**SELECCIÓN OBJETIVA - Deber - Procesos de selección - Finalidad**

El fin último de todo procedimiento de selección adelantado por la administración para la satisfacción de las necesidades públicas es la celebración del contrato con el proponente que, según el objeto a contratar, satisfaga de mejor manera el principio de selección objetiva.

**OFERTA - Elementos sustanciales - Elementos formales**

Desde 1987 el Consejo de Estado inició una importante línea jurisprudencial que se concentró en diferenciar los elementos sustanciales, de los elementos formales de las ofertas, para sostener que las deficiencias que pudieran recaer sobre estos últimos no resultaban, bajo una “la lógica de lo razonable”, un título suficiente para generar el rechazo de aquellas. La anterior distinción fue positivizada en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (principio de economía) al indicar que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. De este modo, si bien se reconocía una importante discrecionalidad a las administraciones en la confección de los pliegos de condiciones, se limitaba la misma por razón de aquellos elementos que no fueran indispensables al momento de comparar las propuestas. Posteriormente, el inciso trascrito fue derogado por la Ley 1150 de 2007 —norma aplicable por encontrarse vigente al adelantar el procedimiento de selección que da origen a este proceso—. En la norma en comento se delimitaron con mayor claridad las actuaciones de la administración en relación con las ofertas, pues, de un lado, en el numeral primero del artículo 5 (de la selección objetiva), se indicó que “la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje (…), al tiempo que, el parágrafo 1 del mismo artículo.

**OFERTA - Rechazo -** **Causales legales - Entidad contratante - Discrecionalidad**

La anterior distinción encontraría aplicación en pronunciamientos posteriores en los que esta Corporación sostuvo que, si bien la administración cuenta con un espacio significativo de discrecionalidad al momento de elaborar los pliegos de condiciones, la misma se encuentra delimitada por los fines y principios de la contratación estatal. En este entendimiento, la administración no puede establecer en los pliegos de condiciones causales de rechazo que no tengan un fundamento legal o constitucional, y que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el objeto a contratar.

**OFERTA - Rechazo -** **Causales constitucionales - Posición del Consejo de Estado**

Sobre la posibilidad de rechazar una oferta con fundamento en normas de rango constitucional conviene destacar la Sentencia de 14 de marzo de 2013, de la que, por su pertinencia para el presente asunto, se reproduce un fragmento extenso (se trascribe): “De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones”.

**BUENA FE PRECONTRACTUAL - Buena fe contractual objetiva**

La buena fe precontractual es un deber de los proponentes y de las entidades, con consagración positiva y amplio desarrollo jurisprudencial. Junto con la citada disposición de la Ley 80 de 1993, el artículo 863 del Código de Comercio, aplicable al proceso de la referencia por la remisión expresa del artículo 13 del Estatuto Contractual, señala que “las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual”. De manera entonces que el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual es una categoría de amplia y reconocida importancia en nuestro ordenamiento jurídico, cuya relevancia se hace evidente para el caso en estudio.

**CAPACIDAD RESIDUAL - Buena fe - Exigencia - Entidad contratante**

La sociedad demandante es una agencia de viajes que, en desarrollo de su actividad comercial, participa en procedimientos de selección para la celebración de contratos estatales. En este contexto, resulta razonable exigirle a un proponente que desarrolla este ejercicio que conozca las normas que gobiernan su actividad económica, máxime cuando celebra de manera recurrente contratos con la administración, como se evidencia de los documentos allegados como medios de prueba al proceso. De este modo, para la Sala, resulta contrario a la buena fe precontractual que al momento de presentar las observaciones al proyecto de pliego condiciones, Subatours solicitara a la entidad que no requiriera el k residual de contratación, supuestamente por encontrarse derogado, cuando era evidente que ese requisito sí estaba vigente —no en la Ley 80 de 1993— en la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, llama la atención que hubiera formulado la misma observación en el procedimiento de selección referido con otra entidad.

**OFERTA - Subsanabilidad - Rechazo**

A partir de lo anterior, la Sala concluye que 1) la insistencia de la demandante para que no fuera tenido en cuenta un requisito evidentemente legal, 2) la presentación de información incompleta referida a dicho requisito aun cuando la entidad le había señalado su exigencia, y 3) el hecho de que hubiera ocurrido una situación similar en otro procedimiento de selección, son indicios que, “en consideración [a] su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obr[a]n en el proceso”. Permiten considerar ajustado al ordenamiento jurídico el rechazo de la propuesta de Subatours por resultar su comportamiento contrario al deber de buena fe precontractual. 68. Así las cosas, no puede considerarse que la actuación de Subatours fuera susceptible de ser enmendada en la licitación No. 1 de 2009 adelantada por la Cámara de Representantes, pues la causal de rechazo consagrada en el pliego de condiciones y los antecedentes fácticos que llevaron a la administración a adoptar esa decisión guardan armonía con principios de rango constitucional y de la contratación estatal, que tienen por finalidad que ningún proponente pueda beneficiarse de información parcial, inexacta o que falta a la verdad. En otras palabras, para la Sala, suministrar información contraria a la realidad en una oferta no puede ser objeto de subsanación dentro de ningún procedimiento de selección.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA**

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00264-01(45118)**

**Actor: SUBATOURS LTDA.**

**Demandado: NACIÓN - CÁMARA DE REPRESENTANTES**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Actividad precontractual – Nulidad del acto que declara desierto el procedimiento.

Síntesis del caso: se demanda el acto que declaró desierta una licitación tras rechazar una propuesta.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia de 15 de febrero de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. **ANTECEDENTES**

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia.

