|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 110013336034201800028-00** |
| DEMANDANTE | **CONSORCIO CPC-2017** |
| DEMANDADO | **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE MAGDALENA - CORMAGDALENA - EMPRESA INGENIERIA DE PROYECTOS SAS (litisconsorcio necesario)** |
| MEDIO DE CONTROL | **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** |
| ASUNTO | **FALLO 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 de **ACCIÓN CONTRACTUAL** iniciado por el **CONSORCIO CPC-2017** en contra de **CORMAGDALENA** y la **EMPRESA INGENIERIA DE PROYECTOS SAS.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **LA DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

***“PRIMERA****: Que se declare nula la* ***Resolución Nro. 000210 de 2017*** *de CORMAGDALENA, por medio de la cual Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -CORMAGDALENA- adjudicó el* ***Concurso de Méritos Nro. CMA-003-17*** *a la empresa INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., con Nit Nro. 890.116.722-8.*

***SEGUNDO:*** *Que la demandada le restablezca el derecho de mi poderdante,* ***CONSORCIO CPC-2017****, representado legalmente por JOSÉ ANTONIO VÁSQUEZ BALAGUERA, mayor de edad, vecino de Bogotá, D.C. identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 13819443 de Bucaramanga, mediante el reconocimiento y pago de las utilidades que éste debió recibir por haber presentado la oferta más favorable a la Entidad Pública Contratante, que estimo en la suma de* ***CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE ($149.148.133) M/cte.****, que se soporta en peritaje privado que se presenta con la demanda, o en el que resulte probado en el proceso.*

***TERCERO****: La condena respectiva será* ***actualizada*** *de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (tomando como base el IPC), desde la fecha en que se adjudicó el proceso, 31 de julio de 2017, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

***CUARTO:*** *Que se condene en costas a la parte demandada”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales se basa su pretensión son en síntesis los siguientes:
       1. El día 14 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP, los siguientes **documentos pre-contractuales**: **a)** Aviso de Convocatoria; **b)** Estudios previos; y **c)** Proyecto de pliego de condiciones; **d)** Anexo 1, Pacto de Transparencia; **e)** Anexo 2: minuta**; f)** Anexo 3, Requerimientos Técnicos; **g)** Hoja de datos; **h)** Histórico salarios mínimos; **i)** Formato 1, carta de presentación de la propuesta; **j)** Formato 2, certificado capacidad de proponentes; **k)** Formato 3, vinculación personal con discapacidad; **L)** Formato 4 y 5, experiencia; **m)** Formato 6, propuesta económica; **n)** Formato 7 y 7a, certificaciones parafiscales; **ñ)** Formato 8, certificación del garante; **o)** Matriz de riesgos; **p)** Estudios de navegabilidad; **q)** Informe CM-010-12-003; **r)** Informe 038-089-104; **s)** Manual de Contratación CORMAGDALENA; **t)** Plan ambiental; **u)** Resolución Nro. 000217 de 2007 y; **v)** Resolución Nro. 085 de 2016.
       2. El 28 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP la Resolución de apertura del proceso; el pliego de condiciones definitivo; los anexos 1 a 4; los formatos 1 a 9; el estudio de navegabilidad; el Plan Ambiental; el Manual de Operaciones de CORMAGDALENA; los informes CM-038-09-104 y CM-010-12-003; el Manual de Contratación **de CORMAGDALENA;** las Resoluciones: 153 de 2012, 217 de 2007, 085 de 2016 y 245 de 2014; la matriz de riegos y; matriz respuestas observaciones a proyecto de pliego de condiciones.
       3. El 4 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP, el **Acta de Audiencia de Aclaración de Pliegos.**
       4. El 7 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP, las **respuestas a las observaciones al pliego definitivo**.
       5. El 13 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP el **acta de cierre y recepción de propuestas.**
       6. El 18 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP, el **informe de evaluación inicial; el informe evaluación jurídica inicial; el informe de evaluación financiera inicial y; el informe de evaluación técnica inicial**.
       7. El 25 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP
* El **informe de subsane y observación proponente 1, CONSORCIO CPC-2017**.
* El informe de subsane y observación proponente 2, CONSORCIO DRAGADOS CARINCO.
* El informe de subsane y observación proponente 3, **INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S**.
* El informe de subsane y observación proponente 5, **HMV CONSULTORÍAS S.A.S**.
* El informe de subsane 2 proponente 5, **HMV CONSULTORÍAS S.A.S**.
  + - 1. El 28 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP: **Informe consolidado evaluación final; informe evaluación técnica final; informe evaluación financiera final; informe evaluación jurídica final.**
      2. El día 31 de julio de 2017 se adelantó la **audiencia de adjudicación** del concurso de méritos abierto **Nro. CMA-003-17**, presidida por el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA**. En el curso de la misma se dio oportunidad a los oferentes para que presentaran observaciones al informe final de evaluación y la Entidad dio respuesta a las mismas.
      3. El desarrollo de la audiencia se encuentra contenido en el **ACTA DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE DETERMINACIÓN DEL ORDEN DE ELEGIBILIDAD, APERTURA DE OFERTA ECONÓMICA Y ADJUDICACIÓN O DECLARATORIA DE DESIERTA CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO Nro. CMA-003-17** suscrita para tal fin.
      4. Una vez surtida la determinación del orden de elegibilidad de las propuestas habilitadas, la Entidad determinó que se presentaba un triple empate entre las propuestas: **1 (CONSORCIO CPC-2017),** con mil puntos; proponente **3 (INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.)**, con 1.000 puntos; y el proponente **5 (HMV CONSULTORÍA S.A.S.),** con 1.000 puntos.
      5. La Entidad debió aplicar los criterios de desempate establecidos en el numeral 5.2 del pliego de condiciones, en cumplimiento del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Aplicando esos criterios, los oferentes 1, 3 y 5 persistían en el empate. Lo siguiente era aplicar el criterio 5 de desempate señalado en el numeral 5.2. del pliego de condiciones que dice que se preferirá *"La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que:* ***(a)*** *esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%);* ***(b)*** *la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y* ***(c)*** *Que ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal."* En este criterio, el único que cumplía era el demandante, sin embargo, con una interpretación insólita, la Entidad dijo que como ese criterio no se aplicaba a los otros 2 oferentes que estaban en situación de empate, no se tendría en cuenta y se seguiría con los siguientes criterios, uno de los cuáles ya no cumplía el actor y los otros 2 sí los cumplían.
      6. Los proponentes 3 y 5 persistieron en el empate y llegaron al criterio 8 del sorteo mediante balota, que lo ganó el proponente 3, **INGENIERÍA DE** **PROYECTOS S.A.S.**
      7. Claramente, el **CONSORCIO CPC-2017** debió resultar como adjudicatario del proceso de selección por ser el único de los proponentes que estaban en situación de empate que cumplía con el criterio Nro. 5: La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: **(a)** esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); **(b)** la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y **(c)** ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal.
      8. A pesar de que la Entidad demandada en la audiencia señaló que el único que cumplía con el criterio 5 de desempate era el actor, decidió que el mismo no debía aplicarse porque los otros dos proponentes no eran consorcios ni uniones temporales.
      9. El **31 de julio de 2017 se expidió la Resolución Nro. 000210 de 2017** de CORMAGDAMENA, por medio de la cual se adjudica el concurso de méritos abierto Nro. CMA-003-17.
      10. El 3 de agosto de 2017, **CORMAGDALENA** publicó en el **SECOP**: La Resolución Nro. 000210 de 2017, por medio de la cual se adjudica el concurso de méritos abierto Nro. CMA-003-17; observaciones a la audiencia; propuesta ganadora; acta de audiencia de determinación del orden de elegibilidad, apertura de la oferta económica y adjudicación o declaratoria de desierta.
      11. El día **10 de agosto** se firmó el contrato de consultoría Nro. 254 de 2017 entre CORMAGDALENA, como entidad estatal contratante y la empresa INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**
     1. El apoderado de la  **EMPRESA INGENIERIA DE PROYECTOS SAS** se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones en los siguientes términos:

