|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No.11001333603420150056900** |
| DEMANDANTE | **CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES** |
| DEMANDADO | **UNIDAD DE SERVICIOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS** |
| MEDIO DE CONTROL | **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso contractual iniciado por la CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES en contra de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS-USPC y el vinculado CONSORCIO BELLAVISTA 07.

1. **ANTECEDENTES**
	1. **La DEMANDA**
		1. **PRETENSIONES**

*“(…) 1. Que es nula la Resolución No 1248 del 24 de diciembre de 2014 expedida por la NACIÓN - UNIDAD DE SERVICIOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS por la cual se declara desierta la licitación pública No la licitación No 027 de 2014.*

*2. Que se declare como adjudicatario del proceso de selección citado, al CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES cuya propuesta fue considerada en el informe final de evaluación del mismo como ÚNICA HÁBIL.*

*3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, LA NACIÓN - UNIDAD DE SERVICIOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS, deberá pagar a título de restablecimiento del derecho las siguientes sumas:*

*La suma de TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($372.932.216,75) correspondiente a la UTILIDAD dejada de percibir por la convocante como consecuencia de la decisión errónea y ajena a las reglas de selección de la licitación objeto del proceso, por parte de la DEMANDADA.*

*Dicho valor se encuentra compuesto por la suma de:*

*a) CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($46.538.964), equivalente al 15% subtotal de diseño estimado como utilidad por este concepto, más:*

*b) TRESCIENTOS VEINTE SEIS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($326.393.252,75), o la que resulte probada en el proceso, como utilidad esperada y declarada en la oferta presentada, y calculada sobre el del valor de la obra, utilidad que fue dejada de percibir por la indebida declaración de desierta y verse privados de la adjudicación de La licitación aludida y por ende, de la suscripción del correspondiente contrato.*

*4. Que como consecuencia de la anterior Pretensión se condene a pagar a LA NACIÓN - UNIDAD DE SERVICIOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS, a título de restablecimiento del derecho, por concepto del daño emergente, el valor correspondiente a la pérdida adquisitiva del Peso colombiano, entre la fecha en que se habría hecho efectiva la adjudicación y la fecha de la respectiva sentencia condenatoria*

*5. Que también a título de el Restablecimiento del Derecho, como reparación del Lucro Cesante, se condene a LA NACIÓN - UNIDAD DE SERVICIOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS, a pagar a mis mandantes, las cantidades que correspondan al valor de los intereses comerciales de las sumas que se condene por concepto de Daño Emergente, desde la fecha en que se debía adjudicar la licitación mencionada, hasta que se haga efectiva la Sentencia por parte de la demandada. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
			1. El 16 de diciembre de 2015 esa entidad expidió el informe de evaluación de la licitación No 027 de 2014.
			2. Mediante comunicación del 23 de diciembre del mismo año, el consorcio radicó ante esa entidad una comunicación mediante la cual aclaraba y subsanaba las observaciones efectuadas por el comité evaluador en el mencionado informe de evaluación.
			3. De la misma manera, en la misma fecha radicó otra comunicación mediante la cual hacía observaciones al CONSORCIO CYGNUS.
			4. De conformidad con el documento denominado "CONSOLIDADO DE RESPUESTA DE OBSERVACIONES PROCESO DE SELECCIÓN LICITACIÓN No 027 - 2014, y atendiendo la observación efectuada por el consorcio a la propuesta del CONSORCIO CYGNUS, la entidad resolvió rechazar a este último como consecuencia de la vulneración del CAPITULO II CONTENIDO DE LA PROPUESTA Y REQUISITOS HABILITANTES, numeral 2.1.3 DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN DE ESTRUCTURA PLURAL, como quiera que el mismo incumplió lo concerniente a la acreditación mínima de la experiencia requerida por los miembros de una estructura plural.
			5. El día 24 de diciembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de adjudicación, tal y como fuera establecido en los pliegos de condiciones, audiencia en la cual intervinieron los proponentes.
			6. Después de las intervenciones realizadas por los intervinientes y agotadas las mismas, el apoderado del consorcio CYGNUS solicitó el rechazo del ofrecimiento del consorcio, como quiera que en su parecer, el DIRECTOR COORDINADOR DE DISEÑO presentado en la oferta conforme al ANEXO No 9 del pliego de condiciones, no acreditaba título de postgrado, siendo según su entender requisito exigido para tal profesional, al tenor de lo establecido en el ANEXO 9.1 del referido pliego.
			7. El representante del consorcio AB CONSTRUCCIONES aclaró a la entidad, que dicho requisito de estudios solo era exigible para el DIRECTOR COORDINADOR GENERAL DEL PROYECTO, correspondiente al "Personal Proyectado Requerido" (ANEXO 9.1) y no al DIRECTOR COORDINADOR DE DISEÑO, correspondiente al "Personal Proyectado Ponderado" (ANEXO 9).
			8. Efectuado un nuevo receso de los llevados a cabo por la entidad durante la audiencia, ésta estimó que nuestra oferta debía ser rechazada como consecuencia de la falta de incorporación en nuestra propuesta del "Personal Proyectado Requerido".
			9. Teniendo en cuenta esta nueva observación, el consorcio pidió intervenir para pronunciarse sobre ella, impidiéndosele tal actuación por parte de la entidad y por considerar que ya se había tenido suficiente ilustración sobre el asunto.
			10. Mediante resolución No 1248 del 24 de diciembre de 2014 publicada en el SECOP el 29 de los corrientes, la entidad materializó la decisión anunciada en la audiencia de adjudicación, de DECLARAR DESIERTA LA LICITACIÓN No 27 DE 2014, estableciendo como causa para el efecto lo siguiente:

*"Que dentro de la audiencia de adjudicación de la LICITACIÓN PUBLICA No 27 - 2014 EL CONSORCIO CYGNUS presentó observaciones contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES, el cual se encontraba como ÚNICO PROPONENTE HÁBIL en la evaluación definitiva.*

*Que atendiendo las observaciones presentadas contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES; el comité evaluador técnico verificó nuevamente la documentación aportada por el proponente, y concluyó que se rechaza la oferta por NO CUMPLIR técnicamente con el personal mínimo requerido en el anexo 9 y 9.1 del pliego de condiciones."*

* + - 1. El día 30 de diciembre de 2014 se radicó ante LA DEMANDADA, recurso de reposición contra la resolución, en consideración a los siguientes argumentos:

*El artículo 74 del Código Contencioso Administrativo dispone: "Por regla general, contra los actos definitivos proceden los siguientes recursos: 1.- El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare. Modifique, adicione o revoque... (...)- De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión... (...) Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente y decidirá lo que sea del caso*

Con respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia de marzo catorce (14) de dos mil trece (2013), Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059), Actor: SOCIEDAD AVILA LIMITADA Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo, se sostuvo:[[1]](#footnote-1)

* + - 1. El día 28 de mayo se citó a audiencia de conciliación ante la PROCURADURIA 146 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA. Ante la inasistencia a dicha audiencia por parte de la DEMANDADA, se citó nueva audiencia para el día 18 de junio de 2015.
			2. El día 16 de julio de 2015, última fecha fijada por la Procuraduría como consecuencia de la segunda solicitud de aplazamiento hecha por la DEMANDADA, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin la presencia de ningún representante de aquella.
			3. El día señalado en el numeral anterior y como consecuencia de la falta de ánimo conciliatorio de la DEMANDADA, la audiencia se declaró fallida y se expidió la respectiva certificación.
			4. Sin contestar el recurso de reposición y sin dar ninguna razón sobre el mismo, LA DEMANDADA decidió abrir la licitación pública No USPEC-LP-007-2015, cuyo objeto es el mismo de la licitación fallida.
		1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
			1. El apoderado de la demandada **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS,** rechazó plenamente las pretensiones de la demanda:

*(…) Rechazamos la primera pretensión por cuanto la Resolución de declaratoria de desierta de la Licitación No. 027 de 2014, fue emitida conforme a derecho, y dictada en armonía con el ordenamiento jurídico, esto es, cumpliendo los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, y sus decretos reglamentarios, así mismo, siguiendo los parámetros establecidos en el pliego de condiciones que son Ley para las partes.*

*En efecto, una vez revisado el proceso de Licitación Pública -LP-027-2014, se establece que en la etapa precontractual y específicamente en las fases preparatorias y de apertura de la licitación la Unidad plasmó en el mismo los postulados que regían los pliegos de condiciones, basados en los principios de selección objetiva, pluralidad de oferentes, transparencia, eficiencia, eficacia y publicidad, entre otros.*

*En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección, la jurisprudencia ha indicado:[[2]](#footnote-2)*

*Para el caso específico, y dada la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce a las entidades estatales en la redacción de los pliegos de condiciones, se determinó como regla dentro de los mismos, establecer unos requisitos en lo que al personal se refiere, teniendo en cuenta el objeto a contratar y la labor a desarrollar, por lo cual, la experiencia y calidades eran factor de habilitar o rechazar a los diferentes proponentes, ello, con el fin de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental.*

*Frente a este punto la Corte Constitucional, en su Sentencia C- 400/99 consideró:[[3]](#footnote-3) Se precisa igualmente que al tener el carácter de vinculante el pliego de condiciones, debe ser aplicado de manera estricta para proceder a la selección del contratista. Al efecto la jurisprudencia ha considerado:[[4]](#footnote-4) (…)*

*Por lo anterior, la Unidad se ratifica que tanto el proceso previo, como al momento de la declaratoria de desierta de la Licitación 027 de 2014, la cual puede ser consultad en el siguiente link: https://www.contratos.qov.co/consu[tas/detalleProceso.do?numConstancia=14-1 -129559, Se llevó a Cabo bajo los principios de planeación, selección objetiva, transparencia, publicidad, pluralidad de oferentes, igualdad, debido proceso, economía entre otros, que rigen la contratación estatal.*

*Pero la entidad, debe ser enfática, que durante todo el proceso de la Licitación 027 de 2014, lo llevó a cabo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y que se rigió por los principios que rigen la contratación estatal.*

*Así mismo, es pertinente indicar que la oferta presentada por el actor, no era la más favorable, y prueba de ello es que no se ubicó en el primer lugar, al contrario, fue objeto de rechazo, ya que no cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, y así se plasmó en la Resolución 1248 de 2014, por lo tanto, la entidad tuvo que declarar desierto el proceso licitatorio, al observar que ninguno de los proponentes cumplía con las condiciones señaladas en los pliegos de condiciones y así, luego de verificar las condiciones establecidas en los mismos, debió tomar dicha decisión, con el objeto de salvaguardar el bien público y preservar el interés colectivo. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que cuando el demandante afirma que era la mejor propuesta, tiene que probarlo, y la carga probatoria es de mayor calado, no basta simplemente con anunciarla.*