**1.1. La demanda y su trámite de primera instancia**

1. El 4 de junio de 2009 la sociedad Subatours Ltda., a través de apoderado judicial, presentó **demanda**[[1]](#footnote-1) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de la Nación – Cámara de Representantes, en ejercicio de la **acción contractual**, con el objeto de que se anulara la Resolución No. 432 de 2 de marzo de 2009 mediante la cual la entidad declaró desierta la Licitación Pública No. 1 de 2009; que se declarara nula la Resolución No. 561 de 6 de marzo de 2009 mediante la cual la entidad aclaró el artículo 2 de la Resolución No. 432, en el sentido de indicar la procedencia del recurso de reposición; que se declarara nula la Resolución No. 585 de 18 de marzo de 2009 a través de la cual la entidad confirmó en su totalidad la Resolución 432; que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condenara a la entidad a pagar al demandante perjuicios por $1.136’100.000, suma que deberá ser actualizada y sobre la cual deberá reconocerse el pago de intereses técnicos y, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia condenatoria, de intereses moratorios.
2. En la **demanda** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:
3. 1) Mediante Resolución No. 201 de 5 de febrero de 2009 la Cámara de Representantes (en adelante la Cámara) ordenó la apertura del proceso de Licitación Pública No. 1 de 2009 con la finalidad de contratar el suministro de tiquetes aéreos en rutas nacionales. Al procedimiento de selección concurrieron tres proponentes: Subatours Ltda. (en adelante Subatours), Viajes Calitour y Mayatur S.A.
4. 2) Tras realizar el estudio de las propuestas, el comité evaluador de la entidad determinó que la única oferta habilitada para continuar con la adjudicación era la presentada por Subatours.
5. 3) En las observaciones al informe de evaluación, Viajes Calitour indicó a la Cámara que la propuesta de Subatours debía ser rechazada por haber intentado, esta última, ocultar información relativa a la ejecución del contrato de suministro No. 261 de 10 de diciembre de 2008, suscrito entre la demandante y la Agencia Presidencial para la Acción Social.
6. 4) La entidad contratante debía, en relación con la información suministrada por Viajes Calitour, requerir a Subatours para que subsanara su oferta, pues, de acuerdo con lo previsto en los pliegos de condiciones, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, *“los documentos requeridos para la evaluación jurídica y financiera, como también la experiencia y la capacidad organizacional son subsanables*”[[2]](#footnote-2). Lo anterior aunado a que, en el caso concreto, la *“omisión de buena fe”* no afectaba el *k* residual solicitado en los pliegos.
7. 5) A partir de la observación hecha por Viajes Calitour, mediante Resolución No. 432 de 2 de marzo de 2009, la Cámara rechazó la propuesta de Subatours y declaró desierta la licitación. Posteriormente, mediante Resolución No. 561 de 6 de marzo de 2009 indicó que, en contra de la Resolución No. 432, procedía recurso de reposición. Finalmente, a través de Resolución No. 585 de 18 de marzo de 2009 confirmó la Resolución No. 432.
8. Como **fundamentos de derecho** de sus pretensiones presentó los siguientes argumentos:
9. Indicó que la entidad sustentó su acto en la consideración de que la propuesta de Subatours, al omitir el reporte del contrato suscrito con Acción Social, si bien no le afectaba la capacidad residual exigida en el procedimiento de selección, configuraba la causal de rechazo prevista en el numeral 5 del capítulo 4 del pliego de condiciones, que disponía lo siguiente (se trascribe):

*“Cuando la información suministrada como soporte de la contratación por parte del proponente no concuerde con la situación real en relación con los aspectos jurídicos, financieros, económicos y técnicos, será causal de rechazo de la propuesta”[[3]](#footnote-3)*.

1. En primer lugar, contrario al fundamento señalado por la entidad, sostuvo que la exigencia del *k* residual para participar en una licitación se constituía en un requisito ilegal toda vez que el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, que contemplaba esa exigencia, había sido derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.
2. En segundo lugar, indicó que, en el desarrollo de la audiencia de adjudicación, se permitió la réplica de los proponentes, ocasión en la que el representante de Subatours manifestó que, si bien la Cámara había incluido en el pliego de condiciones la exigencia de presentar el *k* residual de contratación, lo cierto es que en el mismo documento la entidad había establecido la posibilidad de aclarar los datos consignados en el anexo 8, evento en el cual le otorgaría un término al interesado para el efecto. En consecuencia, si la información para calcular el *k* residual de contratación estaba mal diligenciada, debía la administración requerir al proponente para que allegara los documentos faltantes; lo anterior, en armonía con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ya que el documento en cuestión no resultaba relevante para la comparación de las ofertas.
3. Adujo que, además de desconocer las previsiones legales y del pliego, la Cámara vulneró el debido proceso y la presunción de buena fe, al presumir que Subatours había ocultado información referida a los contratos que tenía en ejecución. Asimismo, la entidad desconoció el debido proceso por no haber dado respuesta a la réplica presentada en la audiencia de adjudicación, pues su actuación se limitó a leer una resolución que ya tenía preparada (mediante la cual declaró desierto el procedimiento), en contravía de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007.
4. A lo anterior se sumaba que el pliego hizo referencia expresa al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y al artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, para indicar que “*los documentos requeridos para la evaluación jurídica y financiera, como también la experiencia y la capacidad organizacional son subsanables y serán requeridos por la contratante por una sola vez”[[4]](#footnote-4)*. Debido a lo anterior, el rechazo solo podía configurarse ante la renuencia del oferente a aportar lo solicitado por la administración.
5. Por último, el requisito referido al registro único de proponentes estaba contenido en el título 3 del pliego de condiciones que trataba sobre los requisitos habilitantes y el de capacidad residual*,* en el numeral 3.3. sobre capacidad financiera, lo que reforzaba la conclusión de que, contrario a la decisión de rechazar la propuesta, se trataba de un documento susceptible de ser subsanado y aclarado. Sobre este punto afirmó la demandante (se trascribe):