*“Me opongo a la totalidad de las pretensiones de la demanda y desde ya solicito que sean despachadas desfavorablemente*

*El representante judicial del Consorcio CPC-2017, considera que es nulo el acto de adjudicación del Concurso de Méritos CMA-003-2017, contenido en la Resolución 210 de 2017 emanada de CORMAGDALENA, por supuesta violación de las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y del Decreto 1082 de 2015, relacionadas con las reglas de adjudicación y concretamente con la aplicación de los criterios de desempate en los casos en que varios proponentes obtienen el mismo puntaje dentro del procedimiento de selección.*

*La argumentación del demandante, independientemente del cumulo de normas, de principios y sentencias citadas fuera de contexto, se reduce a que, según lo expuesto, los criterios de desempate deben utilizarse numérica y literalmente, sin que intervenga en su aplicación la interpretación inteligente que determine la pertinencia de la aplicación. Así, señala el demandante que al llegar el criterio de desempate señalado en los pliegos como número (4) cuatro, debe seguirse al número (5) cinco si el empate persiste, sin entrar a considerar que el criterio de desempate número (5) cinco, se refiere a una situación particular, en la que todas las ofertas empatadas, hayan sido presentadas por consorcios o uniones temporales.*

*En efecto, según se citó en la demanda, el pliego de condiciones, en su numeral 5.2 al referirse a los criterios de desempate, estableció lo siguiente:*

*"...5. La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformada por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el 25% de la experiencia acreditada en la oferta y (c) ni a Mipyme ni sus accionistas, socios o representantes legales, sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal."*

*La demanda consideró que, si al llegar al punto 4 del numeral 5,2, de los pliegos, el empate persistía, debía entonces desecharse toda oferta individual y continuarse el análisis solo entre aquellas presentadas por consorcios o uniones temporales, para determinar si de alguna de ellas forma parte una Mipyme nacional que tenga participación del 25% por lo menos.*

*No se requieren muchas elucubraciones jurídicas para determinar que tal interpretación implica en forma necesaria que se desechen las ofertas presentadas en forma individual, para continuar la comparación solo entre aquellas que tienen estructura plural. La interpretación en tal sentido viola lo más elementales principios de la actuación administrativa, consagrados en el artículo 3o del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:[[1]](#footnote-1)*

*De los principios señalados anteriormente, que resultan básicos en toda actuación administrativa -y sin duda, el procedimiento de selección lo es- debo destacar lo consagrado en el numeral 3o, o sea el principio de igualdad, con base en el cual resulta imposible la argumentación propuesta por el demandante, pues con ella se desechan sin razón y sin advertencia previa, las ofertas presentas individualmente en beneficio de aquellas de estructura plural, como lo son los consorcios y las uniones temporales. Con ello también se viola el principio de imparcialidad consagrado en el numeral 4o, el de buena fe (numeral 5,) imparcialidad (numeral 6) y de responsabilidad y transparencia (numerales 8 y 9).*

*De otra parte, las normas de contratación también incluyen tales principios y a ellos se ciñó en todos los aspectos, el procedimiento adelantado por la entidad oficial en el proceso de selección.*

*No se trata pues de un problema jurídico, sino de un problema lógico y semántico de interpretación de las normas. Según el demandante, estas debían interpretarse de manera que favoreciera a su representado y en general en detrimento de las ofertas presentadas en forma individual y según la interpretación que hizo la entidad pública, la aplicación de la norma debía como en efecto lo hizo, mantener los principios de igualdad, de buena fe, de transparencia y de moralidad que deben prevalecer en los procedimientos de selección y en general en todos los procedimientos administrativos.*

*Si la ley no establece diferencia ni ventaja alguna entre las ofertas presentadas individualmente y aquellas presentadas por consorcios o uniones temporales, no puede en manera alguna interpretarse de manera tal que se deseche una oferta individual, en beneficio de una de las dos estructuras.*

*El análisis factico de la situación nos lleva a la circunstancia de que el punto 5 del numeral 5.2 de los pliegos SOLO podía ser utilizado en la circunstancia de que LA TOTALIDAD de las ofertas comparadas hubiesen sido de " consorcios y/o de uniones temporales" y que en el caso que existiesen también ofertas individuales, tal numeral no resultaba aplicable y lo adecuado y congruente con las normas aplicables, era, tal como se hizo, continuar aplicando los demás criterios de desempate.*

*Así las cosas, no hay lugar a discusión sobre la legalidad de la actuación de CORMAGDALENA por lo que tampoco debe sostenerse el cargo de falsa motivación que aparentemente se basa en argumentación similar.*

*Respecto del dictamen pericial realizado por el perito Rubén Darío Aragón Vásquez, en el que se pretende determinar la utilidad esperada, debo señalar que se trata realmente de un estudio que se refiere a un flujo de caja de la oferta presentada por Consorcio PCP, y no se relaciona en manera alguna con la utilidad esperada de un proyecto. En el dictamen, visible a folios 52-54 del traslado, se puede observar que el cálculo que realiza el perito incluye información relacionada con egresos, como son los impuestos (Industria y Comercio, IVA) e imprevistos, los cuales no tienen relación alguna con la utilidad bruta y neta esperada en un contrato. Lo que realmente daría la visión de la utilidad real sobre un contrato sería un estado de resultados proyectado. Incluso en caso de que se tomarán los valores de utilidad como ciertos, no se hubiese producido la situación de empate a que se contrae a demanda.*

*En relación con la prueba pericial realizada también por Rubén Daño Aragón Vásquez en la que se acredita la oferta presentada por el Consorcio, se limita simplemente a certificar que cumplen los requisitos del desempate número 5 con sus documentos soporte de la presentación de la oferta, no probando más que su condición se consorcio.*

*En tales términos, los peritazgos aportados no son pertinentes pues no se refieren a lo que se pretende probar”*

* + 1. **CORMAGDALENA** no contestó la demanda y no propuso excepciones**.**
  1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la parte **DEMANDANTE** se ratificó en las pretensiones y sustento de las mismas expuestas en el escrito de la demanda, precisando como causales de nulidad propuestas lo siguiente:

*“PRIMERA CAUSAL: EL ACTO ACUSADO FUE EXPEDIDO CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE.*

*SEGUNDA CAUSAL: EL ACTO ACUSADO SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN.*

*Se presentó una CLARA y EVIDENTE ilegalidad al adjudicarse el proceso con violación a las normas legales y a las cláusulas del pliego.*

*Resulta que hubo empate entre los proponentes por lo que se debía proceder a los criterios de desempate que eran según el pliego de condiciones. (…)*

*En este proceso se transgredió el inciso 1 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007, que dice:*

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

*También se transgredió el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 (…)*

