

ARTÍCULO 860 DEL CÓDIGO DE COMERCIO – Definición

Dispone que en todo tipo de licitaciones los términos de referencia constituyen una oferta de contrato, el cual debe ser adjudicado a la mejor postura entre quienes presenten propuestas. De la anterior disposición surge la obligación de celebrar el contrato con el mejor postor.

ARTÍCULO 860 – Licitaciones pliego de cargos – Aplicación

En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

CONVOCATORIA PÚBLICA NO. 03 Y EL ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA CONTRATACIÓN²¹. DE ACUERDO CON LO EXPUESTO EN EL ANEXO NO. 1 DEL ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE LA CONTRATACIÓN – Aplicación – Proceso de selección

De acuerdo con lo expuesto en el anexo No. 1 del estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación, los interesados en participar en el proceso de selección debían allegar con su oferta, entre otros, el certificado de capacidad de almacenamiento que expedía el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (en adelante, <<Invima>>) a favor de los fabricantes, comercializadores e importadores de los dispositivos médicos ofrecidos.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento.
Radicación: 25000-23-36-000-2016-01861-01 (61790)
Demandante: Tienken S.A.S.
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE – Unidad de Prestación de Servicios de Salud Suba

Tema: Incumplimiento de la obligación de celebrar un contrato en un proceso de selección que se rige por el derecho privado. Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Aunque está demostrado que el ofrecimiento del demandante fue indebidamente rechazado, no está probada la utilidad reclamada como perjuicio.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca era competente para conocer el proceso en primera instancia de acuerdo con el numeral 2 del artículo 152 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 16 de agosto de 2018¹. En el auto del 9 de agosto de 2022² se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. La demandante³ presentó alegatos de conclusión oportunamente. La entidad demandada guardó silencio. El Ministerio Público⁴ solicitó acceder a las pretensiones de la demanda porque estaba demostrado que la propuesta de la demandante fue descalificada indebidamente, a pesar de que era la mejor.

¹ Cuaderno principal, folio 346.

² Cuaderno principal, folio 352.

³ Samai, índice 24.

⁴ Samai, índice 27.



I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 7 de septiembre de 2016 Tienken S.A.S. (en adelante, <<Tienken>> o la <<demandante>>) presentó demanda⁵ de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue subsanada por medio de escrito presentado el 1° de noviembre de 2016⁶ y reformada mediante escrito radicado el 13 de marzo de 2017⁷. Se dirigió contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE – Unidad de Prestación de Servicios de Salud Suba (en adelante, el <<Hospital>> o la <<entidad demandada>>), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*<<PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 40 de 2016, expedida por el HOSPITAL DE SUBA por la cual fue adjudicada la Invitación Pública No. 03 de 2016, a la compañía **MEDISERV S.A.S.** (En adelante, “**MEDISERV**”) (sic).*

***SEGUNDA.-** Que en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la invitación no fue adjudicada debidamente, y por el contrario, debió ser adjudicada a **TIENKEN**.*

***TERCERA.-** Que también en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a pagarle a mi mandante las utilidades que habría recibido si se hubiese celebrado y ejecutado el contrato que era objeto de la Invitación Pública No. 03 de 2016, esto es la suma de **CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS** (\$437.192.468.00) **M/CTE**, más los intereses liquidados a la tasa máxima permitida por la ley o debidamente ajustada de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor.*

***CUARTA.-** Que también en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a repararle los daños que ella hubiera sufrido o llegare a sufrir con ocasión o como consecuencia de la expedición o de la ejecución del acto acusado.*

***QUINTA.-** Que se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.>>*

2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 28 de enero de 2016 el Hospital abrió la Convocatoria Pública No. 03 para contratar el suministro de dispositivos médicos tipo material de osteosíntesis. Dentro del proceso de selección se presentaron propuestas por la demandante, Tienken, y por Medyserv S.A.S. (en adelante <<Medyserv>>).

2.2.- El 17 de febrero de 2016 la entidad demandada expidió el informe de evaluación de las propuestas en el que concluyó que ninguna cumplía los

⁵ Cuaderno No. 1, folios 11 – 38.

⁶ Cuaderno No. 1, folios 46 – 77.

⁷ Cuaderno No. 1, folios 131 – 160.



requisitos técnicos exigidos en los términos de condiciones. En el caso de la demandante, el Hospital advirtió que no había aportado los certificados de buenas prácticas de manufactura y de capacidad de almacenamiento de varios de los fabricantes y proveedores de los dispositivos médicos ofertados.

2.3.- Tienken y Medyserv presentaron observaciones al informe de evaluación de las propuestas. Medyserv adicionalmente señaló que la propuesta de la demandante (Tienken) debía ser rechazada porque ofreció dispositivos médicos sin contar con la autorización de varios de los proveedores referidos en su propuesta. Para demostrar lo anterior, allegó al expediente administrativo las comunicaciones remitidas por Industrias Médicas Sampedro (en adelante, <<Sampedro>>) y Piemca S.A.S. (en adelante, <<Piemca>>), en las que se indicaba que no tenían vínculos comerciales con Tienken y que manejaban exclusividad con Medyserv.