*“Queda claro entonces que SUBATOURS LTDA jamás pretendió ocultar información y menos confundir al Comité Evaluador. No incluir el contrato con Acción Social en el anexo No. 8 fue un error de buena fe del que nadie está exento. De todos modos es sabido que cumplir en su totalidad con un pliego de condiciones es un tema bien complejo y que los errores en su presentación están a la orden del día, de ahí que el Estatuto de Contratación ordena a las Entidades Públicas requerir a los oferentes respecto de la información y de los documentos no necesarios para la comparación de ofertas, porque en ellos se pueden presentar múltiples errores que pueden conllevar a rechazar el mejor ofrecimiento en perjuicio del interés general de la Entidad, como ocurrió en este caso”[[5]](#footnote-5).*

1. La Cámara de Representantes **contestó la demanda**[[6]](#footnote-6) y se opuso a la totalidad de las pretensiones. Para desvirtuar lo sostenido por la parte actora adujo lo siguiente:
2. Indicó que, en el presente proceso, se debatía si la administración podía rechazar una propuesta “*cuando el proponente presenta información como soporte de la contratación que no concuerda con la situación real en relación con los aspectos jurídicos, financieros, económicos y técnicos”[[7]](#footnote-7)*, a lo que debía responderse de manera afirmativa ya que dicha causal estaba expresamente consignada en el pliego de condiciones.
3. Sostuvo que, realizada la revisión de las propuestas, el comité de evaluación de ofertas determinó que la única que cumplía con los requisitos exigidos era la presentada por Subatours. A raíz de lo anterior, puso en conocimiento de los oferentes el informe de evaluación, oportunidad en la que Viajes Calitour le manifestó a la entidad que Subatours había incurrido en una causal de rechazo, por lo que, verificada su ocurrencia, declaró desierta la licitación.
4. A juicio de la entidad demandada, contrario a lo afirmado por Subatours, el hecho de omitir información —en este caso la relativa a la *“capacidad residual como consultor o proveedor”*— no era susceptible de ser subsanada, pues se desconocería el principio de transparencia. Sobre este particular manifestó (se trascribe):

“*El demandante pretende que tal omisión se tome como un simple error de buena fe, minimizando la conducta en que incurrió el Representante Legal de Subatours, cuando lo cierto es que el anexo 8 consiste en un documento que debe presentarse en forma completa, que no puede contener información parcial pues siempre debe reflejar la realidad. Para la entidad es muy importante que los aspirantes a contratar le suministren información veraz. Es tal la importancia que la Entidad le da a esa situación que en los pliegos se consagró como causal de rechazo (…), que el proponente conocía de antemano y por lo cual sabía de las consecuencias que asumiría en el evento de incurrir en ella, luego no puede pretender que la entidad avale su conducta”[[8]](#footnote-8).*

1. En relación con la supuesta ilegalidad de solicitar el *k* residual de contratación para participar en un proceso de selección, la Cámara sostuvo que dicho argumento no resultaba válido para justificar la presentación de información que no se correspondía con la situación contractual del oferente; lo anterior, en consideración a que Subatours había presentado una observación para solicitar que no fuera un requisito diligenciar el anexo 8 (sobre el *k* de contratación), la cual había sido rechazada por la entidad en el sentido de indicar que era un requisito habilitante mas no susceptible de calificación. En este contexto, no era dable argüir que la omisión en la información del anexo en cuestión se justificaba porque la demandante consideraba que exigirlo era ilegal.
2. Sobre la réplica hecha por la demandante en la audiencia de adjudicación, indicó que, según los términos del artículo 15 del Decreto 2474 de 2008, no se trataba de aquellas que “*requier*[ieran] *de análisis y cuya solución podría incidir en el sentido de la solución adoptar”*. Adicionalmente, tampoco se había vulnerado el debido proceso comoquiera que el contratista tuvo la oportunidad de plantear sus argumentos en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 432. Así, al encontrar acreditada la causal de rechazo, previamente establecida en los pliegos, la administración debía obrar en consecuencia y no, como pretendía el contratista, requerirlo para subsanar su oferta.
3. Finalmente, advirtió que tuvo conocimiento de que al menos en otra oportunidad —en un procedimiento de selección adelantado por la Alta Consejería para la reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas— la propuesta de Subatours había sido rechazada por omitir información, por lo que, a su juicio, se trataba de una situación, aparentemente, recurrente.
4. El 5 de enero de 2005 **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, Sección Tercera, Subsección B, **negó las pretensiones de la demanda**[[9]](#footnote-9).
5. En primer lugar, el juzgador de primera instancia indicó que no resultaba ilegal, por parte de la administración, incluir como requisito habilitante la *capacidad residual del proponente o K de contratación* ya que, para la fecha en que la Cámara realizó la licitación, dicha norma se encontraba vigente en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.
6. En relación con la violación al debido proceso y del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, el Tribunal indicó que no se configuraba en el caso concreto, pues no obraba prueba en el expediente de la audiencia de adjudicación en la que constara que Subatours hubiera manifestado inconformidad alguna. Aun así, dicho oferente tuvo la oportunidad de interponer recurso de reposición en el que manifestó su inconformidad con la decisión adoptada y con el silencio de la administración en la audiencia de adjudicación; a partir de lo anterior, la Cámara había resuelto la impugnación e indicado que, según el artículo 15 del Decreto 2474, la réplica no tenía ninguna incidencia en el análisis de la causal de rechazo.
7. En lo relativo a la posibilidad de aclarar y subsanar la oferta, el *a quo* sostuvo que, en el caso concreto, no se presentó una inconsistencia en la información suministrada o en su soporte, sino que se trató de una omisión de allegar información requerida en el pliego. Sobre este punto manifestó (se trascribe):

“*En este sentido, las normas presuntamente vulneradas por los actos administrativas son claras en manifestar que la posibilidad de subsanar hace referencia a los documentos omitidos que acompañan la propuesta necesarios para la celebración del contrato y no a la información contenida en la oferta, la cual no puede ser modificada o mejorada”[[10]](#footnote-10).*

