**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Medio de control - Impugnación -Actos precontractuales**

Se precisa aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual -conocidos como actos previos-, constituyen verdaderos actos administrativos, los cuales, para la época de los hechos en este proceso, eran pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contemplaba.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Caducidad de la acción –Cómputo - Término de caducidad**

Con el propósito de verificar el presupuesto de oportunidad de la demanda, debe observarse el contenido normativo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable en este proceso (…) En relación con el citado artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sala reitera a continuación la jurisprudencia de la Subsección A, desarrollada en diversos fallos acerca de la acción contra los actos previos a la celebración del contrato estatal, en los cuales se analizó la caducidad de la acción y, en su caso, la inepta demanda (…) Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demanda que dio lugar al presente proceso (…) se presentó contra el acto administrativo de adjudicación con anterioridad a la firma del contrato respectivo y que la acción se ejerció, de manera oportuna, el 3 de febrero de 2000. (…) Por tanto, como el término especial de la caducidad de la acción contra el acto previo, fijado en el plazo corto de 30 días hábiles, corrió para el proponente no favorecido a partir de la fecha de la comunicación del acto, se reafirma que la demanda se presentó antes de que hubiera configurado la caducidad, por no haberse vencido el plazo de los 30 días hábiles a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN - Nulidad - Presupuestos procesales**

Teniendo en cuenta que para el estudio de fondo es pertinente verificar los presupuestos procesales frente al artículo 87 del CCA ya citado, la Sala precisa lo siguiente: i) Cuando la demanda se presenta con anterioridad a la firma del contrato puede incoarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación. ii) En el supuesto procesal de que el contrato no se haya suscrito para la fecha de la demanda, no se exige la notificación de la demanda al adjudicatario. iii) Solo se impone la integración del adjudicatario como litisconsorte por pasiva cuando se conoce que se ha firmado el contrato.

**VALOR ASEGURADO - Ausencia de la póliza - Falta de requisitos esenciales - Comparación de ofertas**

El problema jurídico consiste concretamente en determinar si era o no ajustado al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 aceptar la inclusión de una propuesta que se presentó con la póliza de seriedad de la oferta por valor inferior al requerido en el pliego de condiciones. (…) Como consecuencia, se advierte que el valor de la póliza de seriedad de la oferta no hacía parte de los datos a utilizar en las fórmulas requeridas para establecer la comparación de las propuestas, ni tampoco existía en el pliego de condiciones un puntaje asignado a la póliza o a su valor. Desde esta perspectiva, el defecto en el valor de la póliza no era causal para inhabilitar la propuesta o excluirla para efectos del cálculo de precio medio, en relación con el cual se determinaban las propuestas habilitadas. (…) Por ello, más que reprochar el contenido del numeral 4 del punto 1.10, la Sala advierte que se debía aplicar en relación con el numeral 1.18, esto es, con base en el carácter no esencial de la póliza de seriedad de la oferta para calificar la respectiva propuesta, como en efecto lo realizó el municipio de Medellín en el acto acusado.

**OFERTAS - Valoración - Contenido del pliego de condiciones**

Se hace la anterior precisión para destacar que el puntaje final asignado a cada proponente podía variar de acuerdo con la cantidad de propuestas consideradas hábiles y con el precio corregido de cada una de ellas. La comprensión de este aspecto contenido en el pliego de condiciones lleva a entender la razón por la cual el debate sobre la garantía de seriedad de la oferta se refirió a si debió incluirse o no una propuesta más (la que se denominará treceava), dentro de los datos del cálculo para efecto de asignar el puntaje de precio a la parte ahora demandante. (…) Se advierte lo anterior desde ahora, dado que, en algunos apartes de la demanda, se podría entender que el acto acusado incorporó una adjudicación a favor de un proponente que no presentó la póliza de seriedad con la cobertura completa, habiendo quedado el municipio en descubierto para el evento del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aspecto que no es correcto para el caso en cuestión. Se resalta que la adjudicación no fue a favor de la Unión Temporal Lama Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda.