2.4.- A pesar de que Tienken radicó ante el Hospital varias solicitudes para que le corrieran traslado de las observaciones presentadas por Medyserv, solo hasta el 1° de marzo de 2016 el Hospital accedió a hacerlo. Ante la gravedad de las acusaciones de Medyserv, el mismo 1° de marzo de 2016 Tienken presentó a la demandada un documento en el que respondió las observaciones <<(...) exponiendo suficientemente todos sus argumentos de defensa y aportando las pruebas relevantes y pertinentes para demostrar que dichas afirmaciones eran contrarias a la realidad>>.

2.5.- Mediante Resolución No. 40 del 2 de marzo de 2016 el Hospital adjudicó el contrato para el suministro de dispositivos médicos a Medyserv. En este acto administrativo la entidad demandada rechazó la propuesta de Tienken porque ofreció productos de las casas comerciales Sampedro y Piemca, sin contar con autorización para ello, y porque no cumplía los requisitos técnicos exigidos en los términos de referencia, en tanto no allegó los certificados de capacidad de almacenamiento de varios de sus proveedores.

2.6.- De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el acto administrativo cuestionado era nulo porque:

a.- Adolecía de falsa motivación, toda vez que la autorización de los proveedores para ofrecer sus productos no era un requisito exigido en los términos de condiciones y, aun en el hipotético escenario en que se hubiera exigido, sería un requisito ilegal por cuanto desconoce las normas de la libre competencia. En cualquier caso, la demandante aclaró que sí contaba con autorización para ofrecer los productos de Piemca y que en su propuesta no incluyó productos de Industrias Médicas Sampedro. Adicionalmente, afirmó que los certificados de capacidad de almacenamiento, que no eran necesarios para la comparación de las propuestas, fueron allegados antes de la evaluación de las ofertas, por petición del Hospital. Sin embargo, no fueron tenidos en cuenta porque la entidad demandada consideró que constituían una mejora a su ofrecimiento.



b.- Desconoció el derecho a la defensa de Tienken porque, durante el trámite del proceso de selección, el Hospital le impidió el acceso al expediente y frustró la posibilidad de conocer oportunamente las observaciones formuladas por Medyserv al informe de evaluación de las propuestas, las manifestaciones realizadas por las casas comerciales Sampedro y Piemca, y la adenda No. 9 que modificó el cronograma del procedimiento administrativo.

c.- Vulneró el derecho al debido proceso de la demandante en la medida en que su propuesta fue descalificada sin que pudiera controvertir las razones que motivaron esa decisión. Su propuesta fue excluida en el acto de adjudicación sin que pudiera cuestionar los argumentos y pruebas que sustentaron tal rechazo. El Hospital nunca requirió a la demandante para que aclarara las observaciones formuladas por Medyserv respecto de su propuesta y, a pesar de que presentó un escrito con el anterior propósito, este no fue considerado en el acto de adjudicación.

d.- Fue expedido irregularmente en tanto no estuvo precedido de una evaluación integral de las propuestas. A pesar de que los términos de condiciones y el Manual de Contratación de la entidad demandada ordenaban la evaluación integral de las propuestas, el Hospital realizó la evaluación jurídica, técnica y financiera sin hacer referencia al estudio del ofrecimiento económico a partir del cual se debía asignar el puntaje.

e.- La propuesta de la demandante era la mejor porque económicamente era la más baja.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El Hospital se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso los siguientes argumentos:

3.1.- El acto administrativo impugnado no estaba viciado de nulidad porque el contrato de suministro de dispositivos médicos fue adjudicado al proponente que cumplió en su integridad con los requisitos técnicos, financieros, jurídicos y económicos exigidos en los términos de condiciones.

3.2.- El rechazo de la propuesta de Tienken fue una decisión acertada. El numeral 16 de los términos de condiciones le permitía al Hospital confirmar la información reportada por los oferentes y descalificar las propuestas que hubieran reportado información imprecisa. Una vez confrontada la información de la propuesta de Tienken con lo reportado por los proveedores, se advirtió que ofreció dispositivos médicos sin contar con la autorización de las casas comerciales Sampedro y Piemca.

3.3.- El Hospital no podía adjudicar el contrato conociendo que el contenido de la propuesta de la demandante <<(…) *no se ajustaba a la realidad ya que era errónea por lo cual no sería válido ni ético, la adjudicación, por lo cual resulta*



loable que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir la oferta de TIENKEN SAS, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones(...)>>

3.4.- La demandante no demostró que el acto administrativo se hubiera sustentado en supuestos falsos ni mucho menos que su propuesta se encontrara ajustada a los requisitos exigidos en los términos de condiciones.

C.- Sentencia recurrida

4.- En sentencia del 3 de mayo de 2018⁸, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda. En síntesis, consideró que:

4.1.- No estaba probado que el acto administrativo de adjudicación estuviera falsamente motivado.

a.- La autorización de los proveedores para el ofrecimiento de sus productos no era un requisito exigido en los términos de condiciones. Sin embargo, el numeral 16 establecía que (i) el proponente debía manifestar bajo la gravedad de juramento que la información contenida en su propuesta era veraz; (ii) el Hospital se reservaba el derecho de verificar los datos suministrados por los oferentes, y (iii) la entidad podía descalificar las propuestas en las que se hubiera suministrado información imprecisa o falsa.