1. En ese contexto, al encontrar acreditado que la capacidad residual de contratación de Subatours no se correspondía con la realidad indicada en su propuesta, no debía la administración hacer requerimientos previos sino rechazar la oferta.
2. Finalmente, en relación con el supuesto desconocimiento del pliego de condiciones por cumplir la oferente con el *k* residual mínimo solicitado por la entidad, indicó el Tribunal que dicho cumplimiento no le eximía de cumplir con las demás condiciones, entre las que se encontraba la de suministrar información veraz; de ahí que, en atención al principio de transparencia, se encontrara justificado el rechazo de la propuesta.
	1. **Recurso de apelación y trámite de segunda instancia**
3. Inconforme con la anterior decisión, Subatours interpuso **recurso de apelación**[[11]](#footnote-11) contra la sentencia de primera instancia. Las razones de su inconformidad se resumen a continuación:
4. El análisis del Tribunal desconoció el pliego de condiciones, pues en diferentes numerales de este documento se expuso la posibilidad de subsanar las propuestas. Al respecto destacó (se trascribe):
5. El numeral 1.15 establecía la posibilidad de la entidad de solicitar aclaraciones a los oferentes, siempre y cuando a través de estas no se adicionaran, modificaran, completaran ni mejoraran las propuestas. Asimismo, de conformidad con las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, el pliego previó que “*los documentos requeridos para la evaluación jurídica y financiera, como también la experiencia y la capacidad organizacional son SUBSANABLES”[[12]](#footnote-12)*.
6. El numeral 2.8 del pliego preveía la posibilidad de solicitar aclaraciones cuando los documentos suministrados no coincidieran con la realidad o fueran contradictorios.
7. El numeral 2.10 del pliego establecía un procedimiento de saneamiento con la finalidad de garantizar la selección objetiva, sin que pudieran por esta vía los oferentes *“modificar, adicionar, o mejorar, el contenido o alcance de su propuesta”[[13]](#footnote-13)*.
8. Sostuvo que el pliego de condiciones diferenciaba entre requisitos habilitantes (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes) y aquellos que otorgaban puntaje (criterios técnicos y económicos), de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. La anterior norma dispone que *todos los requisitos que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación;* y, en el caso concreto, el anexo 8 era un requisito habilitante.
9. Asimismo, al determinar la capacidad residual de contratación, el pliego contemplaba la posibilidad de que la entidad requiriera al proponente en caso en que fuera necesario aclarar los datos aportados en el anexo No. 8 (mediante el cual se calculaba la capacidad residual).
10. Adujo que el Tribunal se limitó a analizar el numeral 5 de las causales de rechazo, sin tomar en cuenta que el mismo capítulo 4 preveía dicha consecuencia “*a menos que hubiere posibilidades de saneamiento”* en las condiciones del pliego o de la Ley.
11. En el término para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia**[[14]](#footnote-14), las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

**2. CONSIDERACIONES**

Contenido: 2.1. Jurisdicción y competencia – 2.2. Hechos probados - 2.3. Caso concreto – 2.4. Sobre la condena en costas

**2.1. Jurisdicción y competencia**[[15]](#footnote-15)

1. El presente asunto es de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por tratarse de un proceso en el que se tramitan controversias derivadas de un contrato estatal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.
2. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.
3. La Resolución No. 432 —mediante la cual la entidad rechazó la propuesta de Subatours y declaró desierta la licitación— fue confirmada por la Cámara de Representantes mediante Resolución No. 585 de 18 de marzo de 2009, la cual se notificó el 19 de marzo de 2009[[16]](#footnote-16). En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 87 del CCA[[17]](#footnote-17), las partes podían acudir a la jurisdicción, en principio, hasta el 11 de mayo de 2009; no obstante, Subatours presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 4 de mayo de 2009, fecha para la que quedaban 6 días de término para demandar. El 3 de junio de 2009[[18]](#footnote-18) se declaró fallido el trámite conciliatorio, por lo que el término de interposición de la acción se reanudó el 4 de junio de 2009 y vencía el 11 de junio de 2009. Como la demanda se interpuso el 4 de junio de 2009[[19]](#footnote-19) se concluye que fue oportuna.

**2.2. Hechos probados**

1. En consideración a los medios de prueba regularmente aportados al proceso, se acreditaron, en síntesis, los siguientes hechos relevantes:
2. El 21 de enero de 2009 la Cámara publicó en el portal único de contratación el proyecto de pliego de condiciones[[20]](#footnote-20).
3. El 29 de enero de 2009 Subatours formuló varias observaciones al proyecto de pliego de condiciones[[21]](#footnote-21), entre las que se encontraba la referida a no incluir el k residual de contratación en el documento definitivo, con fundamento en las siguientes razones (se trascribe):

*“Hacer tal exigencia del K residual de contratación para poder participar en el proceso licitatorio, es a no dudarlo ilegal, teniendo en cuenta que el artículo 22 de la ley 80 de 1993 que hacía referencia a esta exigencia de contratación fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007 (…)*

*“Así las cosas y de conformidad con la norma transcrita se concluye que la exigencia del K residual de contratación en el prepliego de condiciones resulta contraria al estatuto de contratación vigente.*

*“Cuando la ley es clara, no admite ninguna interpretación diferente, esto es, a que se debe cumplir integralmente su precepto, como ocurre en el presente caso donde la norma fue derogada y por sustracción de materia no puede aplicarse ni mucho menos exigirse un K residual de contratación a quienes aspiran a ofertar dentro de la licitación pública mencionada.*

*“Como es sabido la contratación administrativa se debe desarrollar con la observancia plena de los principios de transparencia, economía y responsabilidad. De mantener la exigencia del K residual estaría la administración en contravía con dichos principios (…)”[[22]](#footnote-22)* (subrayado fuera del original)*.*

1. La Cámara respondió las observaciones presentadas por los posibles oferentes[[23]](#footnote-23). Sobre el *k* residual de contratación indicó que, si bien el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 fue expresamente derogado por la Ley 1150 de 2007, en esta última el requisito en cuestión fue previsto en su artículo 6, así como en el Decreto 4881 de 2008. Sobre el particular sostuvo (se trascribe):