*Al respecto el acto administrativo, además de realizar un recuento del proceso señala lo siguiente:[[5]](#footnote-5) Al respecto, dicha corporación en Sentencia de agosto 12 de 2014, radicado 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332) , magistrado ponente, doctor Enrique Botero Gil, manifestó lo siguiente:[[6]](#footnote-6) Por lo tanto, tal y como ha sido reiterado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, no basta con el simple hecho de anunciar o manifestar que era la mejor propuesta, se debe probar, lo que en el presente caso no ocurre. Baste con mirar los pliegos de condiciones, el acto de adjudicación y poder constatar que la entidad adjudicó el contrato al oferente ubicado en el primer lugar y que de suyo, presentó la mejor propuesta, de acuerdo a lo solicitado en los pliegos de condiciones, que son ley para las partes y el elemento que regla el proceso en sí (…)”*

Propuso como **EXCEPCIONES** las siguientes:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | **FUNDAMENTACION** | **PRONUNCIAMIENTO DEL ACTOR[[7]](#footnote-7)** |
| *FALTA DE COMPETENCIA* | *Queremos señalar que este punto ya fue objeto de análisis por su despacho, mediante* ***AUTO*** *calendado el 19 de febrero de 2016, el cual compartimos en su integridad, por lo cual, solicitamos que la presente demanda, teniendo en cuenta que versa sobre un contrato, y el medio de control es el de controversias contractuales, y que el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, permite que los actos previos sean demandados de conformidad a lo señalado en los artículos 137 y 138, pero bajo esta premisa, la competencia se debe mirar sobre el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato, tal y como lo señala el numeral 4 del artículo 156 ibídem, entonces, le corresponde a los Juzgados Administrativos de Oralidad de Antioquia -Antioquia, toda vez que el objeto del contrato tenía como lugar dicha ciudad.**Por lo tanto, en nuestro sentir, el pronunciamiento inicial es el que tiene plena validez, razón por la cual, solicitamos se trámite al presente excepción, para evitar a futuro posibles nulidades.* | *En cuanto a la presunta a falta de competencia de ese Despacho, el apoderado de la demandada no aporta ningún argumento distinto al de su propia opinión personal, desconociendo la existencia de normatividad expresa sobre el particular, la cual en su oportunidad fue expuesta por el suscrito mediante recurso de reposición interpuesto ante la decisión inicial de ese despacho de considerarse incompetente para conocer de este asunto, la cual fuera acogida por éste, como da cuenta el auto de 15 de abril de 2016, que expresó:**“(…) 1.2.1.1 COMPETENCIA TERRITORIAL**“Conforme a lo dispuesto en el artículo 156 del CPACA “para la determinación de la competencia por razón del territorio se observaran las siguientes reglas: (…) 4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si este comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante (…)” subrayado fuera del texto)**“en auto de 19 de febrero de 2016, este despacho decidió remitir el proceso al Circuito Judicial Administrativo de Medellín. El demandante interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia y el despacho acogió los argumentos expuestos por el demandante, razón por la cual decidió revocar el auto de 19 de febrero de la presente anualidad y procedió a conocer del presente proceso”. (resaltado fuera de texto)**En cuanto al presunto incumplimiento del requisito de procedibilidad, en el mismo auto, el despacho expresó:* *“1.7. CONCILIACION PREJUDICIAL**Revisado el expediente encuentra el despacho que esta evacuado el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial en concordancia con el articulo 13 d3e la ley 1285 de 2009 y el 161 numeral 1º del CPACA, como quiera que el expediente se allegó constancia de conciliación prejudicial expedida por la Procuraduría 146 Judicial II para asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida el 16 de julio de 2015 por falta de ánimo conciliatorio.* *A pesar de lo anterior, el apoderado pretende descalificar el análisis del despacho sobre este requisito, alegando una presunta irregularidad en cuanto al requisito de procedibilidad que basa en la aparente inconsistencia entre las pretensiones de la solicitud de conciliación y la de la demanda al considerar que en la primera se pidió la revocatoria de la resolución, mientras que en la segunda lo solicitado fue la nulidad de la misma.*  |
| *INEPTITUD DE LA DEMANDA* | ***No debido agotamiento del requisito de procedibilidad.****Es pertinente indicar al despacho que la solicitud de conciliación se surtió ante la Procuraduría 146 Judicial II para asuntos Administrativos, bajo el radicado No. 125-2015 del 16 de abril, quien expide certificación calendada el dieciséis 816) de julio de 2015, en la que señala lo siguiente:****"2.*** *Las pretensiones de la solicitud fueron las siguientes:* ***Revocar*** *la resolución No. 1248 de 2014, POR LA CUAL SE DECLARÓ DESIERTA LA LICITACIÓN No. 027 de 2014 y en consecuencia adjudicar el contrato derivado de dicho proceso a el convocante. Pagar al convocante a título de restablecimiento del derecho la suma de $372.932.216,75 correspondiente a la utilidad dejada de recibir por la convocante por la decisión errónea y ajena a las reglas de selección asumida por la convocada en este proceso. Dicho valor está compuesto por la suma de $46.538.964 equivalente al 15% del subtotal de diseño estimado como utilidad por este concepto, más la suma de $326.393.252,75 declarada como utilidad para la construcción de la obra, en el formulario correspondiente a la oferta económica presentada por la convocante en el referido proceso". (Resaltado y Subrayas fuera de texto).**Entonces, dentro de la acción de la referencia, el actor, cambia las pretensiones presentadas en la etapa de conciliación, que de conformidad con lo señalado en la Ley 640 de 2001, es un requisito de procedibilidad, por lo cual, estamos frente a la excepción, señalada en el numeral 5 del artículo 100 de la Ley 1564 de 2012. Lo anterior en concomitancia con el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**Baste con señalar, gue mientras en la etapa se conciliación prejudicial solicitó la revocatoria de la Resolución 1248 del 24 de diciembre de 2014, en la presente acción solicita su nulidad, que son dos cosas totalmente diferentes, por lo cual, no se puede predicar que se haya agotado en debida forma el requisito de procedibilidad.* | *Olvida el apoderado que en la conciliación prejudicial se está en una instancia administrativa de solución directa entre las partes en conflicto y que en tratándose de una diferencia sobre un acto administrativo, lo procedente es la revocatoria del mismo, porque es la misma autoridad que expidió el acto quien tiene esta potestad en los términos del artículo 93 del CPACA. La nulidad de los actos administrativos sólo se da a través de la intervención judicial, en virtud de los medios de control establecido por la ley para el efecto y no es una potestad ni de la entidad ni del procurador.*  |

* + - 1. El apoderado de la vinculada en calidad de litisconsorte necesario **CONSORCIO BELLAVISTA 07** no contestó la demanda y por ende no propuso excepciones.
	1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
		1. El apoderado de la parte **ACTORA** manifestó: “(…)  *1. ERROR DE INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES*

*El pliego de condiciones es un acto jurídico, que contiene por un lado las directrices necesarias para llevar acabo la etapa precontractual de carácter obligatorio y vinculante para quienes participan en el proceso, y por otro, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.*

*Este acto jurídico se rige bajo diversos principios, entre ellos el de transparencia, así lo comprende la ley 80 de 1993 en su artículo 24.5, en el cual, se establece un contenido que como mínimo deben llevar los pliegos de condiciones. (…)Lo anterior significa que, aunque las entidades tienen la facultad de diseñar los pliegos de condiciones según las necesidades de contratación, estas deben seguir unos lineamientos mínimos como base para la escogencia objetiva de un contratista. (…)De lo anterior, es claro que las entidades no pueden desconocer lo que se ha dispuesto en el pliego de condiciones, ni incorporar arbitrariamente cambios o interpretaciones ajenas a lo establecido por ellos mismos. Dicha situación se presenta en el caso objeto de litigio, toda vez que, la entidad sin fundamento jurídico alguno, ni una motivación adecuada esgrime que tanto el anexo 9 que contenía el "PERSONAL PROYECTADO PONDERADO" como el anexo 9.1 que contenía al "PERSONAL PROYECTADO REQUERIDO" eran necesarios para la calificación de las propuestas. Interpretación ajena a todas las reglas dispuestas por la entidad en el pliego de condiciones.*

*En primer lugar, el numeral 4.2 del pliego de condiciones definió la CALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS, señalando los requisitos y su respectivo factor de calificación. Con base en ellos, determinó que aquellos requisitos objeto de asignación de puntaje serían los correspondientes a:*

*1. - "Ponderación de calidad" 100 puntos*

*2. - "Incentivo a componente colombiano 10 puntos*

*3. - "Calificación económica 40 puntos.*

*Los demás criterios de evaluación señalados en el referido numeral correspondiente a criterios habilitantes y no asignaban puntaje.*

*Con respecto al criterio de "ponderación de calidad", la entidad estableció en el numeral 4.2.1, lo siguiente: (…)*

*Con fundamento en lo anterior era claro entonces, por una parte, que el criterio de ponderación en materia de personal sería el que correspondía al del ANEXO 9, es decir al PERSONAL PROYECTADO PONDERACIÓN DE CALIDAD a que se refería el numeral 4.2.1, pues era con respecto a éste, sobre el que la entidad iba a asignar puntaje y no otro. De igual forma fue afirmado en su oportunidad en el RECURSO DE REPOSICIÓN, pues de ninguna otra manera podía entenderse la regla del pliego de condiciones estipulada en el numeral citado, como en forma posterior quiso hacer LA DEMANDADA pretendiendo considerar que debía rechazarse a LA DEMANDANTE por no haber suministrado el personal de que trata el ANEXO 9.1, cuando, por una parte, en ningún momento dentro del proceso de evaluación se le hizo saber sobre este presunto incumplimiento, y que se repite, solo vino a surgir al último instante de la audiencia de adjudicación sin siquiera tener la oportunidad de ejercer adecuadamente el derecho de contradicción, violentado de contera con ello el Principio del Debido Proceso y de Defensa, pues dada esta nueva circunstancia que afectaba la calificación habilitante de que gozaba su oferta, era procedente dar traslado de la misma, para pronunciarse sobre ella, incluso, debía proceder el plazo de 5 días de que habla la ley 80 de 1993 para referirse al informe de evaluación, pues en éste JAMÁS se hizo mención a este presunto incumplimiento, siendo entonces una nueva evaluación la que habría surgido en este último estadio.*

*Pero además de ello, tampoco le asiste razón a la entidad en su "motivación" para rechazar la oferta de EL DEMANDANTE y, por ende, declarar desierta la licitación, pues solo los profesionales referidos en ANEXO 9 eran calificables. La única mención que se hace al ANEXO 9.1 hace referencia a la dedicación del personal, sin establecer puntaje o ponderación para el restante personal distinto al especificado en el ANEXO 9.*

*Y a esta conclusión también se llega vía las pruebas adjuntadas por la parte DEMANDADA toda vez que en el archivo 27. Anexo 9 se establece que es para el personal proyectado ponderado v el archivo 28. Anexo 91 para el personal proyectado requerido. Una evidencia más del trato discriminado que se le debió de haber dado a cada uno de los anexos por parte de la entidad en la evaluación de las propuestas.*