b.- La descalificación de la propuesta de Tienken fue acertada porque ofreció productos de Piemca, a pesar de que no podría asegurar su entrega. Tienken y Piemca no tenían un vínculo comercial y Piemca manejaba exclusividad con Medyserv, que fue el otro proponente que se presentó al proceso de selección.

c.- Aun cuando en el expediente obraban copias de correos electrónicos que evidenciaban que Piemca envió a Tienken una cotización de sus productos, lo cierto era que *<<(…) de tales comunicaciones no e[ra] posible determinar si el demandante tenía o no la posibilidad de comercializar los productos de Piemca, puesto que (…) Tienken no mencionó a qué proceso de selección se iba a presentar, lo que a la postre causó que para el momento de la verificación de la información el proveedor pusiera de presente el contrato de exclusividad con medyserv(...)>>*

d.- La demandante no ofreció productos de Industrias Médicas Sampedro, razón por la cual la falta de autorización de este proveedor no podía provocar el rechazo de su propuesta.

4.2.- No estaba acreditado que el acto administrativo impugnado hubiera desconocido el derecho al debido proceso de la demandante. Contrario a lo

⁸ Cuaderno principal, folios 298 – 309.



afirmado en la demanda, Tienken tuvo acceso a la adenda No. 9 introducida a los términos de condiciones y a las observaciones formuladas por Medyserv al informe de evaluación de las propuestas.

4.3.- Aun cuando reconoció que las observaciones realizadas por Medyserv fueron trasladadas un día antes de la adjudicación, el tribunal afirmó que tal circunstancia no desconoció el derecho al debido proceso de la demandante porque (i) el traslado de las observaciones podía ser realizado incluso en la audiencia de adjudicación, y (ii) de haberse realizado el traslado de las observaciones con una mayor anticipación, igualmente habría que rechazar la propuesta de la demandante porque no podía asegurar la entrega de los productos de Piemca.

4.4.- No se demostró que el acto de adjudicación hubiera sido expedido irregularmente. El numeral 19 de los términos de condiciones establecía que las propuestas que no cumplieran los requisitos mínimos de participación (técnicos, jurídicos y financieros) no serían objeto de calificación. Teniendo en consideración que desde la evaluación inicial la propuesta de la demandante no cumplió los requisitos habilitantes, no era procedente calificarla.

D.- Recurso de apelación de la demandante

5.- La demandante solicita revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda⁹. En el recurso de apelación expone los siguientes argumentos:

5.1.- Contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia, los múltiples correos electrónicos que obraban en el expediente demostraban que Tienken sí contaba con autorización para ofrecer los productos de Piemca. El tribunal valoró indebidamente las pruebas documentales que acreditaban lo anterior.

5.2.- Aunque Tienken sí estaba autorizado para ofrecer los productos de Piemca, lo que ocurrió fue que Medyserv, en un acto de deslealtad, presionó a Piemca para que manifestara al Hospital que no tenía un vínculo comercial con Tienken y que manejaba exclusividad con Medyserv.

5.3.- El acto administrativo demandado desconoció el derecho a la defensa de Tienken porque, durante el trámite del proceso de selección, el Hospital le impidió el acceso al expediente a pesar de las múltiples solicitudes elevadas para obtener información sobre su estado.

5.4.- El acto administrativo demandado desconoció el derecho al debido proceso de la demandante en la medida en que su propuesta fue descalificada sin que pudiera controvertir las razones que motivaron esa decisión. En efecto, su propuesta fue excluida en el acto de adjudicación sin que pudiera cuestionar los

⁹ Cuaderno principal, folios 315 – 334.



argumentos y pruebas que sustentaron el rechazo de su ofrecimiento. A pesar de que presentó un escrito con el propósito de controvertir las observaciones formuladas por Medyserv, el Hospital no lo tuvo en cuenta.

5.5.- El acto administrativo de adjudicación fue expedido irregularmente en tanto no estuvo precedido de una evaluación integral de las propuestas. No era cierto que en el informe de evaluación de las propuestas el Hospital hubiera determinado que la propuesta de Tienken no cumplía los requisitos habilitantes y que, por ello, no fuera calificable. La propuesta de la demandante solo fue descalificada en el acto administrativo de adjudicación.

5.6.- El trámite administrativo adelantado por el Hospital fue tan irregular, que la adjudicación no fue realizada en audiencia. Por lo anterior, Tienken no pudo ejercer su derecho a la defensa.

II. CONSIDERACIONES

E.- Medio de control procedente por tratarse de un proceso de selección de una entidad no sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

6.- La Sala estudiará de fondo el presente proceso dando aplicación los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020¹⁰, en la que se estableció:

<<Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.

<<Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.

<<Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos>>.

7.- Aun cuando la citada sentencia de unificación se refiere a la responsabilidad precontractual de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios,

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. CP Alberto Montaña Plata. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003).



lo cierto es que en sentencia del 10 de febrero de 2021¹¹ esta Subsección aclaró que la regla jurisprudencial allí adoptada es aplicable a la responsabilidad precontractual de entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como lo es el Hospital demandado, por disposición del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

8.- La decisión de adjudicar el contrato a Medyserv y de rechazar la propuesta de Tienken está contenida en una declaración de voluntad de la demandada, que no goza de las prerrogativas de un <<acto administrativo>>, razón por la cual no debe impetrarse su nulidad para obtener la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de dicha declaración de voluntad. Tales perjuicios se derivan del incumplimiento de las obligaciones contraídas al abrir la convocatoria pública y de no respetar las condiciones obligatorias y vinculantes establecidas en los términos de referencia para celebrar el contrato.