*“En tal sentido, sí es de total aplicación y exigibilidad en los procesos de contratación, así las cosas el posible oferente debe cumplir con este requisito y en consecuencia debe acreditar su inscripción en los grupos y especialidades exigidos por la Corporación en los Pliegos publicados, de igual manera cumplir con el K residual solicitado. Valga aclarar que no es el K residual sujeto de calificación pero si un requisito habilitante, y que permite verificar que experiencia que ha tenido el posible oferente”[[24]](#footnote-24).*

1. Resueltas las observaciones, el 5 de febrero de 2009, mediante Resolución No. 201[[25]](#footnote-25) la entidad dio apertura al proceso de licitación pública No. 1 de 2009 y publicó el *“pliego definitivo de condiciones”[[26]](#footnote-26)*. Dicho documento previó, en diferentes numerales[[27]](#footnote-27), la posibilidad de aclarar y subsanar las propuestas de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 y el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.
2. Por su parte, en el capítulo 3 del pliego de condiciones se incluyeron los requisitos habilitantes para participar, entre los que se encontraba, en el numeral 3.1.10, la inscripción en el Registro Único de Proponentes[[28]](#footnote-28) y, en el numeral 3.3.2.8., las condiciones relativas a la capacidad residual de contratación. En relación con lo último se indicaba(se trascribe):

“*3.3.2.8. CAPACIDAD RESIDUAL DE CONTRATACIÓN. ANEXO No. 8*

*“La capacidad residual es la capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación (k) que figura en su registro de proponentes, la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución en forma general (privados, estatales incluyendo los que se exceptúan del registro en la Cámara de Comercio y los que tengan por participación en sociedades, consorcios o uniones temporales), la cual se exigirá por la Entidad en el momento de presentar la propuesta*

*“(…)*

*“El proponente: persona natural, representante legal en caso de persona jurídica, apoderado o representante tratándose de consorcios o uniones temporales, allegará con la propuesta el anexo No. 8 del presente pliego, debidamente diligenciado, de donde se obtendrá la capacidad residual o capacidad real de contratación que tiene en la actualidad.*

*“(…)*

*“La capacidad residual mínima exigida para la presente licitación como CONSULTOR O PROVEEDOR es de 10.505 SMMLV.
“(…)*

*“LA OFERTA QUE NO CUMPLA CON EL MÍNIMO DE CAPACIDAD RESIDUAL EXIGIDA SERÁ RECHAZADA.*

*“En caso de requerirse aclaraciones sobre los datos consignados en el ANEXO No. 8, la CÁMARA DE REPRESENTANTES las solicitará, para lo cual el proponente cuenta con el término perentorio que fije la corporación para proporcionarla en el tiempo establecido para ello, so pena de rechazo de la oferta”[[29]](#footnote-29).*

1. Asimismo, el pliego enlistó, en el capítulo 4, las causales que generarían el rechazo de las propuestas, en los siguientes términos (se destaca):

“*LA CONTRATANTE rechazará aquellas propuestas que no se ajusten a las condiciones establecidas en el presente pliego de condiciones, a menos que hubiere posibilidad de saneamiento conforme a lo previsto en él y en la ley. En todo caso, además de los motivos de rechazo previstos en este pliego de condiciones, son causales de rechazo las siguientes:*

*“(…)
“5. Cuando la información suministrada como soporte de la contratación por parte del proponente no concuerde con la situación real en relación con los aspectos jurídicos, financieros, económicos y técnicos.*

*“(…)”[[30]](#footnote-30).*

1. Una vez establecidos los términos para participar en el procedimiento de selección, Subatours presentó su propuesta. Para lo que interesa al presente asunto, allegó diligenciado el anexo 8 —“*FORMATO CAPACIDAD RESIDUAL COMO CONSULTOR O PROVEEDOR”[[31]](#footnote-31)*— en el que señaló que, para ese momento, ejecutaba 5 contratos que afectaban su capacidad de contratación de la siguiente forma (se trascribe):

“(…)

“*TOTAL CONTRATOS EN EJECUCIÓN:*

*“6.300.6 SMMLV*

*“CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN COMO CONSULTOR*

*“30.473.00 SMMLV*

*“MENOS CONTRATOS EN EJECUCIÓN:*

*“6.300.6*

*“CAPACIDAD RESIDUAL COMO CONSULTOR: 24.172.24”.*

1. Recibidas las propuestas, la entidad realizó el informe de evaluación de ofertas[[32]](#footnote-32), documento en el que concluyó que la única que cumplía con todos los requisitos habilitantes era la de Subatours.
2. En relación con el anterior informe, Viajes Calitour presentó varias observaciones, entre las que se destaca una sobre la propuesta de Subatours relativa a su *k* residual de contratación. Sobre ese particular sostuvo (se trascribe)**:**

*“El proponente SUBATOURS LTDA. ha venido ocultando su capacidad de contratación al no relacionar la totalidad de los contratos que le han sido adjudicados y ha suscrito en calidad de CONSULTOR y que son de nuestro pleno conocimiento y que no relaciona como se puede comprobar en el anexo 8 de su propuesta, estos son:*

*“(…).*

*“Con el informe anteriormente indicado, presentamos como quedaría su* ***K*** *residual de contratación para el proceso que nos ocupa:*

*“K máxima de contratación de SUBATOURS………30.473.00 SMMLV*

*“Menos Contratos en Ejecución Real………………..25.088.07 SMMLV*

*“(=) K residual de Contratación………………………..****5.384.93 SMMLV***

*“****SOLICITADO POR LA ENTIDAD…………………………10.505.00 SMMLV***

*“Por lo anterior, solicitamos muy respetuosamente a la Honorable Cámara de Representantes rechazar la propuesta de* ***SUBATOURS LTDA.,*** *al no cumplir con la capacidad residual solicitada en los pliegos de condiciones de* ***10.505.00 SMMLV,*** *así como lo indican los pliegos de condiciones en su* ***CAPÍTULO IV – CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS,*** *numeral sexto (6). ‘****6. Cuando el proponente no cumple con todas las especificaciones o requerimientos técnicos mínimos establecidos en el presente pliego de condiciones’*** (…)”[[33]](#footnote-33) (subrayas y negrillas en el original).

