato, esto es, NARBOY, omitió incluir el formulario No. 7 en el sobre sellado No. 1 de los requisitos habilitantes pues solo lo remitió en el sobre sellado No.2 - de la propuesta económica- omisión que la administración permitió que fuera subsanada a pesar que dicha subsanación está prohibida por la ley, toda vez que el referido formulario contenía la propuesta económica a la cual se le otorgaba un valor y constituía el único factor de ponderación, por lo que constituía el documento base para la adjudicación del contrato, y en esas condiciones el hecho de no incluirlo en el sobre No. 1, no generaba inadmisión de la propuesta sino el rechazo y exclusión inmediata del proponente.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

**b) Tesis argumentativa de la parte demandada.
 DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

Señala que no era posible rechazar las propuestas presentadas por los Consorcios NARBOY y Nuevo Estadio, teniendo en consideración que de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones, el hecho de no incluir en el sobre No. 1 (requisitos habilitantes) el formulario No. 7 resultaba subsanable, precisamente por tratarse de un soporte para demostrar que se encontraban habilitado para participar en la licitación pública y además porque en el SOBRE No. 2 que contenía el formulario No. 7 (de la propuesta económica) fue entregado oportunamente en sobre sellado por parte de los proponentes, para que fuera abierto en la audiencia pública y respecto del cual no hubo ningún cuestionamiento del Comité de Evaluación de las ofertas.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda por considerar que si bien se presentó una irregularidad en el desarrollo de la licitación pública que se evidencia en el haberse exigido la presentación de dos documentos con idéntico contenido tanto para acreditar requisitos habilitantes como para la formulación de la propuesta económica, esto es, el formulario No. 7, lo cierto es que tal irregularidad en modo alguno afectó los principios de transparencia y selección objetiva del oferente, en tanto, la calificación y selección de la oferta más favorable a la entidad, se realizó con fundamento únicamente en el sobre No. 2 que contenía la propuesta económica (formulario No. 7) que los proponentes allegaron con sus propuestas iniciales y frente a la cual, no se realizó ninguna modificación o subsanación.

3. DE LA CAPACIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PARA COMPARECER AL PROCESO

Previo a abordar el estudio de las excepciones propuestas así como el



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

fondo del asunto, en primer lugar procede la Sala a pronunciarse respecto de la capacidad que tienen los integrantes de una unión temporal para comparecer al proceso; ello por cuanto la parte demandante en el presente asunto son las sociedades OILEQUIP S.A., J.V. Bernal Ingenieros Arquitectos LTDA y Vergel y Castellanos S.A., quienes formaban parte de la Unión Temporal BERCASTEL, la cual presentó oferta en el marco de la licitación pública No. 05 de 2010.

Al respecto ha de señalarse que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013¹, fijó la regla según la cual, los consorcios y uniones temporales, si bien no tienen personería jurídica, si cuentan con capacidad para actuar como parte en los procesos judiciales por medio de su representante.

No obstante lo anterior, en la referida sentencia de unificación, la Alta Corporación precisó que la regla jurisprudencial antes señalada, en modo alguno puede ser considerada como un obstáculo para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados, puedan comparecer al proceso, bien sea como demandante o demandada; en efecto, se indicó:

“(...)Finalmente, la Sala estima necesario precisar y enfatizar que la rectificación jurisprudencial que mediante la presente decisión se efectúa en relación con la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen en razón de su condición de contratistas de las entidades estatales o de interesados o participantes en los procedimientos de selección contractual, de ninguna manera debe considerarse como una cortapisa para que los integrantes de los respectivos consorcios o uniones temporales, individualmente considerados –sean personas naturales o jurídicas– puedan comparecer al proceso –en condición de demandante(s) o de demandado(s)–.

Ciertamente, la modificación de la Jurisprudencia que aquí se lleva a cabo

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, providencia del 25 de septiembre de 2013, Rad. N° 25000232600019971393001, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas –ora naturales, ora jurídicas–, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

*En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, **cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales –bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda– (...)**”.*
 (Destacado por la Sala)

Así la cosas, como quiera que las sociedades OILEQUIP S.A., J.V. Bernal Ingenieros Arquitectos LTDA y Vergel y Castellanos S.A., formaron parte de la Unión Temporal BERCASTEL, quien participó como oferente en el marco de la licitación pública No. 05 de 2010 adelantada por el Departamento de Boyacá, ha de concluirse que se encuentran legitimadas por activa para actuar como demandantes dentro del proceso de la referencia.

4. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

La entidad accionada formuló la excepción de *caducidad de la acción*, señalando al efecto que cuando se demanda un acto administrativo precontractual, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no el de controversias contractuales, de tal forma que



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

como en el presente caso lo que se pretende es la nulidad del acto de adjudicación contractual, que se trata de un acto precontractual, debió demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de 4 meses, término que se venció con anterioridad a la presentación de la demanda.

Al efecto, advierte la Sala que si bien la parte demandante plantea la excepción de caducidad de la acción, lo cierto es que el asunto de fondo a debatir en éste punto, tiene que ver con determinar la acción que resulta procedente incurrir en el presente asunto, de tal forma que se considera necesario aclarar lo relacionado con la acción interpuesta, la naturaleza del acto demandado y finalmente el término de caducidad de la acción.

En tal sentido, la legislación ha establecido diferentes clase de acciones para ser instauradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que esto implique que su escogencia este al arbitrio del accionante, sino que depende del propósito y los motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con la finalidad de la acción.

Entre las acciones contencioso administrativas se encuentra la prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, denominada de controversias contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

“(...) “De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, **dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.** La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato (...)**”.* (Destacado por la Sala)



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

De acuerdo con la disposición transcrita, los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación, si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando ya se ha celebrado el contrato.

En efecto, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, **dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación y publicación**, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, **pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos -como el de la adjudicación- solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste en el escenario de la acción de controversias contractuales.**

De tal manera que, transcurrido el plazo de 30 días para impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento derecho el acto previo del contrato **o una vez celebrado éste, los actos precontractuales - como el de la adjudicación-, únicamente, como se dijo, a términos de la norma procesal vigente, la ilegalidad de dicho acto podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del mismo, mediante la acción de controversias contractuales.**

En torno al tema, al Sección Tercera del Consejo de Estado² sostuvo lo

² Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 2014 Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203), Actor: SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO LTDA - SEPECOL LTDA. MP. Olga Melida Valle de la Hoz



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

siguiente:

“(..)2. Sin embargo este concreto punto ya ha sido abordado no sólo por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sino también por la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la modificación que le hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, la Sección Tercera precisó que si una vez celebrado el contrato se pretende obtener alguna reparación argumentando que el acto de adjudicación es ilegal y que esta actuación es la que ha causado el daño, se torna ineludible pedir no sólo la nulidad absoluta del contrato sino también la nulidad de ese acto administrativo porque de no impugnarse, se mantendrían incólumes su presunción de legalidad y las consecuencias que de ésta situación se derivan (...).

La nulidad absoluta del contrato está establecida en interés del orden jurídico. De allí que la única consecuencia de su declaratoria sea la de volver a las partes a su estado anterior (artículo 48 de la ley 80 de 1993). Pero si es un tercero el que intenta la acción de nulidad absoluta de un contrato de la administración pública, no podrá pretender consecuencias indemnizatorias de la prosperidad de su pretensión.

Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este (...).

En este orden de ideas, si el contrato adjudicado se suscribe antes del vencimiento de los treinta días señalados para la caducidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos, o vencido este término, quien esté legitimado para impugnarlos, sólo podrá hacerlo como fundamento de la nulidad del contrato, es decir, en ejercicio de la acción contractual y dentro del término de caducidad de dos años previsto en el art. 136 del C.C.A. para las acciones contractuales. Lo cual significa que esa disposición favorece también a aquel proponente o interesado en impugnar cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato y que dejó vencer el término de los 30 días fijados por la ley, háyase celebrado o no el contrato. (...)” (Destacado por la Sala)

En las anteriores condiciones es claro para la Sala que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos, como es el caso del acto de adjudicación, sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato, tal como se realizó en el presente caso.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

Establecido lo anterior, procederá la Sala a determinar si se encuentra probada la excepción de caducidad alegada por la parte demandada, así:

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo relativo a la caducidad de las acciones, consagra en su numeral 10, el término de caducidad de las acciones relativas a los contratos, así:

“En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

- e) La nulidad absoluta del contrato podrá se alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años, siguientes a su perfeccionamiento (...)*”

A su vez, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, prevé el perfeccionamiento del contrato, en los siguientes términos:

“(...) Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (...)” (negrilla fuera de texto original)

En el *Sub lite*, obra en el expediente copia del contrato No. 0784 de 2010 (fl. 280-288), el cual fue elevado a escrito el **21 de junio de 2010**, fecha en que fue suscrito por las partes contratantes y en la que, de conformidad con las normas trascritas quedó perfeccionado, es decir que podía presentar la demanda hasta el **21 de junio de 2012** y esta fue radicada el **21 de septiembre de 2010**, lo que quiere decir que la presente acción fue interpuesta dentro del término de los dos años que establece la norma, razón por la cual **se declara no probada la excepción de caducidad formulada por el Departamento de Boyacá.**

5. DEL FONDO DEL ASUNTO.

5.1 La posibilidad de subsanar requisitos y documentos en el marco de una licitación pública



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

En el marco de la actividad contractual el **principio de transparencia** tiene distintas manifestaciones, entre las cuales se cuentan la obligación de la entidad pública de indicar en los pliegos de condiciones: *i)* los requisitos mínimos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y *ii)* las reglas objetivas justas, claras y completas que permitan confeccionar los ofrecimientos y aseguren la escogencia objetiva del contratista (artículo 24, numeral 5, literales a y b, de la Ley 80 de 1993).

De lo anterior, surge entonces una primera distinción entre los requisitos que observan las condiciones de los oferentes, **denominados requisitos habilitantes**, y los que califican la propuesta (no al proponente) que son los llamados factores **de escogencia**, los cuales, son los **únicos susceptibles de ponderación y asignación de puntaje o calificación**. Igualmente, del principio de transparencia también nace el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

A la luz de la citada normatividad, el deber de **selección objetiva** se concreta cuando: *i)* la escogencia del contratista y, por ende, la adjudicación del contrato se realizaba al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella perseguía (satisfacción del interés público), sin tener en consideración motivaciones de orden subjetivo, *ii)* el ofrecimiento más favorable era aquel que resultaba ser el más ventajoso para la entidad, luego de realizar la ponderación precisa, detallada y completa de los factores de escogencia previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tales como el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos, los plazos y el precio, entre otros y *iii)* la favorabilidad sólo podía ser determinada con fundamento en todos los factores previstos en los pliegos de condiciones o términos de referencia y no sólo con algunos de ellos, como el menor precio ofrecido o el plazo más reducido.

El citado artículo 29 fue subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y aunque este último, además de conservar el criterio general que informa el deber de selección objetiva, también hizo una distinción



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, así:

i) Señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados³, ii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, iii) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y iv) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia⁴), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.

Así entonces, la referida norma, dejó claro, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta, pero además, limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993.

En torno a lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 12 de noviembre de 2014⁵, sostuvo que:

³ Específicamente, se hace alusión al requisito de experiencia que en los procesos de selección de consultores (concurso de méritos con y sin precalificación) puede ser objeto de calificación, pues en estos casos la materia de proceso es la escogencia de un contratista con específicos conocimientos técnicos en relación con una determinada disciplina y en estos casos la experiencia juega un papel fundamental para su selección.

⁴ Selección abreviada por subasta inversa, para la compra de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización.

⁵ Consejo de Estado- Sección Tercera sentencia del 12 de noviembre de 2014, No Radicación



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

“(...)Lo anterior constituye una manifestación de los principios de igualdad y de la libre concurrencia que se deriva de aquél, pues garantiza que todas las personas que reúnan ciertas condiciones mínimas (adecuadas y proporcionales) señaladas en el pliego puedan participar en el procedimiento administrativo en igualdad de condiciones, al margen de que algunos de los oferentes gocen de mayor capacidad de contratación, de mayor fortaleza financiera (mejores índices de liquidez, menores índices de endeudamiento y mayor cobertura de intereses) o de mayor experiencia, pues lo que determina quién será el vencedor del proceso será el que tenga la mejor oferta, es decir, la que resulte mejor calificada en los factores ponderables. Para lo anterior, la norma señala que la entidad estatal 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, sin que los requisitos habilitantes puedan otorgar puntaje, salvo en algunos procesos de selección, como se anotó párrafos atrás.”