F.- Análisis de caducidad

9.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada dentro del término de dos (2) años que, de acuerdo con lo establecido en el literal i) del artículo 164 del CPACA, debe contarse a partir del día siguiente de la acción causante del daño. La decisión de adjudicar el contrato fue comunicada a todos los proponentes el 2 de marzo de 2016¹², razón por la cual el plazo inicial para presentar la demanda vencía el 3 de marzo del 2018. El 1° de julio de 2016 la demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual suspendió el término de caducidad hasta la expedición de la constancia que reflejó la ausencia de ánimo conciliatorio el 6 de septiembre de 2016¹³. Agotado el trámite de la conciliación, la demanda debía ser radicada a más tardar el 8 de mayo de 2018; y fue presentada el 7 de septiembre del 2016, de forma oportuna.

G.- Decisión a adoptar

10.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. En este caso está demostrado que el Hospital no respetó las condiciones establecidas para celebrar el contrato porque (i) la oferta presentada por Tienken fue indebidamente rechazada en tanto sí estaba autorizada para ofrecer los productos de Piemca y sí cumplía los requisitos técnicos exigidos en los términos de referencia; y (ii) Tienken tenía derecho a la adjudicación del Contrato porque, conforme con lo previsto en los términos de referencia, presentó el ofrecimiento económico más beneficioso para la entidad. No obstante lo anterior, no está demostrado el perjuicio material reclamado, esto es, la utilidad que habría obtenido en caso de que el contrato le hubiera sido adjudicado.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2021. C.P. Alberto Montaña Plata. Radicación No. 25000-23-26-000-2008-00475-01 (53888).

¹² Cuaderno No. 2, folio 22.

¹³ Cuaderno No. 2, folio 2.



11.- En la primera parte de esta providencia se explicarán las razones por las cuales la Sala concluye que la propuesta de la demandante fue indebidamente rechazada y que el contrato debió adjudicarse a la demandante. En la segunda parte, se hará referencia a la falta de prueba de la utilidad.

Primera parte: la propuesta de la demandante fue indebidamente rechazada y el Contrato debió adjudicársele a ella

H.- La obligación de celebrar el contrato con el mejor proponente

12.- En el expediente está probado que el Hospital abrió la Convocatoria Pública No. 03 para contratar el suministro de dispositivos médicos tipo material de osteosíntesis. De conformidad con el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen jurídico aplicable a la entidad demandada es el derecho privado, por lo que el proceso de selección se gobernó por las normas del Código de Comercio y no por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

13.- El artículo 860 del Código de Comercio dispone que en todo tipo de licitaciones los términos de referencia constituyen una oferta de contrato, el cual debe ser adjudicado a la mejor postura entre quienes presenten propuestas. De la anterior disposición surge la obligación de celebrar el contrato con el mejor postor. El artículo 860 del Código de Comercio dispone textualmente lo siguiente:

<<ARTÍCULO 860. <LICITACIONES PLIEGO DE CARGOS>. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás>>.

14.- En el caso concreto los términos de referencia¹⁴ de la Convocatoria Pública No. 03 establecían los requisitos técnicos, jurídicos, financieros y económicos que cada uno de los oferentes debían cumplir en el marco del proceso de selección. Los primeros eran requisitos habilitantes y el último (oferta económica) el requisito que otorgaba el puntaje. Este documento igualmente establecía que tanto los términos de referencia como la oferta que resultara seleccionada eran **obligatorios y vinculantes**, así:

*<<Los términos contienen las condiciones contractuales con las que se regirá la ejecución del contrato, **por lo tanto son obligatorios y vinculantes, así como la oferta que salga favorecida**. (...)>>*

15.- La obligación de contratar con el mejor oferente encuentra sustento igualmente en el Manual de Contratación de la ESE, el cual era aplicable al procedimiento de selección por expresa disposición del numeral 2 de los términos de referencia. Este documento prescribía que para la selección del contratista <<La Empresa Social del Estado deb[ía] determinar la oferta más favorable

¹⁴ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN PÚBLICA 1", folios 2 – 23.



teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista>>. El referido manual solo admitía la declaratoria de desierta de la Convocatoria Pública en ciertos casos específicos, los cuales estaban relacionados con la deficiencia de los términos de referencia (falta de claridad de las reglas) y de las ofrecimientos realizados por los proponentes (incumplimiento de los requisitos exigidos).

16.- De acuerdo con lo expuesto, tanto la ley como los documentos precontractuales establecían la obligación a cargo del Hospital de celebrar el contrato de suministro con el proponente que cumpliera los requisitos habilitantes y que ofreciera las mejores condiciones económicas. De manera que el incumplimiento de dicha obligación por parte de la entidad estatal, al abrir la Convocatoria Pública No. 03 y no respetar las condiciones obligatorias y vinculantes establecidas en los términos de referencia para celebrar el contrato, genera la obligación de reparar los perjuicios causados con tal incumplimiento, siempre que estén demostrados.