1. Asimismo, indicó que la propuesta de Subatours debía ser rechazada con fundamento en la causal 5 según la cual este procedía “*cuando la información suministrada como soporte de la contratación por parte del proponente no concuerde con la situación real en relación con los aspectos jurídicos, financieros, económicos y técnicos*”[[34]](#footnote-34).
2. En vista de lo anterior, la División Financiera y de Presupuesto de la Cámara de Representantes dio respuesta a las observaciones anotadas[[35]](#footnote-35). Indicó que, de 4 contratos indicados por Viajes Calitour, únicamente había sido posible determinar que uno afectaba el *k* residual de Subatours como consultor. Sobre este aspecto sostuvo (se trascribe):

*“En consecuencia para esta entidad el único contrato que afectaría el K residual de contratación del proponente SUBATOUR sería el No. 261 de 2008 celebrado con Acción Social, en cuyo proceso licitatorio como se estableció anteriormente participó igualmente como CONSULTOR y por tanto estaba en la obligación de reportarlo en el Anexo No. 8 de la propuesta presentada en el cursante proceso licitatorio de la Cámara de Representantes.*

*“Pero si bien dicha omisión no llegase a afectar el K residual de contratación previsto para el presente proceso licitatorio* ***sí se presenta una causal de rechazo de la propuesta, toda vez que la información presentada no coincide con la realidad contractual del oferente, en consecuencia se erige la causal de rechazo presente en los pliegos de condiciones en el capítulo IV numeral 5*** *(…).*

*“En consecuencia por esta causal es* ***RECHAZADA LA PROPUESTA*** *presentada por SUBATOUR LTDA”[[36]](#footnote-36)* (negrilla en el original)*.*

1. Ante la ausencia de proponentes habilitados —causa que impide la escogencia objetiva en los términos del numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993— la entidad, a través de Resolución No. 432 de 2 de marzo de 2009[[37]](#footnote-37), declaró desierto el proceso de licitación.
2. Inconforme con la anterior decisión, Subatours interpuso recurso de reposición[[38]](#footnote-38) en relación con dos aspectos: 1) indicó que en la audiencia de adjudicación la entidad le violó el debido proceso pues no hizo ningún pronunciamiento sobre la réplica hecha por Subatours en esa instancia y, 2) sostuvo que la administración debió requerirlo para que subsanara su propuesta en cumplimiento del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
3. A través de Resolución No. 585 de 18 de marzo de 2009[[39]](#footnote-39) la entidad confirmó la decisión que declaró desierto el proceso de licitación. Sobre la réplica de Subatours indicó que no hizo ningún pronunciamiento en la audiencia de adjudicación pues no era de aquellas que, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2474 *“requi*[rieran] *de análisis y cuya solución p*[udiera] *incidir en el sentido de la decisión a adoptar”[[40]](#footnote-40).*
4. En el mismo acto manifestó lo siguiente, en relación con el rechazo de la propuesta, (se trascribe):

*“Porque la consecuencia del incumplimiento del deber de integridad y veracidad en el suministro de la información por los pliegos exigida está expresamente regulada en los mismos, a título de causal autónoma de rechazo, en el numeral quinto del capítulo IV de los pliegos. Con fundamento en tal motivo autónomo —y, por tanto, si respecto de la capacidad residual finalmente resultante— es que se rechaza la propuesta de SUBATOURS, al hallarse que la información que suministró no describe en forma fehaciente su situación.*

*“(…).*

*“En cuanto a la ‘obligación de la administración pública de privilegiar lo real sobre lo formal’ en modo alguno tiene el alcance que uno de los recurrentes le asigna: el de hacer inocua la falta en que incurrió respecto de sus deberes de veracidad e integridad en el suministro de la información. Y ello por dos razones: de un lado porque, en plano general, el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo no implica la anulación de este, sino meramente el reconocimiento de su carácter instrumental; esto es: de la ordenación de las formas que trascienden. De otro, porque precisamente en este caso el deber de suministrar la información requerida /que en modo alguno es un requisito formal) está orientado a fines muy precisos, de orden innegablemente sustancial: nada menos que permitir a la entidad contratante llevar a cabo una selección objetiva, a partir del estudio comparativo de propuestas formuladas en igualdad de condiciones*”[[41]](#footnote-41).

1. En relación con la afirmación hecha por la Cámara, sobre el proceso de selección abreviada adelantado por la Alta Consejería para la reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas (ver párrafo 21), se acreditó que Subatours había hecho la misma observación al proyecto de pliego de condiciones en el sentido de solicitar que se excluyera la valoración del *k* de contratación[[42]](#footnote-42), a lo que dicha entidad respondió que ese requisito sí era exigible[[43]](#footnote-43).
2. En el mismo proceso de selección abreviada Viajes Calitours realizó la misma observación relativa al ocultamiento por parte de Subatours de contratos en ejecución con el objetivo de no afectar su *k* de contratación. En vista de lo anterior, la última manifestó que no había relacionado dichos contratos pues para participar en esos procedimientos de selección no le fue exigido el reporte de la capacidad de contratación[[44]](#footnote-44). Finalmente, la entidad, en el documento de respuesta a las observaciones de evaluación[[45]](#footnote-45), rechazó la propuesta de Subatours en los siguientes términos (se trascribe):

*“En cuanto al primer punto y de acuerdo con las pruebas aportadas por ESCOBAR OSPINA Y CIA. LTDA. y ante la aceptación del representante legal de la existencia de los siguientes contratos (…) la entidad procedió a realizar la inclusión de los mismos en el análisis del K residual de contratación dando como resultado que NO CUMPLE con el requisito mínimo exigido (…).*