**PLIEGO DE CONDICIONES - Requisitos sustanciales - Reiteración jurisprudencial**

La Sección Tercera del Consejo de Estado desarrolló una línea jurisprudencial que propugnó por diferenciar entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones, la cual se formuló hace 30 años, desde la sentencia de 19 de febrero de 1987, prohijada por la doctrina española y argentina, en cuyos textos se estimó que no todas las condiciones del pliego tienen un mismo peso. (…) Aunque por la época de los hechos no era norma aplicable al asunto que ahora se juzga, resulta útil anotar que la Ley 1150 de 2011 con la disposición del parágrafo del artículo 5 prohibió de manera expresa el rechazo de propuestas fundado en la falta de requisitos habilitantes, entendidos estos últimos, como los que se refieren al proponente o a la futura contratación, aspecto en el cual se ha seguido desarrollando la línea jurisprudencial que se comenta. (…) Es de la mayor importancia resaltar que en el caso concreto era improcedente el rechazo de la propuesta que adolecía de un menor valor en la póliza de garantía allegada, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (…) Es importante observar que en el proceso se demostró que el consorcio adjudicatario había presentado su garantía de seriedad de la oferta en debida forma, por el valor establecido en el pliego de condiciones. Por ello, no se puede afirmar que la sentencia de primera instancia ignoró el requisito de la garantía de seriedad de la oferta, con el cual se protege el patrimonio público, ni que se dejó en descubierto el posible cobro de la garantía en los términos de la Ley 80 de 1993.

**ACTO PROPIO - Desconocimiento - Delegación - Estudio de propuestas**

El problema jurídico consiste en determinar si se configuró la delegación de una función relacionada con la contratación del municipio de Medellín que se hubiera trasladado al INVAL y, sobre esa base, evaluar si se desconoció o no un acto propio del municipio, por el hecho de apartarse del informe de calificación realizado por el citado establecimiento público. (…) Se agrega que la incompetencia para expedir el acto administrativo de adjudicación del contrato, en caso de que resulte palmaria en el proceso, ocasiona la decisión oficiosa de nulidad, ante la naturaleza del vicio que afectaría al acto administrativo. (…) Se observa que el acto de delegación de la función administrativa estaba permitido salvo prohibición legal, de acuerdo con la regla establecida en el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 y se puntualiza que la misma ley indicó los requisitos de la delegación, entre los cuales se exige que el acto de delegación tenga un contenido concreto o especifico. (…) En realidad, tampoco resulta apropiado entender que hubo un acto de delegación de competencia, dado que si se hubiera tratado de la asignación de competencias de una entidad a otra, de acuerdo con la Ley 489 de 1998 hubiera sido necesario acudir al mecanismo de la desconcentración , empero esa decisión de distribuir competencias correspondería al Concejo Municipal, circunstancia que no se presentó y que tampoco se requería de acuerdo con el contenido material de la orden administrativa proferida en el acto de apertura de la licitación pública. (…) Así las cosas, no procede afirmar que el municipio de Medellín desconoció un acto propio cuando decidió apartarse de la calificación que adelantaron los funcionarios del INVAL.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 05001-23-31-000-2000-00440-01(50911)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL PÉREZ C. Y CIA LTDA**

**Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLÍN**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Temas: ACTOS PREVIOS –cuando la demanda se presenta con anterioridad a la firma del contrato se puede incoar únicamente la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación – en ese supuesto procesal no se exige la notificación de la demanda al adjudicatario – solo se impone la integración del adjudicatario como litisconsorte por pasiva cuando se conoce, o se debió conocer, que se ha firmado el contrato./ PÓLIZA DE SERIEDAD DE LA OFERTA –otorgada por un valor menor del requerido en el pliego de condiciones, no afecta comparación de propuestas / REQUISITOS SUSTANCIALES - reiteración jurisprudencial – el rechazo de la propuesta solo puede estructurarse por falta de requisitos esenciales o sustanciales de la misma.*

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia, el veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), mediante la cual se dispuso (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“***PRIMERO****:* ***DECLÁRENSE*** *no probadas las excepciones a la demanda propuestas por el* ***MUNICIPIO DE MEDELLÍN.***

***“SEGUNDO****:* ***DECLÁRASE NO PROBADA*** *la objeción por ERROR GRAVE al dictamen pericial rendido por el perito**GUSTAVO AMAYA YEPES, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

*“****TERCERO****:* ***NIÉGANSE*** *las súplicas de la demanda”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 3 de febrero de 2000, la sociedad PÉREZ Y CIA LTDA, en su propio nombre y como representante de la UNIÓN TEMPORAL PÉREZ Y CIA LTDA – REDYCO LTDA y la sociedad REDYCO LTDA[[1]](#footnote-1) en su propio nombre, obrando en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el municipio de Medellín (se transcribe literal incluso con posibles errores):

*“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 075 del 23 de Diciembre de 1999, por medio de la cual se adjudica un contrato al Consorcio JORGE MONTAÑEZ Y CIA LTDA - ALVARO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, para la terminación de la estructura, construcción de la cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal, Calle 5 F por Carreras 92 EE y 93 de Medellín, por un valor de UN MIL TRES MILLONES UN PESO ($1.003’000.001,00), y un plazo para su ejecución de doscientos cuarenta (240) días solares.*