Ahora bien, el artículo 25 (numeral 15) de la Ley 80 de 1993 previó, entre otras disposiciones que, *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*. Esta última parte de la norma fue adicionada por el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de señalar que *“(...) 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...”*, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Sobre este aspecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aclaró lo siguiente⁶:

“(...) Sin embargo, el enunciado que trae la norma no significa que los oferentes puedan subsanar las falencias en cualquier momento. Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta la adjudicación (salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un término prudencial para que el oferente allegue los documentos solicitados; pero, si la falencia es detectada en la

250002326000200201606-01 Exp. No. 29.855. Actor. Vigías de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera

⁶ Ibidem



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que indique la entidad (...)”.

Así las cosas, ni en vigencia de la Ley 80 de 1993 ni de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo. La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150, eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado⁷, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

En este punto, es importante diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen, es decir, lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, en el sentido de afirmar:

“(...) Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios

⁷ Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas.

⁸ Consejo de Estado- Sección Tercera sentencia del 12 de noviembre de 2014, No Radicación 250002326000200201606-01 Exp. No. 29.855. Actor. Vigias de Colombia S.R.L. Ltda. y 7-24 Ltda. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993)”.

Así entonces, el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consagró de manera taxativa los requisitos habilitantes exigibles a los oferentes en un proceso de contratación con el Estado, en los siguientes términos “*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...*”, de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), sencillamente no puede acudir al proceso de selección; por el contrario, si el oferente cumple con tales requisitos, su propuesta no puede ser rechazada.

Entonces, si el oferente no tiene la capacidad jurídica, financiera u organizacional, o la experiencia mínima para participar en el proceso de selección, no hay forma de que pueda subsanar su insuficiencia. En otras palabras, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

Situación diferente es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “*subsanar*”, enmendar o



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

rectificar. Esto es que, lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.

5.2. De las pruebas allegadas al proceso

Al proceso fueron allegados los siguientes elementos de prueba útiles a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

- Copia del pliego de condiciones definitivo de la Licitación Pública No. 05 de 2010, expedido por el Departamento de Boyacá, que tenía por objeto la “*Construcción en su segunda fase del nuevo estado de fútbol de la ciudad de Tunja en el Departamento de Boyacá*” (Fls 118 a 159).
- Copia de la adenda No. 1 por medio de la cual se modifica el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 05 de 2010, particularmente en lo que tiene que ver con los requisitos habilitantes (Fls 157 a 159).
- Copia del acta de audiencia de cierre de licitación pública No. 05 de 2010 de fecha 16 de abril de 2010, donde se indicó (Fls 162 a 164):

“(...) Siendo las 3:00 p.m. se declaró cerrado el proceso en referencia, advirtiéndole que cualquier oferta que llegare a partir de este momento se consideraría extemporánea y devuelta sin abrir (...).

CONSORCIO NUEVO ESTADIO presenta original y 1 copia con 161 folios, póliza de seriedad No. 0469686-6 y oferta económica en sobre cerrado.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

UNION TEMPORAL BERCASTEL original y 1 copia con 135 folios con folio 23ª, 23b y 24ª, poliza de seriedad No. 210131000081 y oferta económica en sobre cerrado.

CONSORCIO NARBOY original y una copia con 136 folios, póliza de seriedad No. 159u0100342 y oferta en sobre cerrado.

Igualmente se deja constancia que los sobres de las ofertas económicas quedan en custodia, sellados en la Dirección de Contrataciones de la Gobernación de Boyacá y solo podrán abrirse el día y hora en que se lleva a cabo la audiencia pública para el efecto (...).

- Copia del informe de verificación de requisitos habilitantes al proceso de licitación pública No. 05 de 2010 de 23 de abril de 2010, en donde se señaló lo siguiente (Fl 166):

“Una vez verificadas las propuestas, el comité concluye que:

a) CONSORCIO NARBOY: no presentó formulario No. 7 como requisito habilitante de acuerdo al numeral 2.4.1 de los pliegos de condiciones.

b) CONSORCIO NUEVO ESTADO: no presentó formulario No. 7 como requisito habilitante de acuerdo al numeral 2.4.1., de los pliegos de condiciones (...).

c) UNIÓN TEMPORAL BERCASTEL: cumple con todos los requisitos jurídicos, condición de experiencia, capacidad operativa y financiera establecidos en los pliegos de condiciones.