I.- La autorización de las casas comerciales no era un requisito de la propuesta y en todo caso Tienken sí tenía autorización para ofrecer los productos de Piemca

17.- En el expediente está demostrado que el Hospital abrió la Convocatoria Pública No. 03 para contratar el suministro de dispositivos médicos tipo material de osteosíntesis y que Tienken presentó una propuesta en la que ofreció dispositivos médicos importados por Piemca. También está acreditado que, por cuenta de las observaciones formuladas al informe de evaluación de las propuestas por parte de Medyserv¹⁵, mediante oficio del 18 de febrero de 2016¹⁶ el Hospital requirió a Piemca para que informara si tenía un vínculo comercial con Tienken y en el oficio del 22 de febrero de 2016¹⁷ Piemca respondió lo siguiente:

<<De la manera más atenta aclaro que actualmente no tenemos ningún vínculo comercial con la empresa TIENKEN S.A.S.

Ellos nos solicitaron cotización y registros sanitarios de nuestro portafolio para una licitación inicialmente, cuando nos informaron la entidad a la que se estaban presentando aclaramos que nosotros manejamos exclusividad de nuestros productos con la compañía MEDISER (sic).>>

18.- Por medio del oficio del 1° de marzo de 2016¹⁸ la demandante aclaró al Hospital que sí tenía una relación comercial con Piemca. Para demostrarlo allegó copia de correos electrónicos enviados con anterioridad a la presentación de la propuesta que evidenciaban que sí existía un vínculo comercial y, por ello, autorización para ofrecer sus productos.

¹⁵ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN 03 PARTE 2", folio 86.

¹⁶ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN 03 PARTE 2", folio 135. Continuación del documento en el archivo denominado "INVITACIÓN 03 PARTE 3, folios 1 – 4.

¹⁷ Cuaderno No. 1, folio 111.

¹⁸ Cuaderno No. 2, folios 41 – 60.

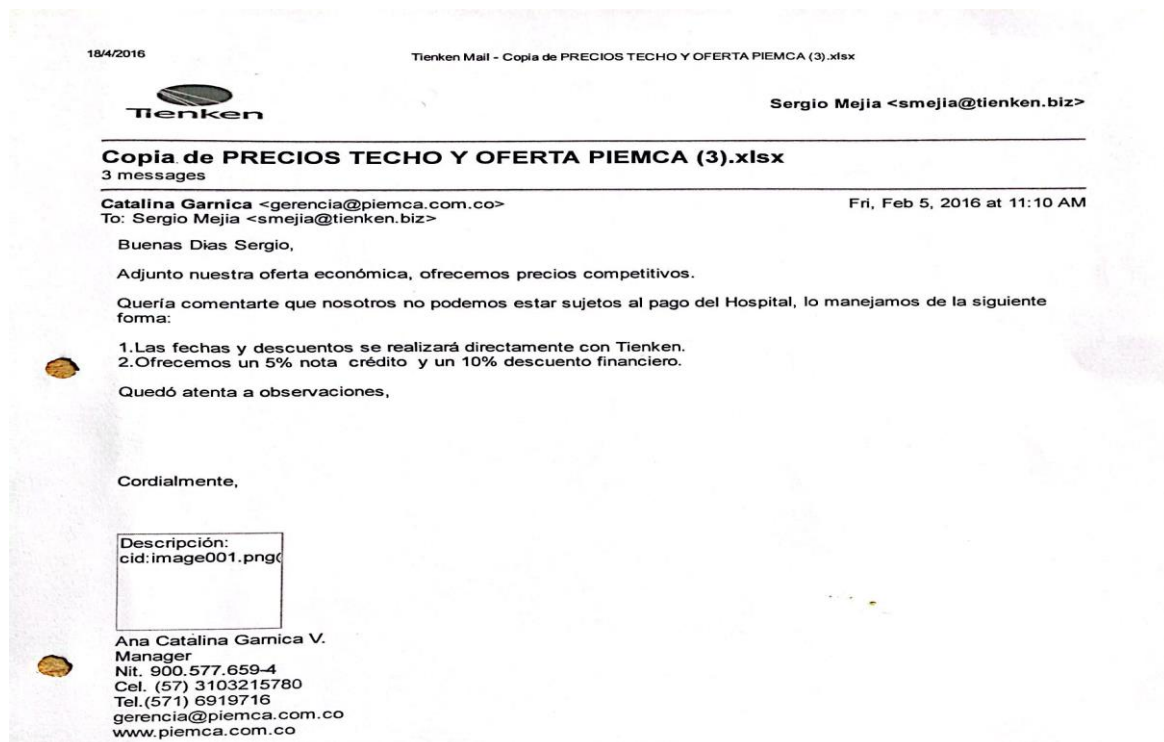


19.- No obstante lo anterior, mediante el acto de adjudicación del 2 de marzo de 2016 el Hospital rechazó la propuesta de la demandante porque consideró que no tenía autorización para ofrecer los productos de Piemca, sin tener en cuenta los argumentos y las pruebas presentadas por Tienken.

20.- El rechazo de la propuesta de Tienken fue injustificado porque la autorización que la entidad demandada echó de menos no era un requisito exigido en los términos de referencia ni en el Manual de Contratación ni en el Estatuto de Contratación del Hospital.