*“Es necesario precisar al representante legal de SUBATOURS que el hecho de que las entidades relacionadas no hayan exigido en sus pliegos de condiciones la capacidad residual de contratación, quizá en aplicación de las normas vigentes en esos momentos, no implica que dichos contratos no se encuentren en ejecución y que efectivamente afecten su capacidad residual”[[46]](#footnote-46).*

**2.3. Caso concreto**

**2.3.1. Rechazo de las ofertas**

1. El fin último de todo procedimiento de selección adelantado por la administración para la satisfacción de las necesidades públicas es la celebración del contrato con el proponente que, según el objeto a contratar, satisfaga de mejor manera el principio de selección objetiva.
2. En vista de lo anterior, desde 1987[[47]](#footnote-47) el Consejo de Estado inició una importante línea jurisprudencial que se concentró en diferenciar los elementos *sustanciales,* de los elementos *formales* de las ofertas, para sostener que las deficiencias que pudieran recaer sobre estos últimos no resultaban, bajo una “*la lógica de lo razonable”,* un título suficiente para generar el rechazo de aquellas.
3. La anterior distinción fue positivizada en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (principio de economía) al indicar que “*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.* De este modo, si bien se reconocía una importante discrecionalidad a las administraciones en la confección de los pliegos de condiciones, se limitaba la misma por razón de aquellos elementos que no fueran indispensables al momento de comparar las propuestas.
4. Posteriormente, el inciso trascrito fue derogado por la Ley 1150 de 2007 —norma aplicable por encontrarse vigente al adelantar el procedimiento de selección que da origen a este proceso—. En la norma en comento se delimitaron con mayor claridad las actuaciones de la administración en relación con las ofertas, pues, de un lado, en el numeral primero del artículo 5 (de la selección objetiva), se indicó que “*la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje (…)*, al tiempo que, el parágrafo 1 del mismo artículo, dispuso lo siguiente:

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

1. La anterior distinción encontraría aplicación en pronunciamientos posteriores en los que esta Corporación sostuvo que, si bien la administración cuenta con un espacio significativo de discrecionalidad al momento de elaborar los pliegos de condiciones, la misma se encuentra delimitada por los fines y principios de la contratación estatal. En este entendimiento, la administración no puede establecer en los pliegos de condiciones causales de rechazo que no tengan un fundamento legal o constitucional, y que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el objeto a contratar. Sobre este punto el Consejo de Estado sostuvo (se trascribe):

*“De ahí que la incorporación de una causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico y al tiempo debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje.*

*“De manera inversa, se precisa igualmente que, además de aquellas causales de rechazo que con apego a estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial”[[48]](#footnote-48)* (Subrayado fuera del original)*.*

1. Sobre la posibilidad de rechazar una oferta con fundamento en normas de rango constitucional conviene destacar la Sentencia de 14 de marzo de 2013, de la que, por su pertinencia para el presente asunto, se reproduce un fragmento extenso(se trascribe):

*“De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.*

*“Pues bien, a propósito de los Principios Constitucionales y/o presupuestos mínimos que emergen de aquellos, por la importancia que reviste para el caso concreto que ahora se decide, la Sala se detendrá a examinar algunos aspectos relacionados con la Buena Fe, presupuesto que si bien por mandato constitucional ha de presumirse presente en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 C.P.), no es menos cierto que tal presunción no corresponde a una de derecho que no admita prueba en contrario, por manera que ha de destacarse que la referida presunción constitucional es susceptible de ser desvirtuada, a lo cual –como resulta apenas obvio, por los trascendentales efectos que comporta desvirtuarla–, deberá procederse con los máximos cuidado, responsabilidad y rigor.*

*“(…).*

*“En consecuencia, para la Sala sería inadmisible sostener que la entidad estatal contratante tuviere el deber de adjudicar el procedimiento administrativo de selección a una determinada oferta a sabiendas de que, aunque en apariencia tendría las mejores condiciones, en realidad sería, por su contenido, total o parcialmente, una propuesta mentirosa, fraudulenta, engañosa o proveniente de un proponente que pretende sacar provecho o ventaja, frente a la entidad contratante y/o ante sus competidores, de la manipulación de información errónea, inexacta o falaz, tal como no resultaría válida, de ninguna manera, la adjudicación que se quisiera hacer recaer en un oferente que se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad, por lo cual resulta plausible que en estos casos la entidad decida rechazar o excluir esa clase de ofertas, independientemente de que así lo haya previsto, o no, el correspondiente pliego de condiciones, decisión que, de todos modos, la entidad estatal contratante está en el deber de motivar de manera clara, precisa, completa y detallada”[[49]](#footnote-49)* (Se destaca).