De acuerdo a lo anterior, el comité se permite informar a los proponentes que el término para presentar observaciones y/o subsanar requisitos de la presente licitación, será de cinco (5) días (...).

- Copia del informe final de verificación realizado a las propuestas presentadas dentro de la licitación pública No. 05 de 2010 de fecha 10 de mayo de 2010 en donde se indicó lo siguiente (Fls 239 a 256):

“(...) Finalmente, de acuerdo a las respuestas dadas a las observaciones presentadas y con los resultados obtenidos en el proceso de verificación de propuestas, el comité se permite concluir que los proponentes UNION TEMPORAL BERCASTEL y NARBOY cumplen con las exigencias previstas en el pliego de condiciones y por tanto son habilitados (...).



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

- Copia del Acta de audiencia pública de apertura de sobre económico de la licitación pública No. 05 de 2010 de fecha 19 de mayo de 2010, señalándose que (Fls 259 a 262):

“(...) teniendo en cuenta que dentro del término previsto en el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, el proponente CONSORCIO NUEVO ESTADIO presentó certificado de existencia y representación legal del integrante CONSTRUYE CN LTDA (...) se habilitará para continuar en el proceso (...). Por parte de la administración se procedió a la apertura de los siguientes sobres de ofertas económicas, previa revisión por parte de los asistentes quienes constataron que los sobres se encontraban debidamente sellados, de acuerdo con la lista de proponentes habilitados y se obtuvieron los siguientes valores:

CONSORCIO NUEVO ESTADIO: 4.959.781.100

CONSORCIO NARBOY: 5.006.047.993

UNION TEMPORAL BERCASTEL: 5.044.641.198 (...).”

- Copia de la Resolución No. 0944 de 04 de junio de 2010, por medio de la cual el Departamento de Boyacá adjudicó la licitación pública No. 5 de 2010, al consorcio NARBOY (Fls 269 a 274).

Con fundamento en los anteriores elementos de prueba procede la Sala a resolver el presente asunto.

5.3 Caso concreto

Descendiendo al caso concreto reitera la Sala que el problema jurídico que debe abordar tiene que ver determinar si resulta procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 944 del 4 de junio de 2010, por medio de la cual se adjudicó la licitación Pública No. 0005 de 2010 y en consecuencia la nulidad absoluta del contrato No. 784 de 21 de junio de 2010 celebrado entre el Departamento de Boyacá y el Consorcio NARBOY, para la construcción de la segunda fase del nuevo estadio del fútbol de la ciudad de Tunja.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

En tal sentido, deberá verificarse si en el evento en que se hayan presentado irregularidades en desarrollo de la licitación pública No. 005 de 2010, éstas son de la trascendencia suficiente a efectos de vulnerar los principios de la contratación estatal, particularmente los de transparencia y selección objetiva del oferente, que permitan declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación.

Para el efecto, ha de señalarse que la parte demandante sostiene que la entidad demandada incurrió en irregularidades al expedir la resolución por medio de la cual se adjudicó la licitación No. 05 de 2010 al Consorcio NARBOY y la consecuente firma del contrato No. 784 de 2010, para la construcción en la segunda fase del nuevo estadio de fútbol de la ciudad de Tunja, por cuanto el referido consorcio omitió incluir el formulario No. 7 en el sobre sellado No. 1 de los requisitos habilitantes, formulario que sólo allegó en el sobre sellado No.2 - de la propuesta económica- omisión que no era subsanable, toda vez que el referido formulario contenía la propuesta económica y constituía el único factor de ponderación a evaluar para la adjudicación del contrato.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario y que fueron referidos en precedencia, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Se encuentra probado que el Departamento de Boyacá adelantó proceso de licitación pública No. 05 de 2010, la cual tenía por objeto la “*construcción de la segunda fase del nuevo estadio de fútbol de la ciudad de Tunja*”, dentro de la cual se presentaron como oferentes el Consorcio NUEVO ESTADIO, el consorcio NARBOY y la unión temporal BERCASTEL.
- Como consecuencia de dicho proceso licitatorio, fue adjudicada la licitación al consorcio NARBOY, por haber presentado la oferta económica más favorable a la entidad, respecto a los demás



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

oferentes, tal como se evidencia en el acta⁹ de audiencia pública de apertura de sobre económico celebrada el 19 de mayo de 2010.