*Ahora bien, en una interpretación armónica del pliego y del contrato como tal, se tiene que éste se encuentra dividido en dos etapas: i) Diseños y ii) Construcción. El personal que fue objeto de ponderación corresponde al necesario para la primera etapa y así se deduce de los perfiles contenidos en el ANEXO 9 denominado por la entidad "PERSONAL PROYECTADO PONDERADO". En cuanto a los demás profesionales distintos a los contemplados en este anexo y que se encuentran definidos en el ANEXO 9.1, los mismos corresponden a lo que la misma entidad definió como "PERSONAL PROYECTADO REQUERIDO" y sobre el que da cuenta a su vez el numeral 5.6 del mismo pliego de condiciones denominado "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", encontrando en el numeral 20, lo siguiente (…)*

*Como se cuestionó en el RECURSO DE REPOSICIÓN, ¿Qué sentido tendrían entonces estas reglas sobre evaluación de personal requerido, si este último, debía, según la entidad, haber sido presentado junto con la propuesta? La respuesta evidentemente es que NO TENIA NINGÚN SENTIDO, pues las reglas sobre calificación de personal ponderable solo correspondían al del ANEXO 9 al cual se le estableció específicamente el puntaje de calificación, que suma el total del máximo de puntaje por este aspecto*

*Es claro que el personal mínimo ponderable (anexo 9) era el que debía ir junto con la propuesta y no otro, pues éste último, que también era requerido para la ejecución contractual, iba a ser evaluado para que se ajustara a lo requerido por la entidad. A diferencia del personal requerido (anexo 9.1) que era necesario exclusivamente para la ejecución del contrato no para la presentación de la propuesta.*

*Es evidente que LA DEMANDADA cometió un error de interpretación sobre sus propias reglas contractuales que la llevó a la toma de una decisión equivocada que no solo es censurable desde la óptica del deber de selección objetiva al que están obligadas las entidades estatales, sino también desde la óptica del interés público que las mismas entidades deben satisfacer en desarrollo de la actividad contractual. Resulta lamentable que en el proceso objeto de este litigio -en el cual todas las cosas fueron claras y transparentes- LA DEMANDADA haya tomado una decisión infortunada de última hora que echó al traste la ejecución de un proyecto necesario y prioritario y más aún, cuando el ofrecimiento de EL DEMANDANTE, tal y como lo mencionó la resolución inhibitoria que se demandará en caso de fracaso de esta solicitud era la UNICA HÁBIL durante todo el proceso de selección*

*No resulta comprensible que una interpretación equivocada y confusa sobre la que la misma entidad no tuvo seguridad pues su decisión se produjo como consecuencia de una indebida presión del otro consorcio participante tenga el carácter y la envergadura para distraer una evaluación que había sido objetiva y clara.*

*2. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

*La declaratoria de desierta de un proceso de selección es un acto reglado, es decir, procede únicamente cuando se dan las circunstancias que la ley prevé, siendo actualmente una sola la que contempla la ley 80 de 1993 en el numeral 18 del artículo 25, el cual, expresa lo siguiente: (…)Revisada la actuación de LA DEMANDADA y contenida en la resolución No 027 de 2014, se aprecia que la misma no se ajustó a lo establecido en la norma citada pues brilló por su ausencia "la forma expresa y detallada" de las razones por las cuales se procedió con esta decisión inhibitoria ya que el acto administrativo en cuestión se limitó en señalar como causa de esta decisión, lo siguiente: (…)De lo anterior se aprecia que LA DEMANDADA no entró a analizar ni a motivar las razones que llevaron a esta conclusión, siendo ellas, necesariamente, las reglas del pliego de condiciones que estimó habían sido incumplidas por EL DEMANDANTE y que le habrían impedido efectuar una selección objetiva, que incluso la llevaron a desconocer lo estipulado en el artículo 3o de la ley 80 de 1983 sobre el INTERÉS PÚBLICO inmerso en la actividad contractual.*

*La entidad, en el acto de declaratoria desierta se limitó a citar el presunto incumplimiento de dos anexos del pliego de condiciones sin explicar la razón de ello, o haciendo el análisis objetivo y de fondo que implica una verdadera motivación de un acto administrativo.*

*De acuerdo con lo anterior, en sentencia del 14 de marzo de 20132 el Consejo de Estado afirma en cuanto a la declaración de desierta, lo siguiente: (…)En este orden de ideas, no es entendible cómo LA DEMANDADA llegó a una conclusión tan lejana de sus propias reglas del concurso, cuando el personal que adujo no encontrarse incluido, es decir el contenido en el ANEXO No 9.1, no formó parte de la calificación de las propuestas establecido en el numeral 4.2 pues ésta al repartir el puntaje referido a la "PONDERACIÓN DE CALIDAD", únicamente lo hizo para el personal del ANEXO No 9.*

*3. PRECISIÓN EN LOS INFORMES*

*Ahora bien, si el personal que supuestamente no se presentó por parte de EL DEMANDANTE, es decir el establecido en el ANEXO 9.1, según la última interpretación hecha extemporáneamente, debía haberse incluido en la propuesta, era claro que para éste, NO EXISTÍA PUNTAJE, por lo que, al no haberse ponderado debió ser considerado como la ausencia de un requisito habilitante y en su oportunidad, LA DEMANDADA debió pedir a EL DEMANDANTE allegarlo, pero solo, si así lo hubiera establecido en el pliego de condiciones como tal. Pero tampoco lo hizo así, viniendo a última hora a afirmar sin ningún fundamento ni juicio objetivo, que éste debió acreditarse. En consecuencia, emerge una cuestión que la entidad nunca respondió, ¿para qué estaba solicitando la certificación de un anexo que no era parte de los requisitos habilitantes ni se le había otorgado puntaje?*

*Lo anterior comprende suprema importancia, es evidente que la entidad a raíz de su interpretación desconoció los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones y en la ley. En este sentido, es preciso tener en cuenta que los informes de evaluación no son meras indicaciones de aquellos requisitos que hacen falta para la calificación adecuada de la propuesta, sino que, su contenido debe ser detallado y preciso, tal y como lo establece el numeral 7 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, el que afirma lo siguiente: (…)En este orden de ideas, no es concebible como la entidad, ad-portas de terminar el proceso y habiendo realizado todos los informes de evaluación correspondientes, realizó una interpretación del pliego inadecuada, solicitando el personal requerido en el anexo 9.1., solicitud que jamás había sido efectuada en dichos informes y que tomó por sorpresa a mi representada, sin siquiera otorgarle el plazo idóneo para subsanar. En consecuencia, es totalmente claro que la entidad no tuvo en cuenta el alcance del principio en mención, realizando informes sin motivación suficiente, que a la postre se materializaron en un improvisación e interpretación errónea de las reglas y requerimientos del pliego que perjudico al Consorcio AB.*

*4. DERECHO A CONTROVERTIR Y SUBSANAR. Como consecuencia de la errónea interpretación que realizo la entidad, EL DEMANDANTE se vio en la necesidad de explicarle a la entidad detalladamente cual era el error en el que estaba incurriendo. No obstante, la entidad arbitrariamente se negó a dicha situación imponiendo discrecionalmente su criterio de interpretación sin si quiera otorgar la oportunidad AL DEMANDANTE de controvertir dicha afirmación o, si quiera, de poder subsanar la supuesta falencia en que incurría.*

*Pues bien, es evidente que aquí le fueron violadas las garantías del debido proceso a mi representada, toda vez que no se le garantizo el derecho de defensa, ni contradicción, entendido conforme lo establece la Corte Constitucional, en sentencia C-025 de 20094: (…)*

*Dado lo anterior, la entidad jamás respeto el derecho de defensa y contradicción en cabeza del DEMANDANTE, omitió e impidió a toda costa que este pudiera dar una explicación o, principalmente, evidenciarle a la entidad el error de interpretación en el cual estaba incurriendo. Sin embargo, eso no es todo, la entidad no solo silencio arbitrariamente a EL DEMANDANTE, sino que además le negó la posibilidad de subsanar dicha falencia, contrariando no solo disposiciones legales, sino también lo dispuesto por esta misma en el pliego de condiciones.*

*Así pues, establece Colombia Compra Eficiente en su circular No. 13(5) que: (… ) En consecuencia, la entidad estaba en la obligación de otorgarle a EL DEMÁNDATE la posibilidad de subsanar la supuesta falta de certificación del Anexo 9.1 toda vez que, conforme la errónea interpretación de la entidad, era un requisito habilitante que no otorgaba puntaje, razón por la cual, debía otorgarle dicho derecho durante el termino correspondiente. Dicho término estaba establecido en el pliego de condiciones, en el numeral 3.1 el cual reza que: (…)Este plazo, era por mínimo 3 días hábiles tal y como lo había establecido la entidad en el cronograma. Razón por la cual, es más que evidente su señoría la violación sistemática por parte de la entidad al derecho de defensa de EL DEMANDANTE, situación más que suficiente para considerar que la actuación de la administración fue completamente viciada y ajena a las obligaciones que esta tiene en aras de garantizar los derechos de los particulares y el interés general.*

*5. INEXISTENCIA DE UNA CAUSAL DE RECHAZO*

*Por otro lado, no ha de ser un tema menor, el hecho de que la entidad, al no motivar el acto administrativo de declaratoria de desierta, no estableció qué o cuál causal de rechazo de la propuesta estaba incoando para efectuar dicho acto. Siendo un tema repetitivo y constante, la falta de motivación del acto administrativo genera una ¡ncertidumbre jurídica sobre la cual no le es permitido al DEMANDANTE conocer realmente los hechos por los cuales le fue rechazada su propuesta. No obstante, es preciso afirmar que LA DEMANDADA fundó su razón de rechazo sobre una causal que NO SE ENCUENTRA contemplada como tal en el pliego de condiciones.*

*En efecto si se revisa el numeral 3.2 "CAUSALES DE RECHAZO", el motivo que invoca la entidad para proceder a esta descalificación, no se encuentra dentro de las 16 causas estipuladas por la entidad, ni en ningún otro aparte del pliego de condiciones que, conforme al literal n), exista como caso expreso en dicho documento. Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 20116 estableció que: En consecuencia, a parte de la obligación ya mencionada de motivar el acto administrativo, la entidad tenía la obligación de ceñirse a las causales de rechazo establecidas en el pliego de condiciones y en la ley, actuación que brillo por su ausencia, toda vez que, el fundamente esgrimido dentro del acto administrativo de declaratoria de desierta, no puede adecuarse de ninguna manera a las causales de rechazo. En ninguna parte del pliego de condiciones se especifica que, el no haber adicionado a la propuesta lo establecido en el anexo 9.1 seria una causal de rechazo, lo anterior, toda vez que es claro y evidente que ese anexo no hace parte de los requisitos habilitantes o puntuantes, razón por la cual, era expresamente necesario establecer una causal directa para la falta de este anexo.*

*6. RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL OTRO OFERENTE.*

*Por último, dentro de las pruebas aportadas al proceso, en especial los informes de evaluación, preliminares y definitivos, así como, el acto administrativo de declaratoria de desierta, demuestran y establecen que el Consorcio C y G ÑUS, único oferente que participo con LA DEMANDANTE dentro de este proceso de licitación, no estaba habilitado para ser parte de la selección, toda vez que, no cumplía con uno de los requisitos técnicos exigidos por el pliego de condiciones.*