*“SEGUNDA: Que en consecuencia se restablezca el Derecho de las Sociedades Demandantes, y se condene al Municipio de Medellín A PAGAR AL LICITANTE PÉREZ C. Y CÍA LTDA y REYDCO LTDA, la suma equivalente a TRESCIENTOS DIEZ Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS ($316’843.831,00), correspondiente a las utilidades que hubiera obtenido dicho licitante si se le hubiera adjudicado el contrato de terminación de la estructura, construcción de la cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal, Calle 5 F por Carreras 92 EE y 93 de Medellín.*

*“TERCERA: Que se condene al municipio de Medellín a reconocer sobre la suma relacionada en la pretensión anterior los intereses moratorios comerciales correspondientes y subsidiariamente los intereses civiles más la corrección monetaria.*

*“CUARTA: Que se condene al Municipio de Medellín a pagar cualquier otra suma que resulte probada en el proceso y que constituya un perjuicio derivado de la no adjudicación del contrato mencionado para la terminación de la estructura construcción de la cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal, Calle 5 F por Carreras 92 EE y 93 de Medellín.*

“*QUINTA: Que se condene en costas al municipio de Medellín.*

*“SEXTA: Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”.*

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Mediante la Resolución 1028 de 6 de septiembre de 1999, el municipio de Medellín ordenó la apertura de la Licitación Pública 09 M/99, cuyo objeto fue la construcción de la cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal, ubicado en la Calle 5 F por Carreras 92 EE y 93 de Medellín.

**2.2.** El INVAL, por decisión del municipio de Medellín, fue el encargado de adelantar los trámites de la mencionada licitación, incluyendo la realización de los estudios jurídicos, técnicos y financieros.

**2.3.** A la licitación pública se presentaron trece propuestas, de las cuales se calificaron en ceros, en el factor de precio, aquellas que quedaron ubicadas por fuera de los límites PB1 y PB2, de acuerdo con el procedimiento de calificación fijado en el pliego de condiciones.

**2.4.** En la evaluación realizada por el INVAL se indicó como mejor propuesta la presentada por la Unión Temporal Pérez C. y Cía Ltda- Redyco Ltda con un puntaje final de 907,97.

**2.5.** En el informe presentado por el INVAL se advirtió que la Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda presentó una póliza de seriedad de la propuesta por un valor inferior al 10% del presupuesto oficial, que era el mínimo exigido en el pliego de condiciones y que, por ello se decidió el rechazo de su propuesta para efectos de la calificación. No obstante lo anterior, según narró la parte demandante, al resolver las objeciones de los distintos participantes, apartándose de la calificación elaborada por el INVAL, el comité de contrataciones del municipio de Medellín decidió aceptar la calificación de la propuesta de la referida proponente para efectos de asignar los puntajes, desconociendo con ello el pliego de condiciones y las reglas de la Ley 80 de 1993, toda vez que invocó, de manera improcedente, el principio de la economía previsto en el artículo 25 de la citada Ley.

**2.6.** La demandante narró que en el traslado del informe de calificación de la licitación, el consorcio Jorge Montañez y Cía Ltda- Alvaro Rodríguez Bermúdez solicitó reconsiderar el rechazo de la Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda, toda vez que si esto sucedía cambiaba el orden de elegibilidad a su favor, a lo cual no accedió el INVAL. Sin embargo, el comité asesor de la contratación se apartó del informe del INVAL y, como consecuencia, el municipio de Medellín accedió a la recalificación de las propuestas. Así las cosas, el municipio, obrando en contra del informe del INVAL, decidió la adjudicación a favor del citado consorcio, a través de la Resolución 075 de diciembre 23 de 1999.

**2.7.** Según destacó la demandante, de acuerdo con el informe del INVAL, con arreglo al pliego de condiciones y a la ley, su propuesta era la mejor y, por tanto, tenía derecho a la adjudicación del contrato.

**3. Concepto de violación**

La parte actora invocó el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en el cual se advierte que el acto de adjudicación es susceptible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como causales de nulidad invocó la violación de los artículos 29 y 3 de la Constitución Política y el apartamiento de los principios consagrados en los artículos 3, 23, 24, 25, 26, 28, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993. Agregó que la resolución acusada incurrió en un abuso de poder y para fundar su concepto, reseñó la violación del punto 1.10, numeral 4 del pliego de condiciones en el cual se indicó que: “*El municipio rechazará las propuestas que presenten la póliza por un valor inferior al solicitado”.*

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda mediante auto de 27 de noviembre de 2002[[2]](#footnote-2) y abrió el proceso a pruebas, a través del auto de 12 de agosto de 2003[[3]](#footnote-3).