- Ahora bien, dentro de los pliegos de condiciones¹⁰ se plantearon los siguientes parámetros en torno a los requisitos habilitantes que debían acreditar los oferentes, así como la presentación de la propuesta económica a calificar, en los siguientes términos:

“(…) PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS

2.1. PRESENTACIÓN.

La oferta que prepare el proponente y toda la correspondencia y documentos relativos a ella que intercambien El proponente y el DEPARTAMENTO, deberán redactarse en español.

*La propuesta se presentará en tres (3) sobres cerrados, original y copia del **SOBRE No. 1** y original del **SOBRE No. 2** con los documentos requeridos y foliados. (...)*

2.4. DOCUMENTOS PARA LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

Sobre No. 1.

2.4.1. DOCUMENTOS JURÍDICOS (HABILITA / NO HABILITA)

- *INDICE DE LA PROPUESTA (La Propuesta debe ir debidamente foliada)*
- *CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA (anexo 1)*
- *CARTA DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES, (anexo 2)*
(...)
- *PÓLIZA QUE GARANTICE LA SERIEDAD*
(...)
- *RUT*
- *FORMULARIOS No. 1 y 2, CON LAS SÁBANAS DEL CONTRATO.*
- *CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL*
(...)
- *Copia de la TARJETA PROFESIONAL Y VIGENCIA de la misma de los proponentes y si es el caso del avalista*
- *Certificado de inscripción, clasificación y calificación en el REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES de la Cámara de Comercio, vigente al cierre de la Convocatoria, del promitente.*

⁹ Fls 259 a 262.

¹⁰ Fls. 118-159.



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

- Certificado de ANTECEDENTES FISCALES Contraloría General de la República vigente.
- Certificado de ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS Procuraduría General de la Nación vigente.
- CERTIFICADO DE ASISTENCIA DE LA VISITA TÉCNICA OBLIGATORIA AL SITIO DE LAS OBRAS.
(...)
- FORMULARIO No. 3 del K Residual del Proponente y/o Integrante.
- FORMULARIO No. 7 de las cantidades de obras, valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo costos directos e indirectos (...).

SOBRE 2- PROPUESTA ECONÓMICA. Este sobre será presentado en original debidamente cerrado y rotulado con el número de proceso y el nombre del proponente, agregando además la expresión “**SOBRE 2- PROPUESTA ECONOMIVA**” y contendrá únicamente los siguientes documentos debidamente firmados por el proponente:

Formulario No 7 de las Cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo los costos Directos e Indirectos. Además incluirá un CD-Rom, debidamente rotulado, en el cual se incluya el archivo magnético del FORMULAIRO 07 diligenciado en las cantidades de obra valor unitario y valor total de la propuesta, incluyendo los costos Directos e Indirectos (que se encuentra publicado en el portal) en formato Excel 2007.
(...)

3.4 CRITERIOS DE CALIFICACIÓN los factores de Evaluación y Selección que permiten establecer cuál será la oferta más favorable para el Instituto, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 numerales 3º y 5 del Decreto 2474 de 2008, serán los siguientes.

Calificación económica (según fórmula sorteada)	100 puntos
Total	100 puntos

(...)” (Destacado por la Sala)

De acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 005 de 2010, es dable extraer las siguientes consideraciones:

- La oferta a presentar por los proponentes debería contener dos (2) sobres: el **sobre No. 1** con los documentos que acreditaran el cumplimiento de los requisitos habilitantes y el **sobre No. 2** con el formulario No. 7 con la propuesta económica.
- Dentro de los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones, se estableció a más de la capacidad jurídica, financiera,



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

organizacional y la experiencia, que se allegara el formulario No. 7 referente a “las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta económica, incluyendo costos directos e indirectos”, mismo formulario que fue exigido dentro del contenido de la oferta económica a presentar en el sobre No. 2 de la propuesta.

- De igual forma se estableció como criterio de calificación a efectos de selección la propuesta más favorable, únicamente la comparación entre las propuestas económicas allegadas por los oferentes y contenidas en el sobre No. 2.