21.- En cualquier caso, habría que considerar que la propuesta de Tienken fue indebidamente rechazada porque está demostrado que sí tenía autorización para ofrecer los dispositivos médicos importados por Piemca. La copia de los correos electrónicos¹⁹ que fueron allegados al expediente administrativo demuestran que, tal y como lo afirmó la demandante, sí contaba con la autorización para ofrecer los productos de Piemca. En efecto, estos documentos evidencian que:

21.1.- Tienken solicitó a Piemca una cotización de los dispositivos médicos importados para hombro y columna, y los documentos necesarios para la presentación de la propuesta como, por ejemplo, los registros Invima de los dispositivos médicos. Luego de enviar los documentos requeridos, Piemca le remitió una oferta económica, así:

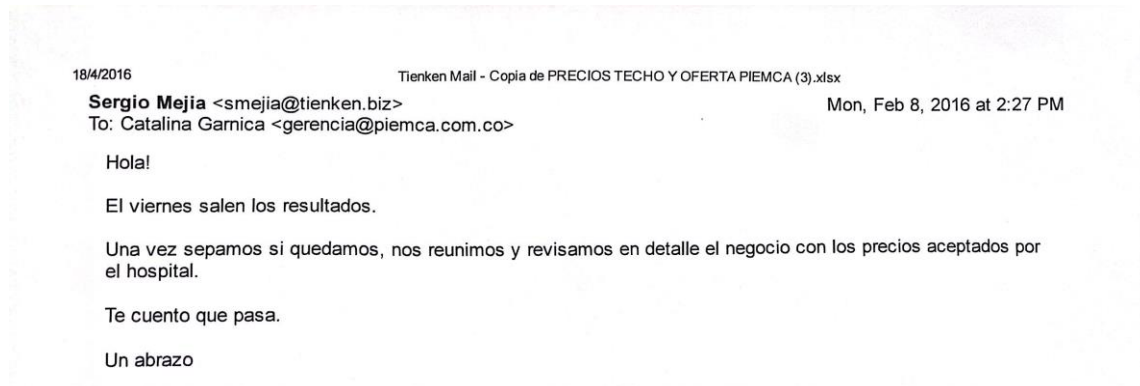


21.2.- Con posterioridad al vencimiento del plazo para presentar las ofertas, Tienken informó a Piemca que había presentado propuesta y que, una vez

¹⁹ Cuaderno No. 2, folios 47 – 61. CD obrante a folio 243 del cuaderno No. 1.



conociera si resultaba adjudicataria, le comunicaría para revisar en detalle los precios aceptados por el Hospital:



22.- Si bien es cierto en los correos electrónicos allegados al expediente no se hizo referencia alguna a la Convocatoria Pública No. 03, lo cierto es que a partir de la fecha de las comunicaciones y de su contenido es evidente que los dispositivos médicos iban a ser ofrecidos en el proceso de selección que dio origen a esta controversia y que Piemca en ningún momento se opuso a ello.

J.- La demandante sí cumplió los requisitos técnicos exigidos en los términos de condiciones

23.- En el expediente obra el documento que contiene los términos de condiciones²⁰ de la Convocatoria Pública No. 03 y el estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación²¹. De acuerdo con lo expuesto en el anexo No. 1 del estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación, los interesados en participar en el proceso de selección debían allegar con su oferta, entre otros, el certificado de capacidad de almacenamiento que expedía el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (en adelante, <<Invima>>) a favor de los fabricantes, comercializadores e importadores de los dispositivos médicos ofrecidos.

24.- Está demostrado que mediante correo electrónico del 9 de febrero de 2016²², el Hospital remitió a Tienken el informe de evaluación preliminar de las ofertas²³ en el que se advirtió que su propuesta no fue acompañada de los certificados de capacidad de almacenamiento de varios de los importadores de los dispositivos médicos ofrecidos. En concreto, el comité evaluador afirmó que no fueron allegados los certificados de los importadores Osteonorte S.A.S., Arthrol Implantes S.A. y Medirex S.A.S., razón por la cual solicitó allegarlos al trámite del proceso de selección.

²⁰ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN PÚBLICA 1", folios 2 – 23.

²¹ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN PÚBLICA 1", folios 24 – 37.

²² CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "INV_PUBLICA_COMPLETA.pdf", folio 86.

²³ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "INV_PUBLICA_COMPLETA.pdf", folios 95 – 97.



25.- También está acreditado que por medio del oficio del 10 de febrero de 2016²⁴ Tienken allegó al expediente (i) los certificados de capacidad de almacenamiento de Osteonorte S.A.S. y Medirex S.A.S., y (ii) las Resoluciones Nos. 2011032080 del 25 de agosto de 2011 y 2011036101 del 21 de septiembre de 2011, por medio de las cuales el Invima modificó el registro sanitario de los dispositivos médicos fabricados por Parcus Medical LLC en el sentido de autorizar el cambio del importador de los mismos; anteriormente, el importador de estos dispositivos era Arthrol Implantés S.A. y a partir de los actos el importador era Arthromeds S.A.

26.- El 17 de febrero de 2016²⁵ el Hospital remitió a la demandante el informe de evaluación de las propuestas en el que el comité evaluador concluyó que la oferta de la demandante no cumplía los requisitos técnicos exigidos porque, entre otros, no allegó al expediente los certificados de capacidad de almacenamiento de Osteonorte S.A.S., Arthrol Implantés S.A., Medirex S.A.S. y Orthovac Industria y Comercio Ltda.