*En este sentido, el consorcio en mención no cumplía con las condiciones de experiencia establecidas en la nota aclaratoria del numeral 2.1.3 del pliego de condiciones, el cual reza que: Así pues, uno de los integrantes del consorcio C y G ÑUS no cumplía con dicha experiencia, razón por la cual la propuesta fue rechazada y el único proponente hábil para ser adjudicatario del proceso de selección era el Consorcio AB construcciones, demandante en el presente proceso.*

*Es por eso su señora que, la administración, bajo las razones expuestas a lo largo de este documento, desestimó la propuesta de la DEMANDANTE sin justa razón, declarando el proceso desierto pues considero que ninguno de los dos proponentes estaba hábil para participar. Deducción contraria a la realidad en cuanto al rechazo de la propuesta realizada por el Consorcio AB.*

*CONCLUSIONES DEL PROCESO*

*1. LA DEMANDADA incurrió en un error de interpretación y apreciación de la propia normativa impuesta en el pliego de condiciones, al indicar que tanto el anexo 9 "personal proyectado ponderado" y el anexo 9.1 "personal proyectado requerido" debían hacer parte de la propuesta. Esta apreciación fue completamente errónea y ajena a las reglas del proceso, ya que, este ultimo anexo no fue establecido como un requisito habilitante, ni puntuante, por lo que no podía tenerse en cuanta a la hora de evaluar las propuestas.*

 *2. La entidad actuó de forma contraria a toda la normativa impuesta para los procesos de selección. La motivación de los actos administrativos, en este caso, los informes de evaluación y el acto administrativo que declaro desierto el proceso, son una obligación perentoria en cabeza de la administración. Situación que brillo por su ausencia en el presente proceso, pues la entidad en ninguno de los informes de evaluación indico que era necesario que junto con la propuesta se certificara lo dispuesto en el anexo 9.1 y, de igual forma, en el acto administrativo, no indicó por que le asistía razón en dicha interpretación, a sabiendas que era supremamente extensiva y ajena a las reglas establecidas en el pliego de condiciones.*

*3. A raíz de la interpretación efectuada por la entidad dentro de la audiencia de adjudicación, nunca se le corrió traslado a EL DEMANDANTE para que este pudiera contradecir dicha afirmación. Es más, no se le permitió subsanar aun afirmando que era un requisito habilitante, que hasta ahora había sido mencionado. Razón por la cual, es mas que evidente que se le vulnero el derecho al debido proceso, en específico, el derecho de defensa y contradicción.*

*4. Dentro de las reglas establecidas en el pliego de condiciones no existía causal alguna para rechazar la propuesta de EL DEMANDANTE ha quedado claro que el anexo 9.1 no hacia parte ni de los requisitos habilitante, ni de los puntuantes, razón por la cual, la entidad no tenía por qué pedirlos. En consecuencia, debía existir alguna regla precisa que estableciera dicha causal dentro del pliego para poder rechazar la propuesta.*

*5. Por último, el consorcio AB construcciones, demandante en el proceso, era el único proponente hábil, el otro, consorcio G y C ÑUS, no cumplía con las condiciones técnicas, en específico con la experiencia requerida para el proceso. Es por esa razón que la entidad no tenía más salida jurídica que adjudicar el proceso al consorcio AB construcciones por tener la propuesta más favorable y cumplir con todos y cada uno de los documentos requeridos por el pliego de condiciones (…)”*

* + 1. El apoderado de la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS** -**USPEC –** expuso:

 *“(…)Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas pretendidas, pues en los hechos que motivan la actuación no se configuran los elementos necesarios para declarar la nulidad de las Resoluciones No. 1248 del 24 de diciembre de 2014, por medio de la cual la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios declaro desierto la Licitación Publica LP.027 de 2014, ni atribuirle responsabilidad patrimonial al no existir ninguna justificación, ni prueba de los perjuicios, por lo que solicita que se condene en costas al demandante.*

*Nos pronunciamos expresamente contra las pretensiones del demandante en el sentido de rechazarlas plenamente, por cuanto las mismas no tienen sustento jurídico, tal como se podrá evidenciar de los argumentos que se exponen más adelante. (…)*

*Declararla Nulidad del acto administrativo de declaratoria de desierta de la LP27 de 2014 mediante la Resolución No. 01248 del 24 de diciembre de 2014, cuyo objeto era "Contratar los estudios técnicos, diseños arquitectónicos, construcción, tramites y licencias para el nuevo pabellón N. 5 del establecimiento penitenciario de mediana seguridad - EPMSC Bellavista municipio de Bello - Antioquia".*

*Rechazamos esta pretensión, teniendo en cuenta que el acto de declaratoria de desierta de la LP027 de 2014, se rigió por lo señalado en los pliegos de condiciones, y bajo el imperio de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993,1150 de 2007 y los decretos reglamentarios. En efecto, una vez revisado el proceso de la 027 de 2014, se establece que en la etapa precontractual y específicamente en las fases preparatorias y de apertura de la selección abreviada la Unidad plasmó en el mismo los postulados que regían los pliegos de condiciones, basados en los principios de selección objetiva, pluralidad de oferentes, transparencia, eficiencia, eficacia y publicidad, entre otros.*

*En relación con la función que cumplen los pliegos de condiciones en orden a garantizar el deber de selección objetiva, los requisitos de participación y los criterios de selección, la jurisprudencia ha indicado: (…) Para el caso específico, y dada la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce a las entidades estatales en la redacción de los pliegos de condiciones, se determinó como regla de evaluación económica las cuatro fórmulas adoptadas por Colombia Compra Eficiente, ello, con el fin de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental, así mismo, el debido proceso y asegurar la mayor transparencia posible.*

*Frente a este punto la Corte Constitucional, en su Sentencia C- 400/99 consideró: (…) Se precisa igualmente que al tener el carácter de vinculante el pliego de condiciones, debe ser aplicado de manera estricta para proceder a la selección del contratista. Al efecto la jurisprudencia ha considerado: (…)*

*2. Que se declare como adjudicatario del proceso de selección citado, al CONSORCIO AB CONSTRUCIONES cuya propuesta fue considerada en el informe final de evaluación la mejor propuesta."*

*Rechazamos está pretensión, toda vez que como se ha manifestado en el punto anterior, la expedición del acto de declaratoria de desierta, se realizó de conformidad a los pliegos de condiciones, a las reglas señaladas en el mismo, y bajo el imperio de la normatividad que regla la contratación estatal, ya que de conformidad con los pliegos de condiciones en el Numeral 9.1 la entidad indico que el perfil del Director Coordinador General del Proyecto se le exigía una especialización en DISEÑO, en la propuesta presentada por el CONSORCIO AB CONSTRUCIONES no cumplió con esa solicitud realizada en el pliego, situación que decanto el Consorcio CYGNUS y en audiencia pública realizada el 24 de diciembre de 2014, en atención a las reglas señaladas en los pliegos de condiciones, por lo cual no puede prosperar tampoco dicha pretensión.*

*La oferta presentada por el actor, no era la más favorable, ya que como se indicó el Gerente del Proyecto no cumplía con las reglas planteadas en el pliego de condiciones, luego de verificar las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que cuando el demandante afirma que era la mejor propuesta, tiene que probarlo, y la carga probatoria es de mayor calado, no basta simplemente con anunciarla.*

*Al respecto, dicha corporación en Sentencia de agosto 12 de 2014, radicado 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332), magistrado ponente, doctor Enrique Botero Gil, manifestó lo siguiente: (…)*

*Por lo tanto, tal y como ha sido reiterado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, no basta con el simple hecho de anunciar o manifestar que era la mejor propuesta, se debe probar, lo que en el presente caso no ocurre.*

*3. "Que como consecuencia de las anteriores Declaraciones, la NACIÓN - UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS USPEC, deberá pagar a título de restablecimiento del derecho las siguientes sumas: (...)*

*Rechazamos esta pretensión, teniendo en cuenta que tanto el acto administrativo de declaratoria de desierta se realizó conforme a derecho, y en atención a las reglas señaladas en los pliegos de condiciones, por lo cual, no puede prosperar tampoco dicha pretensión.*

*4 "Que como consecuencia de la anterior pretensión se condene a pagar a la NACIÓN -UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS USPEC, a título de restablecimiento del derecho, por concepto del daño emergente, el valor correspondiente a la perdida adquisitiva del peso colombiano, entre la fecha en que habría hecho efectiva la adjudicación y la fecha de la respectiva sentencia condenatoria".*

*Rechazamos esta pretensión, y debemos llamar la atención, teniendo en cuenta que los pliegos eran muy claro y precisos al señalar en el numeral 9.1 el perfil del Director Coordinador General del Proyecto se le exigía una especialización en DISEÑO, en la propuesta presentada por el CONSORCIO AB CONSTRUCIONES no cumplió con esa solicitud realizada en el pliego. Al respecto, los mismos señalaban lo siguiente:*

*5. Que también a título de restablecimiento del derecho, como reparación del lucro cesante, se condene a NACIÓN- UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS USPEC, pagar a mis mandantes, las cantidades que correspondan al valor de los interés comerciales de las sumas que se condene por concepto del daño emergente, desde la fecha en que se debía Rechazamos esta pretensión mal haría el despacho en condenar a una entidad que desde el mismo momento de su entrada en vigencia ha venido cumpliendo con los preceptos para lo cual fue creada velando por las condiciones de la PPL en los establecimiento penitenciarios a cargo del INPEC, toda vez que la entidad ha actuado bajo el imperio de la Ley, lo reglado en los pliegos de condiciones y garantizando el debido proceso y el derecho de defensa, teniendo en cuenta que la entidad ha obrado en derecho y guiada bajo los principios de selección objetiva, transparencia, economía, pluralidad de oferentes, planeación, publicidad, entre otros que rigen la contratación estatal, y dio cumplimiento debido a lo preceptuado en los pliegos de condiciones. (…)”*

* + 1. La vinculada **CONSORCIO BELLAVISTA 07** afirmó:

*“(…)1- Frente a los procesos administrativos de la entidad demandada Resolución 1248 de 2014, recurso de reposición de la misma*

*Si bien la pretensión de la demanda es declarar la nulidad de la resolucion1248 del 24 de diciembre de 2014, la cual declara desierto proceso licitatorio 027 de 2014 ya que ningún proponente cumplió los requisitos exigidos, en base a un recurso que presuntamente no se respondió por parte de la entidad demandada, el litisconsorte no tiene injerencia en dichos procesos, así mismo se manifestó conjuntamente por todas las partes intervinientes y el ministerio público, quienes coadyuvaron en su momento la petición de excepción previa por falta de legitimación por pasiva del litisconsorte necesario.*

*Es la entidad demandada sobre quien recae la función y competencia de realizar dichos trámites administrativos conforme a la ley y lo establecido en las condiciones del proceso licitatorio, a su vez de responder oportunamente los requerimientos*

*2- Frente al proceso licitatorio 027 de 2014 y la resolución 1248 de 24 de diciembre de 2014*