*MI PROCURADO CUMPLIÓ CON EL QUINTO CRITERIO DE DESEMPATE*

*El quinto criterio de desempate era:*

*La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal. (…)*

*Mi procurado lo cumplió, y ello se prueba asi:*

*1) Sobre la calidad de MIPYME se prueba con los certificados de la Cámara de Comercio de los integrantes del CONSORCIO CPC 2017, en donde se dice que:*

*CONSULTORÍA DE PROYECTOS S.A.S., identificada con el Nit Nro. 830.011.375-5 es una MICROEMPRESA.*

*CIARQUELET S.A.S., identificada con el Nit Nro. 800.180.143-8 es una PEQUEÑA EMPRESA.*

*Esto lo ratifica el PERITAJE que se aportó con la demanda, el cual se sustentó en la audiencia, sobre el cual no hubo objeción ni solicitud de aclaración o adición por parte de los demandados.*

*2) La experiencia aportada por sus integrantes se establece del porcentaje de participación de ellos en el CONSORCIO CPC 2017, que es de la siguiente forma, según se prueba con el documento de constitución del consorcio:*

*CONSULTORÍA DE PROYECTOS S.A.S., identificada con el Nit Nro. 830.011.375-5 (65% de participación) y CIARQUELET S.A.S., identificada con el Nit Nro. 800.180.143-8 (35% de participación).*

*Este aspecto fue objeto del peritaje, en donde se señala y sustenta el cumplimiento de dicho requisito, sobre el cual no hubo objeción ni solicitud de aclaración o adición por parte de los demandados.*

*3) Que ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal.*

*Esto lo verificó el perito y así lo consignó en el peritaje, sobre el cual no hubo objeción ni solicitud de aclaración o adición por parte de los demandados.*

*¿QUÉ VIOLÓ CORPOMAGDALENA?*

*Cuando analiza el criterio 4 señala que los 3 proponentes empatados CUMPLEN con el requisito de ser MIPYMES NACIONALES. En el caso del proponente plural eso es claro, porque sus dos integrantes son MIPYMES, según se deduce del certificado de la Cámara de Comercio.*

*Pero cuando analiza el criterio 5 (La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal), la Entidad dijo que mi procurado sí cumplía porque es un CONSORCIO, pero a los otros 2 proponentes, es decir, INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S. y HMV CONSULTORÍA S.A.S. ese criterio no se les aplicaba, porque no son proponentes plurales (consorcios o uniones temporales).*

*Luego se pasó al criterio Nro. 6.*

*En relación con el criterio 5, que en realidad definía el desempate, la Entidad incurrió en un CRASO ERROR, toda vez que en éste debía preferirse a los consorcios y uniones temporales sobre los otros proponentes no plurales. Ahora, el proponente plural para ganar con su calidad de consorcio o unión temporal debía cumplir unos requisitos: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal.*

*En el siguiente criterio de desempate, el numeral 6, se dice que mi procurado no cumple y los otros 2 sí cumplen, pero la adjudicación se debió haber realizado a mi representado que era el único que cumplió el criterio anterior, el número 5, por ser un consorcio que cumple con las condiciones allí señaladas.*

*El argumento de la Entidad es tan "traído de los cabellos" que en el numeral 4 le asignan a los 3 empatados la calificación de CUMPLEN, pero en el quinto, se dice que mi cliente sí CUMPLE y que a los otros dos no les aplica.*

*NO APLICA, ¡NO! LO CORRECTO ES NO CUMPLE PARA LOS QUE NO SE PREFIEREN POR NO TENER LA CONDICIÓN CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL.*

*Ahora, el pliego, al igual que lo hace el Decreto 1082 de 2015, dice que los factores de desempate son SUCESIVOS Y EXCLUYENTES, esto significa que al ser sucesivos primero se analiza el primero de los criterios, si persiste el empate se analiza el segundo, y así sucesivamente. Y excluyentes, porque cada uno de los criterios es INDEPENDIENTE UNO DEL OTRO, y cada uno excluye al siguiente.*

*No obstante, la Entidad mediante una interpretación INSÓLITA y ARBITRARIA ata el criterio 4 y 5, desconociendo que el pliego, como lo hace el Decreto, señala que los criterios son SUCESIVOS y EXCLUYENTES.*

*La argumentación de CORMAGDALENA es que ese numeral 5) del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto Único 1082 de 2015, atenta contra el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.*

*El demandante quiere ir contra de la norma. Si es así, entonces tendrá que demandar su nulidad, la cual seguramente no le prosperaría, porque los criterios de desempate precisamente rompen la igualdad que se presenta entre los oferentes, y es el gobierno nacional, a través del Decreto Único del sector de Planeación (1082 de 2015), el que define cuáles son esos criterios. Para traer un ejemplo coloquial: en el balompié los reglamentos definen los criterios de desempate, que normalmente son la prolongación de dos tiempos suplementarios de quince minutos cada uno; y si el empate persiste se definirá a través del cobro desde el punto de pena máxima. Un equipo podría alegar que le parece injusto que el empate de defina por tiros desde el punto de pena máxima, pero en ese caso se aplica el reglamento. A CORMAGDALENA, le parece que ese criterio 5) no es equitativo, hasta ahí se trata de una opinión, pero cuando decide no aplicarlo incurre en una violación de la ley, específicamente del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (aplicable en ese momento) y el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto Único 1082 de 2015, además del principio de selección objetiva, responsabilidad y la moralidad administrativa.*

*Ahora, ese criterio tiene una explicación y es la de valorar mayormente a quienes se asocian a través de consorcios y uniones temporales para generar nuevos negocios. No es lo mismo una empresa a una unión de empresas, pues estas últimas pueden acumular mayor capital; combinar recursos tales como experiencia en el tipo de negocio, conocimientos sobre determinados aspectos del negocio, contactos comerciales, conocimiento del mercado, etc.; disminuir o absorber el riesgo, al ser éste compartido; mayor capacidad para analizar y tomar decisiones; repartir funciones y tareas; compartir responsabilidades; complementar habilidades; entre otros aspectos.*

*Francamente, llama la atención que la defensa del demandado sea pelear con la norma aplicable. Dura lex, sed lex, resulta cuestionable que servidores públicos actúen de una manera tan irresponsable. Señora Jueza, yo estuve en esa audiencia y le dije al Gerente: - no haga eso, aplace la audiencia y asesórese mejor-, él se quedó pensando unos segundos y después dijo que se mantendría en esa posición. Doctora, yo soy profesor de maestría en el área de la contratación estatal y tratadista, tengo consideración del servidor público, y por eso le advierto, cuando se ubica fuera de la ley. Sin embargo, por desgracia, encuentra uno a funcionarios que parecería no importarles las consecuencias futuras de sus actos. No sé qué razones tenía ese funcionario y el Comité Evaluador para obrar de esa manera tan arbitraria, pero este tipo de actuaciones terminan causando perjuicios al Estado. No debe olvidarse el artículo 6o de la Carta cuando dice: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa u por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."*

*(…)*

*Así las cosas, los pliegos de condiciones son ley para los oferentes y la entidad estatal y deben de cumplirse de manera estricta, al igual que las normas legales y reglamentarias que regulan la contratación administrativa. FALSA MOTIVACIÓN:*

*El acto de adjudicación, la Resolución Nro. 000210 de 2017 de CORMAGDALENA, está falsamente motivado porque la propuesta a la que debió adjudicarse el proceso por cumplir con el criterio de desempate*