27.- Mediante oficio del 18 de febrero de 2016²⁶ Tienken presentó observaciones al informe de evaluación de las ofertas. En este documento afirmó que, contrario a lo considerado por el comité evaluador, los certificados de capacidad de almacenamiento de Osteonorte S.A.S. y Medirex S.A.S. fueron allegados con el oficio del 10 de febrero de 2016. Adicionalmente, explicó que (i) no era necesario presentar el certificado de Arthrol Implantés S.A. porque ya no era la empresa importadora de los dispositivos médicos fabricados por Parcus Medical LLC, y (ii) no era necesario presentar el certificado de Orthovac Industria y Comercio Ltda. porque era un fabricante nacional de dispositivos médicos y no un importador.

28.- Mediante oficio del 23 de febrero de 2016²⁷ el comité evaluador dio respuesta a las observaciones realizadas por Tienken. En lo que respecta al cumplimiento de los requisitos técnicos, aclaró que los documentos que debían ser tenidos en cuenta para su verificación eran los presentados inicialmente con la propuesta y no los allegados con la subsanación. De acuerdo con lo anterior, concluyó que la demandante no cumplía los requisitos técnicos, en tanto no acompañó con su propuesta inicial los certificados de capacidad de almacenamiento requeridos.

29.- El rechazo de la propuesta de la demandante por este motivo fue injustificado porque, contrario a lo señalado por el Hospital, está demostrado que Tienken sí cumplió con los requisitos técnicos exigidos.

29.1.- Tal y como fue explicado anteriormente, mediante oficio del 10 de febrero de 2016 Tienken allegó oportunamente al expediente administrativo los

²⁴ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "COPIA_EXP_PARTE 4 COMPLETA.pdf", folios 44 – 87.

²⁵ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "INV_PUBLICA_COMPLETA.pdf", folio 184 – 194.

²⁶ Cuaderno No. 2, folios 28 – 31.

²⁷ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN 03 PARTE 2", folios 88 – 92.



certificados de capacidad de almacenamiento de Osteonorte S.A.S.²⁸ y Medirex S.A.S.²⁹, al igual que los actos administrativos³⁰ en los que el Invima autorizó el cambio de importador de los dispositivos médicos fabricados por Parcus Medical LLC. En lo que respecta al último punto, es preciso destacar que, con su propuesta³¹, la demandante allegó el certificado de capacidad de almacenamiento de Arthromeds S.A.³² (nuevo importador), por lo que la ausencia de este documento no podía invocarse para justificar el rechazo de su ofrecimiento.

29.2.- El comité evaluador no podía limitar el estudio de los documentos a los presentados inicialmente con la propuesta. De conformidad con lo establecido en el numeral 10.2 del artículo 10 del Estatuto de Contratación³³ del Hospital, la falta o ausencia de los documentos no necesarios para la comparación de las ofertas no podía servir de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos realizados, razón por la cual la entidad demandada estaba obligada a requerir estos documentos en el evento en que no hubieran sido presentados con las ofertas, y a tenerlos en cuenta en el análisis de las propuestas.

29.3.- De otra parte, en lo que respecta al certificado de capacidad de almacenamiento de Orthovac Industria y Comercio Ltda., la Sala precisa que, tal y como lo manifestó Tienken, dicha empresa era fabricante de dispositivos médicos y no un importador o comercializador. De conformidad con los artículos 2 y 10 del Decreto 4725 de 2005 y la Resolución No. 4002 de 2007, el certificado de capacidad de almacenamiento era expedido a favor de los importadores y comercializadores de los dispositivos médicos y no de fabricantes como Orthovac Industria y Comercio Ltda., motivo por el cual la entidad demandada no podía exigirlo respecto de esa empresa ni mucho menos rechazar el ofrecimiento de Tienken por la ausencia del mismo.

K.- La propuesta de la demandante habría obtenido el mayor puntaje

30.- En el expediente obra el acta de la audiencia de aclaración de los términos de condiciones³⁴ y la adenda No. 02³⁵ introducida a los términos de condiciones y al estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación para modificar lo relativo a la evaluación económica.

²⁸ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "COPIA_EXP_PARTE 4 COMPLETA.pdf", folio 57.

²⁹ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "COPIA_EXP_PARTE 4 COMPLETA.pdf", folio 65.

³⁰ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "EXP._INV._PUBLICA_03_2016", archivo denominado "COPIA_EXP_PARTE 4 COMPLETA.pdf", folios 69 – 70.

³¹ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "PROPUESTA_TIENKEN_INV._PUBL", archivo denominado "PROPUESTA_TIENKEN_COMPLETA.pdf".

³² CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "PROPUESTA_TIENKEN_INV._PUBL", archivo denominado "PROPUESTA_TIENKEN_COMPLETA.pdf", folio 551.

³³ CD obrante a folio 62 del cuaderno No. 2. Carpeta denominada "ESTATUTO DE CONTRATACIÓN", archivo denominado "Estatuto_contratacion.pdf", folios 1 – 35.

³⁴ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN PÚBLICA 1", folios 249 – 252.

³⁵ CD obrante a folio 236 del cuaderno No. 1. Archivo denominado "INVITACIÓN PÚBLICA 1", folios 233 – 245.