*El consorcio bellavista 07 no participó en dicho proceso licitatorio tal y como se plasma en las pruebas documentales allegadas, según dichos documentos se puede ver que es otro consorcio totalmente diferente (CYGNUS) el que interviene en el proceso licitatorio y quien es probablemente quien tenga algún interés en el litigio, de todas formas, la demandada declara desierta la licitación ya que según las pruebas no existe un proponente apto para adjudicar dicha licitación, de igual manera en ningún momento el consorcio bellavista 07 interviene en el proceso en mención*

*3- Frente al proceso licitatorio 07de 2015 y la resolución 385 de 14 de mayo de 2015 Es un proceso que se adelantó totalmente ajeno al realizado en el año inmediatamente anterior, tal y como consta en las pruebas allegadas referentes a este proceso licitatorio, el cual tuvo un desarrollo normal ajustado a la ley y lo establecido en el pliego de condiciones, bajo los principios de rectitud, transparencia y en él se presentó el consorcio bellavista 07 logrando la adjudicación; Entendiéndose así que el consorcio bellavista 07era el único habilitado por cumplir con todos los requisitos, cabe resaltar que la parte actora también se presentó como proponente al proceso en mención, pero fue rechazado como consta en la resolución 385 de mayo de 2015 (…)”*

* + 1. El **MINISTERIO PÚBLICO** representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 conceptuó:

*(…) El demandante alega como concepto de violación los siguientes motivos: 1. Ausencia de motivación de la resolución 1248 del 24 de diciembre de 2014: Señala la parte demandante que revisada la actuación de la demandada y contenida en la resolución citada no se ajustó a lo establecido en la ley 80 de 1993 en el numeral 18 del artículo 25, pues brilló por su ausencia "la forma expresa y detallada" de las razones por las cuales se procedió con esta decisión inhibitoria ya que el acto administrativo en cuestión, se limitó en señalar como causa de esta decisión, lo siguiente:*

*"Que atendiendo las observaciones presentadas contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES; el comité evaluador técnico verificó nuevamente la documentación aportada por el proponente, y concluyó que se rechaza la oferta por NO CUMPLIR técnicamente con el personal mínimo requerido en el anexo 9 y 9.1 del pliego de condiciones."*

*Explica que el criterio de ponderación en materia de personal sería el que correspondía al del ANEXO 9 (erróneamente escrito como anexo 3), es decir al PERSONAL PROYECTADO PONDERACIÓN DE CALIDAD a que se refería el numeral 4.2.1, pues era con respecto a éste que la entidad asignó puntaje y no otro. En ningún momento dentro del proceso de evaluación se le hizo saber sobre este presunto incumplimiento, y que se repite, solo vino a surgir al último instante de la audiencia de adjudicación sin siquiera tener la oportunidad de ejercer adecuadamente el derecho de contradicción, violentado de contera con ello el principio del debido proceso y de defensa.*

*Tampoco le asiste razón a la entidad en su "motivación" para rechazar la oferta del demandante y por ende, declarar desierta la licitación, pues solo los profesionales referidos en el ANEXO 9 eran calificables. La única mención que se hace al ANEXO 9.1 hace referencia a la dedicación del personal, sin establecer puntaje o ponderación para el restante personal distinto al especificado en el ANEXO 9.*

*2. Desconocimiento del pliego de condiciones por ausencia de causal de rechazo y desconocimiento de las reglas de calificación de personal:*

*La USPEC fundó su razón de rechazo sobre una causal que NO SE ENCUENTRA contemplada como tal en el pliego de condiciones.*

*En efecto si se revisa el numeral 3.2 "CAUSALES DE RECHAZO", el motivo que invoca la entidad para proceder a esta descalificación, no se encuentra dentro de las 16 causas estipuladas por la entidad, ni en ningún otro aparte del pliego de condiciones que, conforme al literal n), exista como caso expreso en dicho documento.*

*En una interpretación armónica del pliego y del contrato como tal, se tiene que éste se encuentra dividido en dos etapas: i) Diseños y ii) Construcción. El personal que fue objeto de ponderación corresponde al necesario para la primera etapa y así se deduce de los perfiles contenidos en el ANEXO 9. En cuanto a los demás profesionales distintos a los contemplados en este anexo y que se encuentran definidos en el ANEXO 9.1, los mismos corresponden a lo que la misma entidad definió como PERSONAL PROYECTADO REQUERIDO y sobre el que da cuenta a su vez el numeral 5.6 del mismo pliego de condiciones denominado "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", encontrando en el numeral 20, que las hojas de vida del personal requerido deberían ser entregadas a la suscripción del acta de inicio de cada proyecto, con los respectivos documentos soporte.*

*Señala que es claro que el personal mínimo ponderable era el que debía ir junto con la propuesta y no otro, pues éste último, requerido para la ejecución contractual y descrito su perfil, eso sí, en el anexo 9.1 iba a ser evaluado -so pena de sanciones contractuales y no de rechazo precontractual- en caso de no ajustarse a lo requerido por la entidad.*

*Hechos que se encuentran probados:*

*- Mediante Resolución 1154 de 2 de diciembre de 2014 el USPEC ordenó la apertura de la licitación pública 27 de 2014 cuyo objeto es contratar los estudios técnicos, diseños arquitectónicos, construcción y trámites para el nuevo pabellón #5 del establecimiento penitenciario de mediana seguridad EPMSC Bellavista municipio de Bello Antioquia.*

*- El día del cierre del proceso, llevado a cabo el 11 de diciembre de 014, se recibieron ofertas de: a. Consorcio AB Construcciones, b. Consorcio Cygnus.*

*- De acuerdo a la evaluación preliminar, ninguno de los proponentes estaba habilitado, así: el Consorcio Cygnus no estaba habilitado en los componentes financiero y jurídico, en tanto el Consorcio AB Construcciones no estaba habilitado en los aspectos jurídico ni técnico.*

*- Conforme con el informe de evaluación definitiva publicado el 24 de diciembre de 2014, el Consorcio Cygnus se encontraba rechazado por no estar habilitado en la evaluación técnica a raíz de las observaciones efectuadas por el Consorcio AB Construcciones; por su parte el Consorcio demandante fue declarado hábil.*

*- La Resolución 1248 de 2014, por la cual se declaró desierto el proceso licitatorio 27 de 2014, respecto al rechazo de la oferta presentada por el Consorcio AB CONSTRUCCIONES, expresó:*

*"Que dentro de la audiencia de adjudicación de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 27 - 2014, EL CONSORCIO C Y G ÑUS presento (sic) observaciones técnicas, contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES, el cual se encontraba como UNICO PROPONENTE HABIL en la evaluación definitiva.*

*Que atendiendo las observaciones presentadas contra la oferta del COSORCIO AB CONSTRUCCIONES; el comité evaluador técnico verifico (sic) nuevamente la documentación aportada por el proponente, y concluyó que se rechaza la oferta, por NO CUMPLIR técnicamente con el personal mínimo requerido en el anexo 9 y 9.1 del pliego de condiciones definitivo.*

*Que el comité de evaluación técnico recomienda la declaratoria e desierta del proceso, por no existir proponente HABILITADO en la audiencia de adjudicación de la LICITACION PÚBLICA No. 27-2014."*

*Frente a los argumentos de la parte demandante se considera:*

*Limitándose el acto administrativo atacado a señalar que la oferta del ahora demandante no cumplía técnicamente con el personal mínimo requerido según los anexo 9 y 9.1 del pliego de condiciones y atendiendo que se presume la legalidad de la resolución de declaratoria de desierta, resulta necesario revisar los argumentos que esgrime el demandante para solicitar su nulidad. Así, señala que dicho rechazo obedeció a que el DIRECTOR COORDINADOR DE DISEÑO presentado en su oferta conforme al ANEXO No. 9 del pliego de condiciones no acreditaba título de postgrado, pero que dicho requisito de estudios solo era exigible para el DIRECTOR COORDINADOR GENERAL DEL PROYECTO, correspondiente al "Personal Proyectado Requerido" (ANEXO 9.1) y no al DIRECTOR COORDINADOR DE DISEÑO, correspondiente al "Personal Proyectado Ponderado" (ANEXO 9).*

*Agregó que el personal que fue objeto de ponderación corresponde al necesario para la primera etapa y así se deduce de los perfiles contenidos en el ANEXO 9. En cuanto a los demás profesionales distintos a los contemplados en este anexo y que se encuentran definidos en el ANEXO 9.1, los mismos corresponden a lo que la misma entidad definió como PERSONAL PROYECTADO REQUERIDO y sobre el que da cuenta a su vez el numeral 5.6 del mismo pliego de condiciones denominado "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA", encontrando en el numeral 20, que las hojas de vida del personal requerido deberían ser entregadas la suscripción del acta de inicio de cada proyecto, con los respectivos documentos soporte.*

*Indicó que es claro que el personal mínimo ponderable era el que debía ir junto con la propuesta y no otro, pues éste último, requerido para la ejecución contractual y descrito su perfil, eso sí, en el anexo 9.1 iba a ser evaluado -so pena de sanciones contractuales y no de rechazo precontractual- en caso de no ajustarse a lo requerido por la entidad*

*Es decir, se precisa determinar 3 aspectos: 1. Si el proponente debía o no acreditar un título de posgrado para el Director. 2. Si existía o no causal para rechazar por este motivo. 3. Si el acto de declaratoria desierta estuvo o no debidamente motivado.*

*En cuanto al primer aspecto, si el proponente debía o no acreditar un título de posgrado para el Director, se tiene que la entidad demandada señaló en la resolución 641 de 2015, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el ahora accionante, que tanto el Director Coordinador General del proyecto como el Director Coordinador de Diseño hacen alusión a la misma persona toda vez que la experiencia mínima específica era la misma para ambas y que el proponente en su oferta económica solo ofertó un profesional, por lo cual también lo entendió así, y que los perfiles del anexo 9.1 eran habilitantes y los del 9 eran ponderables, este último en cuanto a experiencia.*

*Al respecto encuentra esta agencia que el pliego de condiciones definitivo indicó en su numeral 2.4.2 Especificaciones Técnicas, que el proponente debía cumplir con las especificaciones técnicas mínimas señaladas; y que la aceptación del cumplimiento de los mismos se entendería cumplida con la suscripción de la carta de compromiso de cumplimiento de las especificaciones mínimas y con la presentación de los documentos que según dicho numeral se requieran para acreditar el personal mínimo, Anexos 7A REGLAMENTO TÉCNICO DE CONSTRUCCIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y DE RECLUSIÓN; 7B ESPECIFICACIONES TECNICAS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS ELECTRICAS;, 7C ESPECIFICACIONES TECNICAS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS HIDROSANITARIAS, y 9 PERSONAL PROYECTADO PONDERACIÓN DE CALIDAD.*