*Para que prospere la demanda en estos casos, ha dicho el Consejo de Estado, se deben probar 3 cosas: 1) El vicio de nulidad del acto, lo cual ha quedado claramente señalado en este escrito; 2) Que quien demanda demuestre que se debió ganar el proceso, lo que está claramente establecido y probado, toda vez que los 3 proponentes habilitados quedaron empatados en puntaje, por lo que en la audiencia, al llegar al criterio de desempate 5), ser consorcio o unión temporal, el único que cumplía era mi procurado. Así las cosas, mi cliente debió ser el adjudicatario del proceso de selección; C) Probar los perjuicios, que para estos casos, según lo ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado equivalen al monto de las utilidades que hubiese percibido el demandante, si se le hubiese adjudicado el contrato, lo que se probó con el peritaje aportado y sustentado en audiencia.*

*"Respecto de la pretensión de pago de la totalidad de las utilidades que el actor esperaba obtener, reitera la Sala en esta ocasión que la prosperidad de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ataca el acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal o de declaratoria de desierto del respectivo procedimiento administrativo de selección contractual, exige la comprobación de las irregularidades en su expedición y su consecuencial nulidad, así como también la demostración de que la oferta presentada por quien reclama era la mejor."*

*(…)*

*Por lo expuesto solicito que el Despacho acceda, de manera favorable, a las pretensiones de la demanda”*

* + 1. El apoderado de la parte **DEMANDADA Ingeniería de Proyectos SAS** manifestó:

*“En conclusión, respetuosamente consideramos que el análisis aplicable al presente caso se decanta de la siguiente forma:*

*1. En principio, las normas de desempate no proponen igualar a los oferentes singulares MiPyme nacionales y a las uniones temporales o consorcios conformados por MiPymes.*

*2. Las autoridades de contratación del país han propuesto la aplicación del principio de igualdad, y en ese sentido, se ha permitido equiparar a oferentes singulares y plurales.*

*3. La equiparación de oferentes singulares y plurales en el Numeral 2. (Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional) debe aplicarse de forma uniforme a través de todos los puntos de desempate; su no aplicación uniforme, genera que, en el siguiente punto de desempate, No. 3 (Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal) se afecte al proponente singular dándole un trato desigual.*

*Así las cosas, se concluye que los argumentos de la parte actora no son suficientes para sustentar que el Consorcio CPC era el llamado a ser elegido como adjudicatario del concurso de méritos, ya que por una parte, la no aplicación del principio de igualdad lo descalificaba para ser siquiera considerado para comparación de desempate bajo el estándar del Numeral 2, y habiendo aplicado el principio de igualdad como bien lo hizo CORMAGDALENA, este debía hacerse de manera uniforme y por ende, continuaba el desempate, no variándose la situación fáctica que conllevó a mi representado a ser el beneficiado con la adjudicación”*.

* + 1. El apoderado de la parte CORMAGDALENA no presentó alegatos de conclusión.
    2. El **MINISTERIO PUBLICO** representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 conceptuó:

*“I. En cuanto a la expedición del acto con infracción de las normas en que debía fundarse señala la parte actora que se desconocieron el* ***artículo 5 de la ley 1150 de 2007 numeral 2*** *en cuanto no se dio cumplimiento al principio de selección objetiva y el* ***artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015****, en la medida que las causales de desempate son criterios sucesivos y excluyentes y de obligatorio cumplimiento, y que estaban contenidos en el pliego de condiciones al cual se deben ajustar las entidades públicas en los procesos de selección, es decir que son ley para las partes.*

*Indica que el CONSORCIO CPC 2017 cumplía este criterio y que por ende era el llamado a ser adjudicatario, que la propia entidad en el cuadro de desempate contenido en el acta de elegibilidad reconoce que el consorcio CPC 2017 cumplía este criterio 5 pero que registra que a los otros dos proponentes no se les aplica.*

*- En cuanto a la falsa motivación indica que está demostrado que el acto de adjudicación está falsamente motivado porque la propuesta a la que debió adjudicarse por cumplir con el criterio de desempate era la del CONSORCIO CPC 2017.*

*(…)*

*Frente a la normatividad que regula los criterios de desempate indica que existe libertad para las entidades públicas en señalar los primeros criterios para dirimir el empate entre dos o más ofertas referidos a los factores de escogencia y calificación, en la medida que es propio de la libertad de la administración la configuración de los pliegos y así de definir los factores de escogencia de las ofertas. Empero, la norma es clara al indicar también que si aplicando tales factores persiste el empate, éste se definirá de acuerdo con las reglas legales establecidas, las que señala la propia norma que deben utilizarse de "forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido", reglas que fueron incorporadas en el pliego de condiciones del proceso CMA-003-2017 de CORMAGDALENA en el numeral 5.2 (…)*

*En cuanto a la aplicación de los factores de desempate para dirimir el empate presentado entre las ofertas de los proponentes CONSORCIO CPC 2017, INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S y HMV CONSULTORÍA S.A.S., se señaló en el acta de audiencia de determinación del orden de elegibilidad, apertura de la oferta económica y adjudicación o declaratoria de desierta:*

*"Que agotados los criterios de desempate establecidos en los subnumerales 3, 4, 5, 6 y 7 del numeral 5.2. del pliego de condiciones, persiste el empate entre los proponentes 3 INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S y el proponente 5 HMV CONSULTORÍA S.A.S. Se procedió a realizar el sorteo por balotas según el procedimiento señalado en el sub numeral 8 del numeral 5.2. del pliego de condiciones.*

*De acuerdo con el sorteo, el orden de elegibilidad se estableció así:*

*CORMAGDALENA aclara que una vez surtido la determinación del orden de elegibilidad de las propuestas habilitadas, se aplicaron los criterios de desempate establecidos en el numeral 5.2. del pliego de condiciones, en cumplimiento del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 y de lo preceptuado en el numeral Factores de desempate del Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación publicado por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente."*

*De lo anterior, se colige que el pliego de condiciones definitivo del proceso efectivamente* ***contempló la aplicación del factor de desempate*** *consistente en preferir "La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal."*

*Sin embargo, el mismo numeral 5.2 señala una reglas precisas para la aplicación de los factores de desempate, y uno de ellos está contenida en la NOTA 2 que indica: "Para efectos de la acreditación y evaluación de los factores de desempate aquí previstos, se dará aplicación a los siguientes criterios: a) Un proponente conformado en un cien por ciento (100%) por Mipymes nacionales, se considera en sí una Mipyme Nacional.*

*Entonces, se tiene que al estar la propuesta del CONSORCIO CPC 2017 compuesta por dos empresas en condición de Mipyme, se tendría de acuerdo a las reglas previstas para la aplicación en caso de empate como una Mipyme, esto es como única. En efecto, se tiene que tal como se advierte los certificados de existencia y representación de las dos sociedades que éstas efectivamente acreditan la calidad de Microempresa de Consultoría de Proyectos SAS y de pequeña empresa de CIRQUELET SAS y así lo refiere el peritaje aportado.*

*De esta manera, al ser considerada la oferta presentada por CONSORCIO CPC 2017 como una Mipyme Nacional por estar conformado este consorcio en un cien por ciento por Mipymes nacionales, fue aplicado el numeral 4 en el proceso de definición del empate, y se encontró a los tres proponentes ubicados en el mismo orden de elegibilidad, es decir, persistía el empate, pues los tres oferentes cumplían con el criterio de Mipymes, dos en su condición de proponentes individuales, INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S y HMV CONSULTORÍA S.A.S. y el proponente CONSORCIO CPC 2017 que a pesar de ser estructura plural por estar conformado 100% por mipymes nacionales debía ser considerado por la regla del pliego ya señalada como una Mipyme, se isniste como oferta única.*