31.- De acuerdo con lo consignado en el acta de audiencia de aclaración de los términos de condiciones, la evaluación económica de las propuestas debía ser realizada de la siguiente forma:

<<Las propuestas deben ajustarse a las tarifas establecidas en el presente estudio y bajo las condiciones técnicas mencionadas. El oferente cuya propuesta económica sea menor a lo establecido en la convocatoria y en el comparativo con las demás propuestas, obtendrá el mayor puntaje en la evaluación económica, y se asignará así proporcionalmente a las otras propuestas.

Mediante la siguiente fórmula: $Pe=5 \times PM/P$, Donde PE: es el puntaje económico, 5= valor po ítem, Pm: es el precio de la propuesta más bajo y P: el precio de la propuesta en consideración. Posteriormente se multiplicará por la frecuencia de uso de cada elemento>>.

32.- En la adenda No. 02 el Hospital fijó los siguientes presupuestos para la evaluación económica de las propuestas:

<<El Oferente que presente la propuesta económica de menor valor en la convocatoria, obtendrá el mayor puntaje en la evaluación económica (100) puntos; las demás propuestas serán ordenadas según su valor y obtendrán sucesivamente (5) puntos menos que la anterior en la medida en que tengan un precio mayor>>.

33.- El dictamen pericial³⁶ allegado al expediente con la reforma de la demanda³⁷ acredita que el ofrecimiento económico realizado por la demandante era el más beneficioso para la entidad y, por ello, su propuesta habría obtenido el mayor puntaje. En efecto, en el documento denominado “anexo B – Experticio”³⁸ el perito realizó un análisis comparativo de las propuestas económicas realizadas por Tienken y Medyserv, que evidencia que la demandante ofreció los precios más bajos para la mayoría de los dispositivos médicos requeridos por el Hospital.

34.- Por lo anterior, está demostrado que la demandante tenía derecho a la adjudicación del contrato de suministro de dispositivos médicos.

Segunda parte: la demandante no demostró la utilidad que habría obtenido con la celebración del contrato.

35.- De acuerdo con lo establecido en los términos de condiciones y en el estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación, el objeto del contrato era el suministro de dispositivos médicos en la medida en que el Hospital los solicitara. El Hospital no exigió una cantidad específica de dispositivos médicos para que fueran entregados una vez se firmara el contrato; exigió que el contratista contara con los elementos y productos médicos y que tuviera la capacidad de dar cumplimiento a las solicitudes de despacho que el servicio de ortopedia y traumatología formulara durante un plazo de cinco (5) meses.

³⁶ Cuaderno No. 3, folios 42 – 49.

³⁷ Cuaderno No. 1, folios 131 – 132.

³⁸ CD obrante a folio 61 del cuaderno No. 3. Archivo denominado “Anexo B – Experticio”.



36.- Por lo anterior, la determinación de las cantidades de dispositivos médicos que el Hospital pudiera requerir durante la ejecución del contrato de suministro era indispensable para probar la utilidad dejada de percibir como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad demandada de adjudicarle el contrato.

37.- El dictamen pericial no demuestra la utilidad dejada de percibir por la demandante. El perito determinó la cantidad de productos que la demandante habría despachado al Hospital durante la ejecución del contrato a partir de un procedimiento que no brinda suficiente certeza sobre la veracidad de las cifras reportadas.

37.1.- Para calcular la cantidad de dispositivos médicos que se iban a suministrar durante la ejecución del contrato, el perito se basó en el anexo No. 3 de los términos de condiciones que refleja la frecuencia de uso de los dispositivos médicos por parte del Hospital durante el 2015. En este documento, sin embargo, la información sobre frecuencia de uso correspondía a todo el año 2015 y no discriminaba los datos mes a mes, razón por la cual su aplicación al caso concreto era limitada si se tiene en cuenta que el contrato a adjudicar debía ser ejecutado en un plazo de cinco (5) meses en el año 2016.

37.2.- Para sustentar sus conclusiones, el perito desarrolló un razonamiento inadecuado, pues aplicó los porcentajes que el suministro de cada uno de los dispositivos médicos representó en el valor total de las ventas en el año 2015, al valor aproximado del contrato de suministro que ascendía mil doscientos cincuenta millones de pesos (\$1.250.000.000). A partir de lo anterior, determinó el valor de las ventas que obtendría por el suministro de cada uno de los dispositivos médicos durante la ejecución del contrato y luego las cantidades que habrían de despachar al Hospital.

37.3.- Dicho en otros términos, el perito se apoyó en una información que reflejaba la frecuencia de uso anual de dispositivos médicos por parte del Hospital, sin realizar operaciones ni incluir datos que permitieran determinar o inferir la frecuencia de uso que se habría concretado durante el periodo de ejecución contractual, que era de cinco (5) meses.

37.4.- La falta de coherencia entre las premisas del dictamen no permite que la Sala tenga por ciertas sus conclusiones. El análisis que el juzgador debe realizar a la experticia para establecer su convicción sobre la hipótesis que se presenta en el mismo implica examinar su desarrollo, pues esto es lo que permite determinar si el cálculo del monto de los perjuicios está adecuadamente fundamentado y si la parte cumplió con la carga de acreditar este extremo de la litis; y a partir de dicho análisis, la Sala concluye que ello no es así.

L.- Condena en costas



38.- Como quiera que la demanda prosperó parcialmente, la Sala se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5 del artículo 365 del CGP.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 3 de mayo de 2018 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con aclaración de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con salvamento de voto