*De igual forma, el pliego de condiciones definitivo indicó en el numeral 4.2.1 Ponderación de calidad que se otorgaría puntaje por este factor de calificación, al proponente que se comprometiera a "Suministrar y mantener, en las etapas que resulten pertinentes durante la ejecución de la obra y hasta la entrega de la misma, el personal requerido para la ejecución del objeto contractual, relacionado a continuación. Este personal mínimo deberá cumplir con las calidades técnicas o profesionales y la experiencia general y especifica exigida en el presente documento, (...)" y precisó: "El PROPONENTE deberá diligenciar completamente los respectivos ANEXOS con toda la información solicitada, y adjuntar los siguientes documentos, según corresponda: (...) □ Fotocopia de los diplomas referentes a los estudios adelantados."*

*Revisados los anexos relativos al personal, se encuentra que es claro que los perfiles del anexo 9.1 eran habilitantes y los señalados en el 9 eran ponderables pues sólo a los del anexo 9 se les indica puntajes de ponderación por experiencia. Ahora, en relación con el personal cuyo cumplimiento se discute, esto es, el Director Coordinador, se aprecia que el anexo 9.1 en cuanto a la fase de diseño sólo contempla un profesional director que denomina "DIRECTOR GENERAL DE PROYECTO" para el cual exige "Profesional con título en Arquitectura", título de postgrado "Especialización en diseño" y una experiencia general a partir de la expedición de la matrícula profesional de 10 años, y específica de 4000m2 en máximo 5 certificaciones. Y, en el anexo 9 se contempla para el "DIRECTOR COORDINADOR DE DISEÑO" una experiencia profesional específica ponderable.*

*Siendo claro que los proponentes deben cumplir inicialmente unos requisitos mínimos y que sólo a quienes lo cumplan les serán ponderados los factores de evaluación, resulta evidente que el proponente Consorcio B Construcciones debía acreditar que su profesional ofertado como Director general de proyecto, que efectivamente corresponde a Director Coordinador de Diseño cumplía los requisitos mínimos entre ellos contar con el título de especialización en diseño, para luego sí ser objeto de ponderación. Como bien acepta el demandante, su profesional no cumplía dicho requisito, limitándose a señalar que no era un requisito solicitado para el mismo, pero como queda claramente establecido, sí lo era, siendo esta la respuesta al primer interrogante formulado, respecto a Si el proponente debía o no acreditar un título de posgrado para el Director.*

*En cuanto al segundo interrogante, si existía o no causal para rechazar por este motivo, se tiene que el pliego de condiciones del proceso estableció como causales de rechazo:*

*3.2. CAUSALES DE RECHAZO*

*Será motivo de rechazo de una propuesta la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes eventos: a.) Cuando el proponente se encuentre incurso en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad establecida en la Ley 80 de 1993, así como en las demás disposiciones legales vigentes.*

*b. ) Cuando se presenten varias propuestas por el proponente por sí o por Interpuesta persona, en Consorcio, Unión Temporal, u otras formas de asociación contempladas en la Ley 80 de 1993, o individualmente o cuando se presenten varias propuestas de Personas Jurídicas que tengan el mismo Representante Legal. c. ) Cuando los documentos presentados por el proponente contengan información que de cualquier manera no corresponda a la realidad. d. ) Cuando la propuesta se presente en forma extemporánea, o en lugares distintos al previsto en este pliego. e. ) Cuando el valor de la propuesta resulte artificialmente bajo, y analizadas las explicaciones del proponente la entidad considere con fundamentos objetivos y razonables que esa propuesta económica pone en riesgo el proceso y el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de resultar favorecida con la adjudicación y no se soporte el valor ofrecido por el proponente. f. ) Cuando la oferta sea presentada en moneda diferente a pesos colombianos. g. ) La presentación de ofertas parciales frente al objeto y las obligaciones. h. ) No cumplir con las condiciones financieras mínimas señaladas. i.) Cuando el proponente no subsane dentro del término fijado los requerimientos realizados por la Entidad. j.) Cuando no presente, no diligencie, o modifique las especificaciones previstas en el Anexo correspondiente (oferta económica) del presente pliego de condiciones. k.) Cuando el proponente se encuentre reportado en el Boletín de responsables fiscales emitido por la Contraloría General de la Nación. I.) Cuando se modifique durante la etapa pre-contractual los porcentajes de participación de los integrantes del Consorcio o Uniones Temporales y su integración. m.) Intentar por parte del proponente influir en el proceso de selección dará lugar al rechazo de su propuesta, sin perjuicio de las acciones legales que pueda incoar la USPEC. n.) En todos los demás casos expresamente establecidos en los presentes pliegos de condiciones y en la normatividad vigente. o.) Si no se aporta el ANEXO "Propuesta Económica", será causal de RECHAZO. p.) Se verificará que el ofrecimiento económico no sea superior al presupuesto oficial estimado. Si el ofrecimiento supera el presupuesto oficial determinado será causal para que la propuesta sea RECHAZADA. Las demás acordes con el objeto del contrato y los requerimientos técnicos, (negrilla fuera de texto)*

*En este sentido, y contrario a lo argumentado por el demandante, se advierte que el pliego sí estableció la posibilidad de que se rechazara la propuesta por no cumplir los requerimientos técnicos, entre ellos los relativos al personal, por lo cual se estima que no le asiste razón en este planteamiento.*

*Finalmente, respecto al interrogante planteado respecto a si el acto de declaratoria desierta estuvo o no debidamente motivado, se advierte que la ley 80 de 1993, artículo 25 no indica un parámetro para el cumplimiento o no de esta carga, debiendo ser analizado en cada caso en concreto, y en el presente asunto revisado el acto acusado se encuentra que la entidad sí señaló el motivo por el cual la oferta del Consorcio AB Construcciones no cumplía; debe tenerse en cuenta que el propio demandante manifestó que en la audiencia de 24 de diciembre de 2014 expresó los motivos por los cuales los argumentos de la entidad estaban errados, por lo cual no se le violentó el derecho de contradicción y defensa; más aún, de manera posterior a la interposición de la demanda que dio curso al presente proceso judicial la USPEC resolvió el recurso de reposición contra la resolución cuya nulidad se pide, acto que indica claramente los motivos por los cuales se rechazó la oferta del ahora demandante.*

*Por lo expuesto, se tiene que revisada la documentación obrante en la actuación, el pliego de condiciones, y demás anexos que hacen parte de éste, y teniendo en cuenta que cuando un oferente se presenta a un proceso de selección debe cumplir la totalidad de requisitos exigidos en el pliego de condiciones del proceso, para el caso entre ellos, tener un director coordinador general del proyecto, profesional con título en arquitectura más especialización de diseño, y una experiencia de 10 años, requisito que era habilitante, condición que no cumplió el oferente en la medida que si bien allegó un director coordinador del proyecto no acreditó el requisito exigido respecto a la especialización en diseño lo cual de contera lo excluía porque debía cumplir con todos los requisitos exigidos tanto en el anexo 9 como en el anexo 9.1. (…)”*

1. **CONSIDERACIONES:**
	1. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES**

La FALTA DE COMPETENCIA e INPETITUD DE LA DEMANDA propuestas por la demandada UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS fueron decididas en la audiencia inicial en el acápite respectivo, por lo que el despacho se remite a lo allí resuelto.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA**

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO se busca establecer si hay o no lugar a declarar la nulidad de la Resolución Nº 1248 del 24 de diciembre de 2014[[8]](#footnote-8) expedida por el demandado USPEC, por la cual se declaró desierta la licitación pública N° 027 de 2014, y si hay lugar a declarar como adjudicatario del proceso de selección al aquí demandante y cómo se ve afectado el CONSORCIO BELLAVISTA 07.

En ese orden de ideas surgen los siguientes problemas jurídicos:

* **¿ES NULA LA RESOLUCIÓN Nº 1248 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 2014[[9]](#footnote-9) EXPEDIDA POR EL DEMANDADO USPEC, POR LA CUAL SE DECLARÓ DESIERTA LA LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014?**
* Si es así **¿DEBIÓ SER ADJUDICADO EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014, ADELANTADO POR LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS ALCONSORCIO AB CONSTRUCCIONES?**
* Por lo anterior **¿SE VE AFECTADO EL CONSORCIO BELLAVISTA 07?**
	1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
		1. El despacho encuentra **probados los siguientes hechos**:
* LA **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS** abrió la LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014 cuyo objeto es*“CONTRATAR LOS ESTUDIOS TECNICOS, DISEÑOS ARQUITECTONICOS, CONSTRUCCION Y TRAMITES PARA EL NUEVO PABELLOn No. 5 DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD – EPMSC –BELLAVISTA MUNCIPIO DE BELLO – ANTIOQUIA”* .
* Mediante Resolución 1248 del 2014 fue declarada desierta la LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014. Contra esta resolución se interpuso oportunamente recurso de reposición por el CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES.
* El 27 de marzo de 2015 se publicó aviso de convocatoria pública de la Licitación Pública No. 07 de 2015 cuyo objeto fue: *“CONTRATAR LOS ESTUDIOS TECNICOS, DISEÑOS ARQUITECTONICOS, CONSTRUCCION Y TRAMITES PARA EL NUEVO PABELLOn No. 5 DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD – EPMSC –BELLAVISTA MUNCIPIO DE BELLO – ANTIOQUIA”* . Esta licitación fue abierta el 15 de abril de 2015.
* El 14 de mayo de 2015 fue adjudicado el contrato objeto de la licitación N. 07 de 2015 al CONSORCIO BELLAVISTA 07.
* El 31 de julio de 2015 fue resuelto el recurso interpuesto en contra de la Resolución 1248 de 2014 respecto de la licitación 027 de 2014, decidiendo confirmar la misma.
	+ 1. Respondamos entonces los interrogantes planteados:

**¿ES NULA LA RESOLUCIÓN Nº 1248 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 2014[[10]](#footnote-10) EXPEDIDA POR EL DEMANDADO USPEC, POR LA CUAL SE DECLARÓ DESIERTA LA LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014?** Y si es así **¿DEBIÓ SER ADJUDICADO EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA N° 027 DE 2014, ADELANTADO POR UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS A CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES?.** Por lo anterior, **¿SE VE AFECTADO EL CONSORCIO BELLAVISTA 07?**

Realizada la lectura del pliego de condiciones regulador del proceso de selección USPEC-LP-027-2014, se observa que el mismo es un documento que adolece de una de las características que este tipo de documentos debe reunir en cualquier circunstancia, esto es, la claridad suficiente para que todo proponente pueda establecer cuáles son los requisitos habilitantes de la propuesta y cuáles son aquellos que serán objeto de ponderación, por lo que desde ya se exhorta a la entidad pública accionada a realizar un trabajo mucho más juicioso a la hora confeccionar este tipo de documentos y precaver con ello el surgimiento de litigios como el que nos ocupa.

Sobre el particular, se observa que en el **numeral 2.4.2** (especificaciones técnicas) del citado documento se señaló lo siguiente:

“(…) *El proponente deberá cumplir con las especificaciones técnicas mínimas señaladas en el presente estudio. La aceptación del cumplimiento de los mismos se entenderá cumplida con la suscripción de la carta de compromiso de cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas y con la presentación de los documentos que según dicho numeral se requieran para acreditar el personal mínimo.*

*ANEXO 7A: REGLAMENTO TÉCNICO DE CONSTRUCCIÓN DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y DE*

*RECLUSIÓN.*

*ANEXO 7B: ESPECIFICACIONES TECNICAS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS ELECTRICAS.*

*ANEXO 7C: ESPECIFICACIONES TECNICAS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS HIDROSANITARIAS.*

*ANEXO 9: PERSONAL PROYECTADO PONDERACIÓN DE CALIDAD (…)”*

De acuerdo a la literalidad de lo allí expresado, la simple suscripción de la carta de compromiso de cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas y la presentación de los documentos requeridos para acreditar el personal mínimo debían hacer hábil técnicamente a los futuros proponentes.