*Es por esta razón que al aplicar el 4 factor de desempate "La oferta presentada por una Mipyme nacional", el empate persistió y de ello dan cuenta la resolución de adjudicación así como el acta de la audiencia pública al indicar que las tres empresas cumplían el criterio. Y es esta misma razón por la cual no podía apicarse el criterio 5, porque al ser tratadas todas las empresas participantes como mypimes se imposibilitaba aplicarlo pues el mismo está referido a que no haya sido aplicado el criterio 4, pues de lo contrario no quedarían en condición de igualdad propuestas que en realidad debían estarlo pues todas eran mypimes.*

*Esta interpretación de las pruebas obrantes en el expediente se acompasa con lo indicado por la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente en su Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación, Versión actualizada del enero 05 de 2016, documento que fue citado en el pliego de condiciones del proceso CMA-003-17 de CORMAGDALENA, en el numeral 5.2 del pliego de condiciones, y por tanto fuente del mismo, y que al respecto indica:[[2]](#footnote-2)*

***Estima importante esta agencia hacer especial énfasis en la anotación 12 del citado Manual, que señala claramente que habiéndose cumplido la regla 4 que consiste en preferir las propuestas presentadas por Mipyme y proponentes plurales constituidos en su totalidad por Mipyme, caso este último del oferente CONSORCIO CPC 2017, la siguiente regla a aplicar era la 6, relativa a la acreditación del 10% de la nómina en condición de discapacidad, y no la 5, cuya aplicación demanda la parte actora, como quiera que la misma resultaría en perjuicio de los oferentes individuales que pese a ser mipyme, es decir estar en la misma condición del proponente plural conformado en su totalidad por mipyme, resultarían excluidos sin una condición constitucional o legal atendible.***

*Por lo mismo, es que el pliego contemplaba la condición que para aplicar el factor 4 en caso de proponentes plurales conformado en un 100% por Mipymes nacionales, sería considerada en sí una Mipyme nacional en la medida que tal regla permitía igualar los proponentes plurales -consorcios o uniones temporales- con los proponentes individuales para aplicar el incentivo de mipyme nacional, que resultó además ser cumplido por los 3 proponentes que estaban en condición de empate.*

*En este sentido, al definir el pliego de condiciones la manera de equiparar a los proponentes independientemente de su conformación -individual o plural- para la aplicación del criterio 4 "mypime nacional", también debía establecer un criterio de igualación para el criterio 5, para que los proponentes individuales no resultaran excluidos a pesar de ser también mypimes por ello es que el criterio 5 no resultaba aplicable para dirimir el empate en que se encontraban las empresas INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S y HMV CONSULTORÍA S.A.S. y el proponente CONSORCIO CPC 2017, pues ello no solo era lo establecido por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente en el Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación y contemplado en el pliego al aludir a tal instrumento, en el que se le indica a las entidades que el criterio 5 no debe ser aplicado en caso en que sean preferidas las ofertas presentadas por Mipyme y proponentes plurales constituidos en su totalidad por Mipyme, esto es ni más ni menos que el criterio 4 "mypime nacional" en cuyo caso expresamente indica que la siguiente regla a aplicar es la contenida en el numeral 6, y no en el numeral 5.*

*Queda entonces así evidenciado que por ello CORMAGDALENA no violó ninguna norma en la aplicación de los criterios de desempate en el concurso CMA-003-17 y que por el contrario solo hizo uso de las reglas legales definidas en el pliego, de los lineamientos de la Agencia Nacional para la Contratación Pública así como de las reglas definidas en el pliego de condiciones definitivo del proceso y que tampoco se dio una falsa motivación del acto acusado, pues el mismo da cuenta de la aplicación sucesiva de los criterios de desempate que eran aplicables.*

*Finalmente, da cuenta esta Agencia que no fue otro el propósito de la entidad que aplicar el principio de igualdad entre los oferentes individuales o plurales en el citado proceso de contratación lo que motivó las actuaciones de CORMAGDALENA en la audiencia de adjudicación al hacer uso de los criterios de desempate, tal como se indica en la Resolución 000268 de 201712 POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA CONTRA LA RESOLUCION 000210 DE 2017 POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONCURSO DE MERITOS ABIERTO CMA-003-17, acto que se encuentra publicado en el portal de contratación SECOP.*

*Como bien tuvo oportunidad de señalar el Consejo de Estado en un fallo en que analizó medidas de discriminación positiva a favor de las Mypime, plurales o singulares, el principio de igualdad no se opone a su aplicación en los proceso de contratación[[3]](#footnote-3)*

*Al analizar el primero de los aspectos relativos a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad de aquellos contratistas que no cuentan con la calidad de Mipymes, la Sala considera que la distinción realizada por la norma acusada, si bien comporta una diferenciación entre los proponentes en razón a una calidad específica derivada de la cantidad de personal, el monto de sus ventas brutas anuales y el valor total de sus activos fijos, no dispone una limitación irracional ni desproporcionada respecto del derecho en mención, por las razones que se pasan a exponer.*

*Así las cosas, se concluye que lo establecido por los numerales 2o, 3o y 4o del artículo 2o del Decreto 2473 de 2010 se identifica como una medida de discriminación positiva, que tiende a favorecer a los proponentes, singulares o plurales, que como consecuencia de i) el número de trabajadores totales que poseen, ii) el valor de las ventas brutas anuales y iii) el valor total de sus activos(73>, se encuentran clasificados, ellos o quienes los componen, como micro, pequeñas, o medianas empresas y que dicha acción afirmativa tiene por finalidad favorecer la contratación de Mipymes por parte de las entidades del Estado y, de esa forma, promover el desarrollo de las mismas."*

*De esta manera es claro que la medida a favor de las Mypimes encuentra asidero constitucional y legal en cuanto su condición de tal, de Mypimes se insiste, de manera independiente a su conformación singular o plural, por lo cual tal composición no puede ser tomada como factor relevante para su aplicación en un proceso de selección contractual de las entidades públicas.*

*Por lo expuesto, no encuentra esta Agencia acreditada ninguna de las causales de nulidad de la Resolución 210 de 2017 alegadas por la parte actora, por lo cual se solícita no acceder a las pretensiones de la demanda”.*

* 1. **CONSIDERACIONES**
  2. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la **FIJACION DEL LITIGIO**, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la nulidad de la resolución Nro. 000210 de 2017 proferida por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -CORMAGDALENA- por medio de la cual se adjudicó el Concurso de Méritos Nro. CMA-003-17 a la empresa INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S. y si es el caso se deba indemnizar a la parte actora CONSORCIO CPC-2017 por algún monto

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿Cuándo en un proceso de selección se presenta un empate, puede la entidad pública que lo conduce obviar uno de los criterios de desempate bajo el argumento de que la aplicación del mismo sería violatoria del principio de igualdad?**

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

Como lo indica el Consejo de Estado[[4]](#footnote-4), un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento jurídico, y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Sin embargo, no toda trasgresión a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquéllas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afectan de nulidad absoluta un contrato, causales que están contempladas en el artículo 44 de la ley 80[[5]](#footnote-5), Art. 1740, 1741, 1742 del Código Civil[[6]](#footnote-6) y art 899, 900 del Código de Comercio[[7]](#footnote-7).