- De igual forma se encuentra probado de acuerdo a la audiencia de cierre de licitación pública de fecha 16 d abril de 2010¹¹ que los oferentes consorcio NARBOY, consorcio NUEVO MUNDO y la unión temporal BERCASTEL presentaron sus propuestas en dos sobres, el primero con la propuesta general, así como el sobre cerrado No. 2 con la oferta económica.
- Posteriormente, en el informe¹² de verificación de requisitos habilitantes presentado por el Departamento de Boyacá con fecha 23 de abril de 2010, se señaló que los consorcios NARBOY y NUEVO ESTADIO no habían allegado el formulario No. 7 exigido como requisito habilitante dentro de los pliegos de condiciones, mientras que la unión temporal BERCASTEL si acreditó el cumplimiento de todos los requisitos.
- En razón a lo anterior, el Departamento de Boyacá concedió a los oferentes el término de cinco (5) días a efectos de subsanar las falencias antes referidas, término dentro del cual, los consorcios NARBOY y NUEVO ESTADIO, allegaron el referido formulario No. 7 exigido por la entidad como requisito habilitante, razón por la cual, fueron habilitados para continuar con el proceso licitatorio.

¹¹ Fls 162 a 164

¹² Fl 166



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

- Finalmente, en la audiencia pública¹³ de apertura de sobre económico de la licitación pública No. 05 de 2010 celebrada el 19 de mayo de 2010, se procedió a la apertura de los sobres con las ofertas económicas, previa revisión por parte de los asistentes quienes constataron que los sobres que contenían el formulario No. 7, se encontraban debidamente sellados, luego de lo cual se concluyó que la oferta más favorable correspondió a la presentada por el consorcio NARBOY.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto la Sala encuentra que en efecto el Departamento de Boyacá al momento de elaborar los pliegos de condiciones cometió una irregularidad, particularmente en lo que tiene que ver con la consagración de los requisitos exigidos a los futuros oferentes a efectos de habilitarlos para participar en el proceso.

En efecto, se advierte que fue señalado como uno de los requisitos habilitantes el que se allegara el formulario No. 7, documento igualmente exigido para ser presentado en el sobre No. 2 y que contenía básicamente la propuesta económica, de tal forma que la irregularidad se evidencia al exigirse la presentación de dos documentos con idéntico contenido tanto para acreditar requisitos habilitantes como para la formulación de la propuesta económica.

Según la tesis que sostiene la parte demandante, el acto administrativo de adjudicación del contrato debe ser declarado nulo, por cuanto se le dio la oportunidad a los consorcios NUEVO ESTADIO y NARBOY de allegar dentro del término de subsanación, el formulario No. 7, sin que esto fuera legalmente permitido, toda vez que, según refiere el actor, dicho documento contenía la propuesta económica que sería objeto de calificación, razón por la cual, dicha falencia era insubsanable.

A juicio de la Sala, el argumento planteado por la parte demandante no tiene vocación de prosperidad, por cuanto si bien es cierto, tal como se indicó en precedencia, el Departamento de Boyacá no debió exigir la

¹³ Fls 259 a 262



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

presentación de dos documentos (formulario No. 7) con idéntico contenido tanto para acreditar requisitos habilitantes como para la formulación de la propuesta económica, lo cierto es que así quedó previsto en los pliegos de condiciones y esas eran las reglas a las que los oferentes se sometieron, sin que en su oportunidad, se realizaría manifestación alguna al respecto.

En tal sentido, en el pliego de condiciones se consagró como requisito habilitante, el que los oferentes allegaran el Formulario No. 7 que contenía las cantidades de obra, valor unitario y valor total de la propuesta, de tal forma que, tal como se indicó en el acápite 5.1 de las consideraciones de ésta providencia, al haberse consagrado como un requisito habilitante, éste podía ser objeto de subsanación.

Ahora bien, advierte la Sala que haberse permitido a los consorcios NUEVO ESTADIO y NARBOY dentro del término de subsanación, allegar el formulario No. 7 previsto como requisito habilitante, en modo alguno puede entenderse que con tal actuación, se les permitió subsanar su propuesta económica, toda vez que tal como quedó visto en precedencia, los tres oferentes allegaron el Formulario No. 7 no como requisito habilitante, sino como oferta económica dentro del sobre No. 2 de la propuesta inicialmente presentada, documento éste último que no fue objeto de variación o de modificación alguna, luego de ser presentado por los proponentes.