**2.3.2. Motivos de la apelación**

1. En su recurso de apelación la sociedad demandante se refirió únicamente a la posibilidad de subsanar la oferta que, a su juicio, le asistía por encontrarse prevista en los pliegos de condiciones y en la Ley; por tal motivo, la Subsección limitará el estudio del recurso a ese punto.
2. En el presente asunto, el problema jurídico a dirimir versa sobre la tensión que se presenta entre el deber de buena fe de los interesados en participar en un procedimiento de selección —que incluye, entre otras obligaciones, la de suministrar información veraz en los términos del principio de responsabilidad del artículo 26.7 de la Ley 80 de 1993— por un lado, el derecho de los proponentes a subsanar sus ofertas, por el otro. En este marco, con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia y los hechos probados, la Sala confirmará la decisión de primera instancia por las razones que se exponen a continuación.
3. La buena fe precontractual es un deber de los proponentes y de las entidades, con consagración positiva y amplio desarrollo jurisprudencial. Junto con la citada disposición de la Ley 80 de 1993, el artículo 863 del Código de Comercio, aplicable al proceso de la referencia por la remisión expresa del artículo 13 del Estatuto Contractual, señala que “*las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual*”. De manera entonces que el deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual es una categoría de amplia y reconocida importancia en nuestro ordenamiento jurídico, cuya relevancia se hace evidente para el caso en estudio.
4. La sociedad demandante es una agencia de viajes que, en desarrollo de su actividad comercial, participa en procedimientos de selección para la celebración de contratos estatales. En este contexto, resulta razonable exigirle a un proponente que desarrolla este ejercicio que conozca las normas que gobiernan su actividad económica, máxime cuando celebra de manera recurrente contratos con la administración, como se evidencia de los documentos allegados como medios de prueba al proceso[[50]](#footnote-50).
5. De este modo, para la Sala, resulta contrario a la buena fe precontractual que al momento de presentar las observaciones al proyecto de pliego condiciones, Subatours solicitara a la entidad que no requiriera el k residual de contratación, supuestamente por encontrarse derogado, cuando era evidente que ese requisito sí estaba vigente —no en la Ley 80 de 1993— en la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, llama la atención que hubiera formulado la misma observación en el procedimiento de selección referido con otra entidad (ver párrafo 53)**.**
6. Aunado a lo anterior, la conducta de Subatours resultó omisiva y contraria a la buena fe sobre el mismo punto, comoquiera que al estar acreditada la manifestación indicada en el párrafo anterior, ocurrió que, como consecuencia de una de las observaciones hechas al informe de evaluación por uno de los proponentes, la entidad se enteró de que la demandante había omitido información en su reporte de contratos en ejecución, situación que, además, también se había presentado en otro procedimiento de contratación (ver párrafo 54).
7. A partir de lo anterior, la Sala concluye que 1) la insistencia de la demandante para que no fuera tenido en cuenta un requisito evidentemente legal, 2) la presentación de información incompleta referida a dicho requisito aun cuando la entidad le había señalado su exigencia, y 3) el hecho de que hubiera ocurrido una situación similar en otro procedimiento de selección, son indicios que, “*en consideración* [a] *su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obr*[a]*n en el proceso*”[[51]](#footnote-51) permiten considerar ajustado al ordenamiento jurídico el rechazo de la propuesta de Subatours por resultar su comportamiento contrario al deber de buena fe precontractual.
8. Así las cosas, no puede considerarse que la actuación de Subatours fuera susceptible de ser enmendada en la licitación No. 1 de 2009 adelantada por la Cámara de Representantes, pues la causal de rechazo consagrada en el pliego de condiciones y los antecedentes fácticos que llevaron a la administración a adoptar esa decisión guardan armonía con principios de rango constitucional y de la contratación estatal, que tienen por finalidad que ningún proponente pueda beneficiarse de información parcial, inexacta o que falta a la verdad. En otras palabras, para la Sala, suministrar información contraria a la realidad en una oferta no puede ser objeto de subsanación dentro de ningún procedimiento de selección.

**2.4. Condena en costas**

1. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

**3. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia de 15 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

**SEGUNDO:** por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALBERTO MONTAÑA PLATA MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

1. Folios 5-33 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 7 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 13 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 19 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 23-24 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 50-57 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 51 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 52-53 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 210-221 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 220 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 225-234 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 225 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 227 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 242-243 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-14)
15. Mediante Auto de 22 de octubre de 2013 se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero por haber participado en la decisión de primera instancia. Folio 261 del cuaderno del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 44 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. “*Artículo 87. De las controversias contractuales (…)*

*“Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”* (se destaca)*.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 296 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 33 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-19)
20. Según se evidencia en el cronograma del proceso de licitación contenido en el pliego definitivo de condiciones, folios 34-35 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 298-305 del cuaderno No 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 298-300 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 1-8 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 4 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 306-310 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 30-106 cuaderno No. 4 [↑](#footnote-ref-26)
27. “*1.15. ACLARACIÓN A LAS PROPUESTAS*

*“(…)*

*“De conformidad con lo estipulado en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, los documentos requeridos para la evaluación jurídica y financiera, como también la experiencia y la capacidad organizacional son SUBSANABLES (…)*

*“2.8. INFORMACIÓN INEXACTA*

*“En caso de que ‘LA CONTRATANTE’ comprueben que la información suministrada o los documentos aportados no coincidan con la realidad o son contradictorios, se solicitarán las aclaraciones correspondientes*

*“2.10. PROCEDIMIENTO DE SANEAMIENTO*

*“(…) la CONTRATANTE podrá solicitar las aclaraciones que considere necesarias para llevar a cabo una evaluación ajustada al principio de selección objetiva sin que por esto los oferentes puedan modificar, adicionar o mejorar, el contenido o alcance de su propuesta”*

*“(…)*

*“2.11. REGLAS DE SUBSANABILIDAD*

*“En el presente proceso, se dará aplicación a lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y art. 10 del Decreto 2474 de 2008 (…)”.* Folios 39, 45 y 46 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 52 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 59 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 67 del cuaderno No. 4. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 107 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 244-256 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 69-70 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 72 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folios 10-16 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folios 15-16 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 23-34 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-37)
38. Folios 271-282 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 283-287 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 284 del cuaderno No. 2. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 285 del cuaderno No 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folio 302 del cuaderno No 3. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 274 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folios 246-248 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 271-276 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 274 del cuaderno No. 3. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 1987, exp. 4694. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 2 de agosto de 2018, exp. 53.506. [↑](#footnote-ref-48)
49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 24.059. [↑](#footnote-ref-49)
50. Entre otros, pueden destacarse: 1. contrato de suministro suscrito con el Invías por valor de $2.502’499.990 (folio 204 del cuaderno No. 3); 2. contrato de suministro suscrito con el Ministerio de Defensa Nacional por $255’000.000 (folio 214 del cuaderno No. 3); 3. contrato suscrito con Acción Social por valor de $3.575’000.000 (folio 255 del cuaderno No. 3). [↑](#footnote-ref-50)
51. Artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al presente asunto por la remisión prevista en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. [↑](#footnote-ref-51)