El CPACA establece las causales de nulidad de un acto administrativo en su artículo 137[[8]](#footnote-8), dentro de las que se resalta la falsa motivación.

Como lo ha indicado el Consejo de Estado[[9]](#footnote-9), *“(L) la falsa motivación, como lo ha reiterado la Sala, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o* ***b)*** *Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión”*

Para el caso en concreto se debe tener claridad en lo que es un Mipyme:

*“¿Qué es una Mipyme? Una empresa es Mipyme cuando, además de ser una empresa nacional, tiene hasta doscientos trabajadores y activos totales por un valor igual o menor a treinta mil SMMLV.*

*¿Qué requisitos deben cumplir las Mipyme? Para manifestar el interés en limitar la convocatoria a Mipyme, estas empresas deben acreditar, además de que tienen más de un año de existencia, su tamaño empresarial con un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, en la cual la empresa indique el tamaño empresarial. Asimismo, para presentar ofertas en las convocatorias limitadas a Mipyme, las empresas deben acreditar además de su tamaño empresarial, que tienen como mínimo un año de existencia.*

*¿Qué requisitos deben cumplir las Mipyme que no desarrollan actos u operaciones mercantiles? Algunas actividades no son consideradas como mercantiles y en consecuencia no requieren estar inscritas en el Registro Mercantil11, como por ejemplo, la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales. En estos casos, la Entidad Estatal hace la verificación del domicilio y el tamaño empresarial con el certificado del RUP. Por su parte, la acreditación de la experiencia mínima debe computarse a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, salvo para las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional debe computarse a partir de la inscripción o registro profesional” [[10]](#footnote-10)*

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:** 
     1. Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:
* El día 14 de julio de 2017, CORMAGDALENA publicó en el SECOP los documentos del proceso de selección CM-003-17 cuyo objeto era*: “INTERVENTORÍA AL CONTRATO DERIVADO DEL PROCESO DE SELECCIÓN LP-001-17 CUYO OBJETO CONSISTE EN “MANTENIMIENTO DEL CANAL NAVEGABLE MEDIANTE DRAGADO HIDRÁULICO Y MECÁNICO EN EL RÍO MAGDALENA EN EL SECTOR COMPRENDIDO ENTRE BARRANCABERMEJA (SANTANDER) – PINILLOS (BOLÍVAR)”*
* Al mencionado proceso se presentaron cinco ofertas así: 1- INGENIERIA DE PROYECTOS SAS; 2- CONCORCIO CPC-2017 (Constituida por CONSULTORIA DE PROYECTOS SAS Y CIARQUELEN SAS).; 3- HMV CONSULTORIA SAS. 4. CONSORCIO DRAGAFOS CARINCO. 5. INGENIERIA Y ASESORIAS PORTUARIAS SAS INAPO SAS.
* Una vez realizada la evaluación de las propuestas, se determinó que se presentaba un triple empate entre las tres propuestas habilitadas: 1 (CONSORCIO CPC-2017), con mil puntos; proponente 3 (INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.), con 1.000 puntos; y el proponente 5 (HMV CONSULTORÍA S.A.S.), con 1.000 puntos.
* El **pliego de condiciones del proceso de selección CMA-003-17, establece lo siguiente en relación con los criterios de desempate (5.2):** “De conformidad con el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, el artículo 12 de la Ley 590 de 2000 modificado por el artículo 9 de la Ley 905 de 2004, los artículos 1 y 2 de la Ley 816 de 2003, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en el evento en que dos o más propuestas obtengan el mismo puntaje, sucesivamente y de manera excluyente se dará prioridad a los siguientes criterios de desempate:

*“1. La propuesta que presente el mayor puntaje en la calificación del criterio de experiencia específica del proponente.*

*2. La propuesta que presente el mayor puntaje en la calificación del criterio de apoyo a la industria nacional.*

*3. La oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*

*4. La oferta presentada por una Mipyme nacional [[11]](#footnote-11)*

***5. La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal****.*

*6. La condición de Mipyme de las empresas obligadas a inscribirse en el RUP se verificará en el certificado de inscripción expedido por la Cámara de Comercio.*

***NOTA 1:*** *De conformidad con lo dispuesto por Colombia Compra Eficiente en el Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación, Versión actualizada del enero 05 de 2016 y en el Manual para el manejo de los Acuerdos Comercial en los Procesos de Contratación, Versión M-MACPC-12, esto es:*

*"(...) las Entidades Estatales que no deben aplicar los numerales 2 y 3 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 cuando en la evaluación de las ofertas sea aplicable un Acuerdo Comercial (...)". (...).*

*"La Entidad Estatal también debe conceder el mismo trato que da a los bienes y servicios colombianos a aquellos bienes y servicios de Estados con los cuales, a pesar de no existir un Acuerdo Comercial, el Gobierno Nacional ha certificado reciprocidad. Es decir, cuando el Gobierno Nacional con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compra pública F 14. Si la Entidad Estatal utiliza el SECOP II, este plazo puede ser de 10 días. 24 Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación de dicho Estado, ha certificado que en ese Estado los bienes y servicios colombianos gozan del mismo trato que los bienes y servicios de dicho Estado. Las certificaciones expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores están publicadas en la página web de Colombia Compra Eficiente (http:// www, colombiacompra. gov. co/compradores/secop-i/certificadosde-trato-nacion al-por-reciprocidad), y su contenido debe ser verificado pues no en todos los casos la Entidad Estatal debe conceder dicho trato.*

*En estos casos, la Entidad Estatal debe otorgar a los bienes y servicios extranjeros el mismo trato que da a los bienes y servicios nacionales y en consecuencia dar a esas ofertas el puntaje adicional de que trata la Ley 816 de 2003 y las preferencias en caso de empates de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015."*

*Se determina procedente aplicar en el presente proceso de selección los siguientes criterios:*

* *Si en la etapa de evaluación de las propuestas se establece la participación de un proponente extranjero, cuyo país de origen tenga Acuerdo Comercial con Colombia o trato de Reciprocidad, no se dará aplicación a los criterios de desempate de los numeral 4 y 5, respecto de ningún proponente.*
* *Si en la etapa de evaluación de las propuestas se establece la participación únicamente de proponentes colombianos y/o proponentes extranjeros cuyo país de origen no tenga Acuerdo Comercial con Colombia, ni trato de reciprocidad, se dará aplicación a los criterios de desempate previstos en el presente acápite, incluidos los señalados en los numerales 4 y 5.*

*NOTA 2: Para efectos de la acreditación y evaluación de los factores de desempate aquí previstos, se dará aplicación a los siguientes criterios:*

***a) Un proponente conformado en un cien por ciento (100%) por Mipymes nacionales, se considera en sí una Mipyme Nacional.***

*b) Para el criterio de desempate No. 5, se tendrá en cuenta que al menos uno de los integrantes sea Mipyme nacional y tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%)*

*c) Para efectos de los criterios de desempate previstos en los numerales 5 y 6, en cuanto el integrante de que se trata en cada caso debe aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta, el mencionado porcentaje se calculará respecto del valor total de la experiencia general y específica solicitada en el pliego de condiciones. En consecuencia, si el integrante aporta un mismo contrato para la acreditación de la experiencia general y específica, este contrato se tendrá en cuenta dos veces para efectos de determinar si aporta el 25% de la experiencia solicitada.*