Tal conclusión se soporta en lo señalado en el acta de cierre de licitación pública del 16 de abril de 2010, donde expresamente se señaló que los consorcio NARBOY y NUEVO MUNDO y la unión temporal BERCASTEL presentaron el sobre cerrado No. 2 con la oferta económica, documento que fue el utilizado al momento de calificar las propuestas en la audiencia de apertura de sobre económico de fecha 19 de mayo de 2010, donde expresamente se indicó lo siguiente, en relación con el formulario No. 7:

*“(...) Por parte de la administración se procedió a la apertura de los siguientes sobres de ofertas económicas, **previa revisión por parte de los asistentes quienes constataron que los sobres se encontraban debidamente sellados,***



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

de acuerdo con la lista de proponentes habilitados (...). (Destacado por la Sala)

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, concluye la Sala que el sobre No. 2 que contería la propuesta económica presentada por los oferentes en el marco de la licitación pública No. 005 de 2010, representada en el formulario No. 7, no fue objeto de subsanación o modificación alguna, de tal forma que la propuesta económica inicialmente presentada por los proponentes fue la que finalmente fue tomada en cuenta a efectos de verificar la propuesta más favorable al Departamento de Boyacá.

Es por ello que si bien, se presentó una irregularidad en el desarrollo de la licitación pública que se evidencia al exigirse la presentación de dos documentos con idéntico contenido tanto para acreditar requisitos habilitantes como para la formulación de la propuesta económica, lo cierto es que tal irregularidad en modo alguno afectó los principios de transparencia¹⁴ y selección objetiva¹⁵ del oferente, en tanto tal como

¹⁴ El principio de transparencia en la contratación ha sido entendido jurisprudencialmente como "(...)El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general,¹⁴ la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,¹⁴ la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes (...). CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de enero de 2016. Exp: 49.847.

¹⁵ De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto al principio de selección objetiva que "El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como quiera que persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad".(CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp: 21.492)



Demandante: OILEQUIP S.A y Otros
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

quedó visto, la calificación y selección de la oferta más favorable a la entidad, se realizó con fundamento únicamente en el sobre No. 2 que contenía la propuesta económica (formulario No. 7) que los proponentes allegaron con sus propuestas iniciales y frente a la cual, no se realizó ninguna modificación o subsanación.

En suma, encuentra la Sala que el cargo de nulidad propuesto por la parte demandante, en contra del acto administrativo por medio del cual se adjudicó la licitación pública No. 0005 de 2010 no tiene vocación de prosperidad toda vez que no se acreditó que dicho acto hubiese trasgredido normas superiores, particularmente los principios de transparencia y selección objetiva, razón por la cual habrá lugar a negar las pretensiones de la demanda.

6. COSTAS

Por otro lado, no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas para la parte vencida.



Demarcante: OILEQUIP S.A y Otros
Demarcado: Departamento de Boyacá
Expediente: 1500123310022010-01365-00
Contractual

TERCERO: Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Ausente Con Permiso
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA **FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**
Magistrado Magistrado






Libertad y Orden

Tribunal Administrativo de Boyacá

Secretaria

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN:

CLASE DE ACCIÓN:	CONTRACTUAL
RADICADO:	150012331002201001365-00
DEMANDANTE:	OILEQUIP S.A. Y OTROS
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE BOYACA – OFICINA DE COBRO COACTIVO
MAGISTADO PONENTE:	DR. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
FECHA DE LA DECISIÓN:	30 DE ENERO DE 2019

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **06 DE FEBRERO DE 2019** A LAS 8:00 A.M.

Claudia Lucia Pinzón Arango

Secretaria

CERTIFICO: QUE EL PRESENTE EDICTO PERMANECIÓ FIJADO EN LUGAR PÚBLICO DE LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL, POR EL TÉRMINO EN ÉL INDICADO, Y SE DESFIJA HOY **08 DE FEBRERO DE 2019** A LAS 5:00 P.M.

Claudia Lucia Pinzón Arango

Secretaria