El **numeral 4.2.1**, por su parte, regula lo relativo a los factores de ponderación y señaló:

*“(…) 4.2.1. PONDERACIÓN DE CALIDAD (100 PUNTOS)*

*Suministrar y mantener, en las etapas que resulten pertinentes durante la ejecución de la obra y hasta la entrega de la misma, el personal requerido para la ejecución del objeto contractual, relacionado a continuación. Este personal mínimo deberá cumplir con las calidades técnicas o profesionales y la experiencia general y específica exigida en el presente documento, de la siguiente manera:*

*En cumplimiento de lo dispuesto en el decreto 1510 del 2013, El proponente que presente el Ofrecimiento más Favorable a la entidad, en términos de calidad obtendrá cien (100) puntos de calificación por este concepto* (…)”

Se entiende entonces como más favorables las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento.

Los ofrecimientos que corresponden a este punto entrarían a hacer parte de la minuta del contrato de acuerdo a lo ofrecido por el proponente seleccionado y serían objeto de verificación en obra por parte de la interventoría designada.

El PROPONENTE debería diligenciar completamente los respectivos ANEXOS con toda la información solicitada, y adjuntar los documentos allí indicados, según correspondiera.

Nótese como, de una manera ambigua el pliego indicó, *“(…) personal requerido para la ejecución del objeto contractual, relacionado a continuación (…)”* , sin que en ningún apartado del mencionado numeral se haga la aludida relación del personal, introduciendo así problemas interpretativos que bien podrían ser el origen del presente asunto.

Luego, ahondando en esta delicada falta de claridad, el pliego señaló: *“(…) El PROPONENTE deberá diligenciar completamente los respectivos ANEXOS con toda la información solicitada (…)”,* y es allí, en donde a juicio de este despacho radica el pináculo de la falta de claridad del documento precontractual, porque inmediatamente surge la pregunta que cualquier interprete desprevenido se formularia, ¿a cuales anexos se refiere? Claramente la respuesta a este interrogante debería encontrarse dentro del pliego de condiciones; sin embargo, no es así, lo cual lleva al despacho a insistir en la necesidad de que la redacción de este tipo de documentos sea realizada bajo altos estándares de calidad y revisión.

El mismo numeral 4.2.1, líneas más adelante señala: *“(…) El puntaje se asignará según se describe en el Anexo No.* ***3****, el cual hace parte integral de estos es estudios previos (…)”,* lapsus que conduce a interpretar que se estaba refiriendo al anexo 9.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, encontramos que el demandante, en un primer momento y hasta lo que obra como evaluación técnica definitiva, fue considerado como hábil por parte de la entidad demandada, y siendo que el otro proponente se encontraba inhabilitado, era el más firme aspirante a ser adjudicatario del contrato. No obstante, en desarrollo de la audiencia de adjudicación, el proponente CONSORCIO CYGNUS formuló una observación al hecho evidente por lo demás, según obra a folios 351 y siguientes del cuaderno 3, de que el “*Director Coordinador de Diseño*” propuesto por el accionante no ostentaba título de posgrado en diseño, situación que nuevamente deja en entredicho a la entidad accionada, como quiera que a pesar de que según su interpretación al pliego de condiciones, la ostentación de tal título era un requisito habilitante, la no acreditación del mismo no habría sido obstáculo para que se considerara hábil al accionante hasta ese crucial momento.

Luego de advertir esta situación, producto de la observación del proponente CYGNUS, la entidad procedió a emitir un acto administrativo desprovisto a todas luces de los más elementales criterios de argumentación jurídica, que sin duda terminan por dejar un sin sabor no solo en el accionante, sino en todo aquel que lea dicho acto administrativo, y es que la entidad no realizó el más mínimo esfuerzo por clarificar las razones por las cuales el CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES no cumplía los requisitos habilitantes establecidos en el pliego de condiciones y empeorando el anterior escenario, encontramos el acta levantada con ocasión de la audiencia de adjudicación, documento en el que de una manera excesivamente esquemática se vierten los principales acontecimientos de dicho acto, y en el que se deja sentada la siguiente afirmación: *“(…) se suspendió nuevamente la audiencia con el fin de revisar nuevamente la evaluación realizada a las propuestas,* ***dado que se estaba presentado un rechazo por una razón que el pliego de condiciones no exigía*** *(…)”* (negrilla fuera de texto). Siendo que el documento no da cuenta de quién es el autor de tal apreciación, resulta a todas luces un despropósito que el acto administrativo que representa la materialización de lo ocurrido en la audiencia no controvierta siquiera esta afirmación.

Así las cosas, por la forma en como quedaron redactados estos dos documentos (acta de audiencia y resolución de declaratoria de desierto de la licitación), que por lo demás no pueden tener vidas separadas, es como si la declaratoria de desierto del proceso de selección estuviera amparada en el rechazo de las propuestas por razones no contempladas en el pliego, proposición que resulta abiertamente contraria a derecho lo que aparejaría necesidad de declarar la nulidad de dicho acto administrativo.Sin embargo, lo cierto es que producto de estas fallas administrativas no existe la posibilidad real de conocer las razones que de fondo llevaron a la administración a considerar inhabilitado al CONSORCIO demandante.

De cualquier manera, el acto administrativo mediante el cual se resolvió el recurso de reposición es el documento en el que finalmente podemos encontrar la interpretación (¿o deconstrucción?) de lo establecido en el pliego de condiciones y que da lugar a la declaratoria de desierto del proceso de selección. Allí, luego de partir de una premisa, que a la luz de lo aquí expuesto se presenta como falsa, según la cual el proceso de selección adelantado por la USPEC respetó todos los parámetros normativos, se indica que el pliego era claro en establecer los anexos 9 (titulado personal proyectado ponderación de calidad) y 9.1 que se referían al personal proyectado ponderado y el personal proyectado requerido habilitante -está diciendo que son dos categorías- luego a partir de esa diferenciación la entidad señala que tanto el perfil denominado en el anexo 9.1 *“director general del proyecto”* y el perfil “*director coordinador de diseño”* del anexo 9, se refieren a una misma persona; lo anterior, al amparo de una interpretación sistemática del pliego de condiciones derivada, léase bien, de que la *“experiencia mínima especifica en metros cuadrados relacionadas en ambos anexos es la misma y que esta recaía en una única persona denominada director coordinador de proyecto; es decir, este último ostentaba la calidad también de director coordinador de diseño siendo la experiencia especifica en metros cuadrados certificados de diseño de edificaciones, la que generaba ponderación, sin que se pudiera entender que se estuviera hablando de los dos cargos y/o perfiles diferentes”*- En apoyo de tales planteamientos la entidad señala que el accionante así lo habría entendido de manera tácita al diligenciar el formato de propuesta económica, en el que no se habrían contemplado los dos cargos y cierra la entidad su pobre argumentación señalando que los perfiles del numeral 9,1 eran habilitantes y que algunos de ellos también ostentaban la calidad de ponderables.

Sobre la argumentación planteada en defensa de la decisión de la administración, es preciso señalar que la entidad olvida que en ninguna parte del pliego se hacen de manera clara y directa tales diferenciaciones y que las mismas son producto de lo que ellos mismos denominan una interpretación sistemática de la que ciertamente se sirve la entidad para intentar salvar las contradicciones y falencias del pliego de condiciones. Y es que para el Despacho no es viable entender, sin con ello transgredir las leyes de la lógica, que dos cosas que se denominan de un manera diferente (Coordinador General de Proyecto y Director Coordinador de Diseño), vengan a ser lo mismo, sin que medie la respectiva nota aclaratoria que así lo deje sentado; la entidad, entonces delegó a los proponentes, no a la interpretación congruente del pliego, sino la de su propio criterio, lo que dio lugar a que el proponente hoy accionante presentara a un profesional sin posgrado en diseño, cuando en apariencia dicho título de posgrado era requerido y se transgredió así el deber de la administración de obrar con trasparencia en sus actuaciones.

Dentro de este contexto resulta falsa la afirmación contenida en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición en lo que se refiere a que ese carácter unitario que presentaba el perfil del profesional que dio lugar al rechazo de la propuesta, era algo que resultaba posible entender de acuerdo a la experiencia especifica exigida en metros cuadrados certificados de diseño de edificaciones, pues se reitera que en ninguna parte del pliego se hizo tal unificación; de suerte que también era válido entender que se trata de dos perfiles diferentes, el uno habilitante y el otro ponderable, máxime si los mismos están identificados con nombre diferentes. La otra falacia de tipo argumentativo que es posible encontrar en los actos administrativos acusados es aquella según la cual, el proponente habría aceptado ese carácter unitario del perfil cuando diligenció el formato de propuesta económica, pues del diligenciamiento de un formato obligatorio e inmodificable so pena de rechazo de la propuesta no puede colegirse la existencia de una voluntad más allá de expresada en el propio documento. Por lo demás es claro que el proponente solo trataba de cumplir los requisitos del pliego y sería de mala fe darle un alcance a su voluntad más allá de lo meramente expresado en dicho formato de propuesta económica.

Para el despacho, la sumatoria de errores de la administración en la confección de los pliegos de condiciones fue lo que a la postre la llevó a la decisión de declarar desierto el proceso de selección, razón que pretendió encubrir la entidad mediante una enrevesada explicación desprovista de los más elementales criterios de coherencia y claridad. Sin embargo, para el despacho no puede haber lugar a pretensiones indemnizatorias que reconozcan la utilidad dejada de percibir y es que de acuerdo a lo establecido en la ley 80 de 1993, artículo 24 numeral 5 literales b, c y e "En los pliegos de condiciones o términos de referencia: *"(...) "b). Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso (…)”*

El Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de referirse en los siguientes términos a la carga de claridad que en materia de elaboración de los pliegos de condiciones tienen las entidades públicas:

*"(…) Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulto y arbitrariamente los exigencias en ellos dispuestos, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.*

*Es por ello que, dentro del proceso de licitación, aparece disciplinado la mencionada carga que cumple la función de garantizar el que durante todo el proceso de selección, habrá la claridad suficiente que permita una selección transparente y objetiva del contratista. ( ... )*

*Se quiere significar con lo anterior que, si bien es cierto a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que o lo facción de los pliegos corresponde, específicamente, el referido a lo materia puramente técnica propia de los requerimientos del proyectado contrato, no lo es menos que, respecto de la materia de naturaleza negocial que habrá de proyectarse a futuro en el contenido del contrato estatal, está sujeto o observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionado, amén de la de legalidad, sino de la mismo manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esto etapa prenegocial, no pudiendo lo entidad licitante, so pretexto de la facultad de confección unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos negocia/es, que desatiendan e/ principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas (…)*"[[11]](#footnote-11). (Subrayado fuera del texto)

La falta de claridad en el documento regulador de la etapa precontractual, es una situación que al tenor de lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puede constituirse en motivo que impide la selección objetiva de los proponentes y apareja por ende la declaratoria de desierto del mismo; es menester entonces reiterar que las fallas en la confección del pliego de condiciones que se analiza, se erigen en motivo de sobra para considerar que la selección objetiva de los proponentes no era factible al amparo de dichos pliegos, pues no era claro por mayores esfuerzos interpretativos que realizara la accionada, saber a ciencia cierta cuales eran los perfiles establecidos como requisitos habilitantes y cuales como ponderables, amen a que no está claro por qué razón dos perfiles que respondían a denominaciones diferentes terminan, producto de las “interpretaciones” de la entidad siendo el mismo.

En consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, la decisión que en derecho correspondía frente al proceso de selección objeto del presente pronunciamiento, era la declaratoria de desierto y en este escenario es claro que no es jurídicamente viable hablar de la pérdida de utilidad esperada cuando nos encontramos ante un proceso de selección que de cualquier manera debió ser declarado desierto; en tales eventos, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado procedente el reconocimiento de los costos en que incurrió el proponente por la presentación de la oferta, pero siendo que tal rubro no fue pedido por el accionante, deviene claro que no resulta viable reconocerlo en este caso.

Ahora bien, el hecho de que la licitación resultara fallida, no conlleva necesariamente a que la razón de la declaratoria de desierta persista en una nueva convocatoria sobre el mismo objeto, ya que han podido variarse las condiciones de esta última. Es necesario entonces probar que las condiciones iniciales persistieron en la nueva convocatoria, además de demostrar la participación del actor en este nuevo proceso licitatorio. En el presente asunto ninguna de estas circunstancias se probó.

Por tanto, no sería nula la resolución que declaró desierta la licitación pública, y por ende no hay motivos para que se hubiera tenido que adjudicar la licitación al aquí actor si aquella había sido declarada desierta, ni afecta a quien fue contratado posteriormente para cumplir el mismo objeto de la convocatoria declarada desierta, lo que da lugar a no acceder a las pretensiones.

* 1. Se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la parte actora **A CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso[[12]](#footnote-12).

Sobre este punto los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Por último, mediante Acuerdo No. 1887 de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en su capítulo III, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, numeral 3.1.2. En los asuntos de primera instancia, inciso segundo, de los procesos con cuantía, que se condenará a la parte vencida en juicio hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

De conformidad con lo anterior, se fijará como agencias en derecho del apoderado de la parte demandada el 1% de las pretensiones negadas.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Niéguense las pretensiones de la demanda**

**SEGUNDO:** Se **condena en costas** a la parte actora. Liquídense por secretaria.

**TERCERO: Fíjense** las agencias en derecho del apoderado de la demandada la suma de $3´263.932,52[[13]](#footnote-13).

**CUARTO:** **Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**QUINTO:** Por secretaría súrtase el trámite para la devolución de las sumas consignadas por concepto de arancel judicial.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

NNC

1. "Si la decisión definitiva con la cual se ponga fin al procedimiento administrativo de selección contractual resulta ser la de declaratoria de desierta, la misma bien podría adoptarse de manera concomitante o simultánea (por ejemplo en una misma resolución), con la decisión de exclusión o de rechazo de la(s) oferta(s) correspondiente(s), si a ello hubiere lugar, pues al cabo ambas decisiones -tanto la del rechazo de la oferta, como la de declaratoria de desierta - serán susceptibles del recurso de reposición en sede administrativa. Por el contrario, con el propósito de respetar las garantías constitucionales del Debido Proceso a favor del o de los proponentes que resulten afectados con la decisión de exclusión o de rechazo de sus ofertas, debe tenerse presente que tales decisiones deberán adoptarse de manera previa y esperar a que cobren firmeza, cuando en el respectivo procedimiento administrativo de selección haya lugar a la adjudicación en favor de la propuesta que objetivamente resulte ser la más favorable, para evitar así que a tales oferentes se les cercene la posibilidad de recurrir en sede administrativa la decisión de exclusión, puesto que si la misma se adopta simultáneamente con la de adjudicación se tornará improcedente el trámite de recursos en sede administrativa por razón del mandato consagrado en el parágrafo 1o del artículo 77 de la Ley 80, a cuyas voces el acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa". [↑](#footnote-ref-1)
2. "(L)os pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de pariicipación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta.

"Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, esto es, una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad."La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable."En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia..."' (Negrilla fuera de texto) [↑](#footnote-ref-2)
3. "(...) es claro que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de lo mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo (...)

Por lo expuesto, se mantiene el descuento previsto en el numeral 6.7 del pliego de condiciones". (Negrilla fuera de texto) [↑](#footnote-ref-3)
4. "Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como "la ley del contrato". Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos "la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley" (Art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el Art. 30-2 Ley 80 de 1993). Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes. " (Destacado fuera de texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. "Que dentro de la audiencia de adjudicación de la LICITACIÓN PÚBLICA No, 27-2014, El CONSORCIO CYG ÑUS presentó observaciones técnicas, contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES, el cual se encontraba como UNICO PROPONENTE HABIL en la evaluación definitiva.

Que atendiendo las observaciones presentadas contra la oferta del CONSORCIO AB CONSTRUCCIONES; el comité evaluador técnico verificó nuevamente la documentación aportada por el proponente, y concluyó que se rechaza la oferta por NO CUMPLIR técnicamente con el personal mínimo requerido en el anexo 9 u 9. i del pliego de condiciones definitivo.

Que el comité de evaluación técnico recomienda la declaratoria de desierta del proceso, por no existir proponente HABILITADO en la audiencia de adjudicación de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 27-2014". [↑](#footnote-ref-5)
6. "No obstante la nulidad decretada sobre los dos actos administrativos demandados por la parte actora, es criterio jurisprudencial reiterado que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación de un contrato y se pretende, además, el restablecimiento del derecho, porque el oferente considera que su propuesta debió ser la escogida, deben acreditarse dos condiciones: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo -aspecto satisfecho por la parte demandante del caso sub iudice-; y ii) demostrar que la oferta que presentó el demandante en la licitación era la mejor. (...) para acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección -aunque es presupuesto indispensable-; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación. En esta línea argumentativa -se insiste-, el primer aspecto exigido para que prospere la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no será objeto de pronunciamiento en esta instancia, porque el demandante es apelante único, y el tribunal -en primera instancia- accedió a la pretensión anulatoria de los actos administrativos -tanto el que declaró desierto el proceso de selección como el que adjudicó el contrato-. En consecuencia, el análisis se circunscribirá a examinar el cumplimiento, por parte de /os oferentes, de las exigencias establecidas por la administración, y en particular en determinar si el demandante presentó la mejor oferta". [↑](#footnote-ref-6)
7. Acorde al Acuerdo Distrital No 004 de 1999 del Honorable Concejo de Bogotá estableció: Artículo 1o.- Nombre y Naturaleza Jurídica. Autorizase al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para Participar, conjuntamente con otras entidades del orden Distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A., bajo la forma jurídica de sociedad por acciones del orden Distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas. TRANSMILENIO S.A. tendrá personería Jurídica, autonomía administrativa, financiera , presupuestal y patrimonio propio. Artículo 2°.- Objeto -to. Corresponde a TRANSMILENIO S.A. la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia..."El Artículo 90 Constitucional refiere : El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Esta norma constitucionaliza el principio general de la responsabilidad patrimonial del estado. La alusión normativa a " acciones y omisiones " comprende actos, hechos, omisiones y operaciones de la administración. Bajo este precepto constitucional, se impone la necesidad de determinar, de forma basilar, los siguientes presupuestos : a ) que el daño sufrido por la víctima fue causado por la entidad demandada b) que le es imputable a la entidad y c) que tiene el carácter de antijurídico.

Así las cosas se han expedido pronunciamientos en casos referidos al daño causado con ocasión de la conducción de vehículos automotores, en los que se ha expresado que la creación de un riesgo excepcional por parte del estado, en desarrollo de una actividad licita y en beneficio de los administrados, constituye factor de imputación suficiente para atribuir responsabilidad a aquel, con fundamento en el plurimencionado artículo 90 de la constitución Nacional, en los eventos en que tal riesgo se materialice y estos resulten dañados en su persona o en su patrimonio.

Como es fácil deducirlo, en estos casos, la precisión ha estado referida al elemento de la imputación del daño que, en adelante será el RIESGO ( lo cual no impide que eventualmente se presentara una FALLA), precisión esta que evita la imposible distinción que se había impuesto con la Jurisprudencia a la carta de 1991 entre actividades peligrosas y actividades riesgosas, lo cual había dado lugar a la aplicación de sistemas objetivos al lado de otros que se calificaron en oportunidades como de presunción de falla, y en otras como de presunción de responsabilidad. Ahora con mayor claridad ese tipo de DAÑOS como el presentado en el sub-examine, se indemnizan bajo el criterio objetivo del RIESGO, para lo cual bastará que el demandante demuestre la creación del mismo, el consiguiente daño y el nexo causal. En todo caso lo cierto es que en eventos como el acontecido, también el Consejo de Estado examina el compromiso de la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de los elementos establecidos para ello, por el artículo 90 constitucional, deduciendo así que el RIESGO constituye un FACTOR DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO AL ESTADO CAPAZ POR CONSIGUIENTE DE HACERLO RESPONSABLE.

Así la Honorable Corporación en Sentencia de mayo 3 de 2007 CP. RAMIRO SAAVEDRA exp. 250020 consignó: "....cuando se discute la responsabilidad del estado por daños causados con elementos o actividades peligrosas - uso de armas de fuego de dotación oficial, uso de vehículos automotores oficiales, conducción de energía eléctrica - ha entendido la sala que el régimen es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional. En efecto, la administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es el uso de vehículos automotores, pues el estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales elementos peligrosos. El mencionado título de imputación puede ser empleado tanto a favor de terceros, como para los conductores de tales vehículos y para Jos servidores que los acompañan para cumplimiento de funciones propias del servicio ".

A la luz de lo anteriormente expuesto y de la normatividad en cita se tiene: [↑](#footnote-ref-7)
8. Entiéndase también demandada la resolución que resolvió el recurso, esto en concordancia con el Artículo 163 del CPACA. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. **Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron**. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda. [↑](#footnote-ref-8)
9. Entiéndase también demandada la resolución que resolvió el recurso, esto en concordancia con el Artículo 163 del CPACA. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. **Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron**. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Entiéndase también demandada la resolución que resolvió el recurso, esto en concordancia con el Artículo 163 del CPACA. Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. **Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron**. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, Ref.: Expediente No. 12.344. [↑](#footnote-ref-11)
12. “(…) **Artículo 365. *Condena en costas*.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (…)” [↑](#footnote-ref-12)
13. Valor aproximado al 1% del valor de las pretensiones $326.393.252,75 [↑](#footnote-ref-13)