*7. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un (1) año de anterioridad a la fecha de cierre del presente proceso de selección, y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación para lo cual deberá diligenciar el Formato 3. Si la oferta es presentada por un Consorcio o Unión Temporal, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio o Unión Temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.*

*8. Si una vez agotado el procedimiento señalado en el numeral anterior persiste el empate, se realizará un sorteo por BALOTAS mediante el siguiente procedimiento:*

*Primera Serie.*

*- En esta primera serie, se procederá a incorporar en una balotera un número de balotas, identificadas con un número igual al número de proponentes que se encuentren en condición de empatados.*

*- Se sacará una balota por cada proponente, asignándole un número de mayor a menor, con el cual participará en la segunda serie.*

*Segunda Serie.*

*- Se procederá a incorporar en la calotera igual número de balotas al número de proponentes empatados.*

*- El proponente que haya obtenido el número mayor en la primera serie, será el primero en sacar la balota con el número que lo identificará en esta segunda serie, y en forma sucesiva (de mayor a menor) procederán los demás proponentes.*

*- El proponente que en esta segunda serie, saque la balota con el número mayor, será quien ocupe el primer puesto en el orden de elegibilidad y de manera sucesiva (de mayor a menor) hasta obtener el segundo puesto en el orden de elegibilidad. Una vez se cuente con los proponentes ubicados en el primer y segundo orden de elegibilidad se dará por terminado el sorteo. (…)*

|  |
| --- |
| El manual de*Colombia Compra Eficiente en el Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación, Versión actualizada del enero 05 de 2016 y en el Manual para el manejo de los Acuerdos Comercial en los Procesos de Contratación, Versión M-MACPC-12 que cita el pliego indica*  *"Si una vez evaluadas las ofertas existe un empate en el primer lugar del orden de elegibilidad, la normativa en la mínima cuantía establece que la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo. Para los demás Procesos de Contratación, incluye la utilización de unas reglas para seleccionar el adjudicatario, las cuales deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente.*  *Las reglas son las siguientes:*  *1. Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.*  *2. Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.*  *3. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*  ***4. Preferir la oferta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por exclusivamente por Mipyme ( En caso en que sean preferidas las ofertas presentadas por Mipyme y proponentes plurales constituidos en su totalidad por Mipyme, la siguiente regla a aplicar es la contenida en el numeral 6, y no en el numeral 5)***  ***5. En caso en que dentro del Proceso de Contratación no existan ofertas presentadas por Mipyme o proponentes plurales constituidos exclusivamente por Mipyme, preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que:(a) esté conformado por al menos una Mipyme que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento; (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia acreditada en la oferta; y, (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.***  *6. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento de su nómina está en condición de discapacidad según las reglas contenidas en la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento de su nómina está en condición de discapacidad, debe tener una participación de por lo menos el 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el 25 por ciento de la expediente acreditada en la oferta.*  *7. Utilizar un método aleatorio.* |

* El día 31 de julio de 2017 se adelantó la audiencia de adjudicación del concurso de méritos abierto Nro. CMA-003-17, presidida por el Director Ejecutivo de CORMAGDALENA. En el curso de la misma se dio oportunidad a los oferentes para que presentaran observaciones al informe final de evaluación y la Entidad dio respuesta a las mismas, siendo el beneficiario INGENIERIA DE PROYECTOS SAS mediante resolución Nº 000210 de 2017[[12]](#footnote-12)
* CORMAGDALENA mediante Resolución 000268 de 201712 RESOLVIO SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA CONTRA LA RESOLUCION 000210 DE 2017 POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONCURSO DE MERITOS ABIERTO CMA-003-17 confirmando lo allí contenido.
  + 1. Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

**¿Cuándo en un proceso de selección se presenta un empate, puede la entidad pública que lo conduce obviar uno de los criterios de desempate bajo el argumento de que la aplicación del mismo sería violatoria del principio de igualdad?**

La entidad adelantó la realización del procedimiento de desempate persistiendo el mismo hasta el criterio número 5, frente al cual consideró que el mismo no era aplicable ya que no todos los proponentes ostentaban la calidad de Mypimes plurales, y sería violatorio del principio de igualdad dar prelación a la que tenía una estructura plural, solo por el hecho de tenerla. Es de precisar que este argumento no se encuentra, como debería estarlo, en el acta de la diligencia de adjudicación ni en la resolución de adjudicación sino que obra en la resolución mediante la cual se negó la solicitud de revocatoria directa presentada por el ahora demandante[[13]](#footnote-13).

La entidad tal y como quedó plasmado en la evaluación final, determinó que el demandante cumplía lo establecido en el criterio de desempate No. 5, esto es: “*La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal”.*  Sin embargo, consideró que el mismo no era aplicable y prosiguió con la aplicación de los demás criterios hasta llegar a la definición por balotas en la que se vio favorecida la empresa INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S quien entonces se convirtió en adjudicataria del proceso y a la postre contratista.

Los procesos de selección son procedimientos competitivos de naturaleza reglada en donde el principio de igualdad tiene vigencia en la forma del deber que surge para la entidad de **confeccionar normas que permitan competir a los proponentes en una equivalencia de condiciones**, entonces la igualdad, en este contexto, se contrae a aplicar las reglas establecidas en el pliego de manera objetiva y sin que suponga dar ventajas que no emanen del pliego a algunos de los proponentes, o **cercenar** ventajas competitivas legítimamente construidas a partir de esa misma fuente regulatoria*.*

La finalidad de los criterios de desempate establecidos en la ley, es precisamente romper esa igualdad en la que se encuentran dos o más propuestas, dada la imposibilidad material y jurídica de adjudicar un proceso a más de un proponente, mediante la aplicación de reglas lo suficientemente claras como para que no ocurran hechos como los que dan pie a la presente acción.

El Despacho considera que la entidad pública demandada no incurrió en error a la hora de obviar la aplicación del criterio de desempate No. 5, pues precisamente no era aplicable si le lee armónicamente el pliego y lo indicado en el manual de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE; si se aplicaba el criterio 4 y se daban unos supuestos, no se podía aplicar el criterio 5, sino que se saltaba al criterio 6.

Es decir, conforme al **criterio 4** se debía preferir la propuesta presentada por un Mipyme (propuesta de INGENIERIA DE PROYECTOS SAS y propuesta de HMV CONSULTORÍA SAS) o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por exclusivamente por Mipyme (CONCORCIO CPC-2017 (Constituida por CONSULTORIA DE PROYECTOS SAS Y CIARQUELEN SAS), es decir, todos los oferentes cumplían con este criterio por lo cual seguían empatados.

Este criterio contemplaba una particularidad y era que si había ofertas presentadas por Mipyme y proponentes plurales constituidos en su totalidad por Mipyme, la siguiente regla a aplicar era la contenida en el numeral 6, y no en el numeral 5.

Incluso el **criterio contenido en el numeral 5[[14]](#footnote-14)** indicaba que se aplicaría en caso en que dentro del Proceso de Contratación no existieran ofertas presentadas por Mipyme o proponentes plurales constituídos exclusivamente por Mipyme y evidentemente sí existían, pues INGENIERIA DE PROYECTOS SAS y HMV CONSULTORÍA SAS eran propuestas de Mipyme y el demandante CONCORCIO CPC-2017 (Constituida por CONSULTORIA DE PROYECTOS SAS Y CIARQUELEN SAS) era un proponente plural conformado por dos Mipymes de carácter nacional que para efectos del pliego se entendió como una Mipyme Nacional. En conclusión, definitivamente este criterio no era aplicable pues el escenario que se presentó no contemplaba la aplicación del criterio conforme se había indicado en el pliego.

Entonces, la entidad realizó el ejercicio de aplicar la norma tal y como se encuentra concebida en el decreto reglamentario; su decisión no fue inadecuada, innecesaria, ni desproporcionada de cara al principio de igualdad, pues explicó el carácter discriminatorio de la norma.

Para el Despacho no se presenta una falsa motivación en el acto administrativo que adjudicó el proceso pues la misma está fundamentada, desde el punto de vista jurídico.

Por lo anterior, no se accederá a las pretensiones de la demanda.

* 1. **COSTAS**

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación," situación que no se ha presentado en el caso estudiado, por lo cual NO HABRÁ CONDENA EN COSTAS.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO 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 por los motivos antes expuestos.

**SEGUNDO: Sin condena en costas**

**TERCERO: Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA [[15]](#footnote-15).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

NNC

1. "ART. 3o—Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.

   Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, $ moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

   1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de $ procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y £ contradicción.

   2. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adiciona/mente ios principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejusynon bis in ídem.

   3. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

   4. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

   5. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

   6. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

   7. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

   8. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extra/imitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

   9. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocerlas actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

   10. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

   11. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

   12. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

   13. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

   14. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas." [↑](#footnote-ref-1)
2. "Si una vez evaluadas las ofertas existe un empate en el primer lugar del orden de elegibilidad, la normativa en la mínima cuantía establece que la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo. Para los demás Procesos de Contratación, incluye la utilización de unas reglas para seleccionar el adjudicatario, las cuales deben aplicarse de forma sucesiva y excluyente.

   Las reglas son las siguientes:

   1. Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de calificación establecidos

   en los pliegos de condiciones.

   2. Preferir la oferta que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

   3. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

   4. Preferir la oferta presentada por una Mipyme; o, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura constituida por exclusivamente por Mipyme12.

   5. En caso en que dentro del Proceso de Contratación no existan ofertas presentadas por Mipyme oproponentes plurales constituidos exclusivamente por Mipyme, preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que:

   (a) esté conformado por al menos una Mipyme que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento; (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia acreditada en la oferta; y, (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

   6. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento de su nómina está en condición de discapacidad según las reglas contenidas en la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento de su nómina está en condición de discapacidad. debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia acreditada en la oferta.

   7. Utilizar un método aleatorio.

   12- En caso en que sean preferidas las ofertas presentadas por Mipyme y proponentes plurales constituidos en su totalidad por Mipyme, la siguiente regla a aplicar es la contenida en el numeral 6, y no en el numeral 5." [↑](#footnote-ref-2)
3. *En efecto indicó el citado órgano .* "Ahora bien, como ya se señaló, la actividad contractual del Estado también se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991í44), entre los que se encuentra el principio de igualdad, que se señala como transgredido dentro del texto de la demanda.

   (...) Al estudiar del principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (arts. 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (art. 5o) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad(50).

   En conclusión, "(...) el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable" <57).

   i) La imposición factores diferenciadores que favorecen la elección de las Mipymes que participan como oferentes dentro de un proceso de selección objetiva. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA -Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ - Bogotá D.C., marzo veintidós (22) de dos mil siete (2007) [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo  44º**.-***De las Causales de Nulidad Absoluta*. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

   1o. Se celebren con personas que incurran en causales de **inhabilidad o incompatibilidad** previstas en la Constitución y la ley;

   2o.  Se celebren contra expresa **prohibición constitucional o legal**.

   3o. Se celebren con **abuso o desviación de poder**.

   4o. Se declaren **nulos los actos administrativos en que se fundamenten**; y

   5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre **tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras** o con **violación de la reciprocidad** de que trata esta Ley. [↑](#footnote-ref-5)
6. ARTICULO 1740. Es nulo todo acto o contrato a que **falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes**. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

   ARTICULO 1741. La nulidad producida por un **objeto o causa ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún **requisito o formalidad** que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos **en consideración a la naturaleza de ellos**, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

   ARTICULO 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. **Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.** [↑](#footnote-ref-6)
7. ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

   1) Cuando **contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa;

   2) Cuando tenga {**causa u objeto ilícitos**}, y

   3) Cuando se haya celebrado por **persona absolutamente incapaz.**

   ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado. NOTA: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-934 de 2013, en el entendido que el término de prescripción de dos años de la acción de anulabilidad del negocio jurídico que haya sido consentido por la fuerza, se cuenta a partir del día que esta hubiere cesado. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

   Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o **sin competencia**, o en forma irregular, o con **desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, o **mediante falsa motivación**, o con **desviación de las atribuciones propias de quien los profirió**.

   También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

   Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

   1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

   2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.

   3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

   4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

   Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Bogotá, D.C., Quince (15) de Marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660) Actor: ACCENTURE LTDA Actor: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES [↑](#footnote-ref-9)
10. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20141215_manualincentivos_publicacion.pdf> [↑](#footnote-ref-10)
11. NOTA a) Un proponente conformado en un cien por ciento (100%) por Mipymes nacionales, se considera en sí una Mipyme Nacional. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 55 y 56+ del c2 [↑](#footnote-ref-12)
13. "Es así que CORMAGDALENA reitera, que la interpretación correcta del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 y del numeral 5.2. del pliego de condiciones correspondientes al proceso de selección CMA-003-17, en lo que respecta a las Mypimes, es aquella en la que solo es posible dar aplicación al criterio de desempate que prefiere a las estructuras plurales integradas por Mypimes, en el caso en que ninguno de los oferentes singulares o plurales tengan la condición de Mypimes Nacionales.

    Por el contrario, si una vez aplicado el criterio de desempate referido a que se prefiera la oferta presentada por una Mypime nacional, subsiste el empate, no por ausencia de Mypimes sino porque dos o mas proponentes singulares o plurales, tienen tal condición, deberá prescindirse del criterio de desempate contenido en el numeral 5 del numeral 5.2 del pliego de condiciones y continuar el análisis con los siguientes numerales, como efectivamente se hizo en el informe de evaluación final publicado en el SECOP, lo que dio como resultado la adjudicación a Ingeniería de Proyectos S.A.S. a través del método aleatorio.

    Lo anterior es así, porque si pese a la existencia de varias mypimes nacionales singulares y plurales empatadas, se prefiriera a las estructuras plurales integradas por Mypimes, en detrimento de las Mypimes individuales, se introduciría un trato discriminatorio que resulta abiertamente incompatible con los artículos 13 y 209 de la Constitución Política y los artículos 23 y 28 de la Lev 80 de 1993." [↑](#footnote-ref-13)
14. 5. En caso en que dentro del Proceso de Contratación no existan ofertas presentadas por Mipyme o proponentes plurales constituidos exclusivamente por Mipyme, preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que:(a) esté conformado por al menos una Mipyme que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento; (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento de la experiencia acreditada en la oferta; y, (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura [↑](#footnote-ref-14)
15. “(…) **Artículo 203. *Notificación de las sentencias.***Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil. Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento (…)” [↑](#footnote-ref-15)