**4.2. Contestación de la demanda**

En la contestación a la demanda, el municipio de Medellin observó que era una entidad territorial de diferente naturaleza jurídica que el INVAL y que este último era un establecimiento público, jurídicamente autónomo. Sin embargo, especificó que en la Resolución 1028 de 1999, expedida por el Alcalde de Medellín para dar apertura de la licitación, se ordenó al INVAL adelantar los trámites correspondientes y que, por tanto, esa entidad obró dentro de dicha autorización.

Puntualizó que la entidad que adjudicó el contrato fue el municipio de Medellín.

Allegó el Acuerdo 39 de 1981, expedido por el Concejo Municipal, mediante el cual se creó el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín INVAL.

Observó que la cláusula contenida en el punto 10.4 del pliego de condiciones resultaba violatoria del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que el rechazo de las propuestas solo era procedente con fundamento en requisitos que otorgaban puntaje. Explicó que por esa razón se incluyeron en la calificación todas las propuestas que se presentaron con errores en el valor de la póliza de seriedad de la oferta.

El municipio de Medellín presentó como excepciones: **i)** la buena fe en la actuación precontractual y **ii)** la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que la demandada cuestionó todo el proceso precontractual y no solo el acto de adjudicación.

**4.3. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 25 de agosto de 2011, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

El Tribunal *a quo* declaró que no procedía la objeción por error grave presentada frente al dictamen pericial.

Por otra parte, observó que la controversia era susceptible de ventilarse a través de la acción instaurada, dado que la demanda se presentó dentro del término de 4 meses referido a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contenida en el artículo 85 del CCA.

Al resolver el fondo del asunto, la sentencia de primera instancia reseñó que el INVAL obraba como delegatario para adelantar las actuaciones del procedimiento precontractual y que, en tal calidad, presentó el informe de calificación, no obstante lo cual en la audiencia del 23 de diciembre de 1999, en atención a las observaciones de los participantes, el secretario de obras públicas del municipio motivó la respuesta de la entidad territorial a las observaciones de los distintos proponentes y fundamentó la decisión adoptada indicando que el municipio no estaba de acuerdo con el INVAL, dado que no se podían rechazar las propuestas por asuntos formales.

De acuerdo con su análisis sobre las motivaciones del acta de la audiencia y de la Resolución 075 del 23 de diciembre de 1999, mediante la cual el municipio realizó la adjudicación, el Tribunal *a quo* observó que los proponentes fueron debidamente informados de las razones de la decisión y advirtió, por otra parte, que el concepto del INVAL no tenía la naturaleza de una decisión administrativa.

El Tribunal *a quo* estimó que la actuación del municipio se ajustó a los principios que rigen el proceso licitatorio y que se efectuó una interpretación razonable del pliego de condiciones, toda vez que la decisión de rechazo de la oferta para efectos de la calificación, adoptada en los estudios del INVAL, se fundó en un requisito puramente formal y no sustancial, el cual no daba lugar a excluir las propuestas que presentaban errores en la póliza de seriedad de la oferta.

El Tribunal *a quo* invocó la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos similares[[4]](#footnote-4).

Finalmente, el Tribunal *a quo* estimó que la parte demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto de adjudicación.

**4.4. El recurso de apelación**

**4.4.1.** La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2011, en el cual sustentó su recurso.

Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo* en la siguiente forma:

**4.4.1.1.** Según la apelante, el error del Tribunal *a quo* consistió en aducir una sentencia del Consejo de Estado que no era aplicable al caso de la presentación de la póliza de seriedad de la oferta por un valor inferior al presupuesto oficial, toda vez que esa providencia solo contenía un pronunciamiento sobre el orden de presentación física de los documentos y la alusión a la diferencia entre los requisitos formales y sustanciales.

**4.4.1.2.** Observó que en el presente caso el requisito referido al valor de la póliza de seriedad de la oferta no era solamente formal, si se tiene en cuenta que el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que la entidad estatal podrá hacer efectivo el valor de la garantía constituida en caso de que el adjudicatario no suscriba el contrato.

**4.4.1.3.** Agregó que el Tribunal *a quo* ha debido advertir que el municipio obró en violación de sus propios actos, dado que, por un lado, delegó la evaluación de las propuestas, pero, por otro lado, se apartó de la misma y llegó a adjudicar el contrato con una garantía patrimonial insuficiente, actuando en contra de lo dispuesto en el pliego de condiciones.

**4.4.1.4.** Indicó que la única defensa del municipio de Medellín, para apoyar su conducta, fue que la propuesta de Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda debía ser considerada para proteger el requisito de economía, argumento que era claramente improcedente, toda vez que la póliza de seriedad de la oferta no es un documento de aquellos a los que se refiere el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, habida cuenta de que no contiene requisitos referidos a la “*futura contratación ni al proponente y en todo caso la hipótesis fáctica correspondiente fue consagrada por el pliego de condiciones de manera expresa como fundamento de rechazo de las propuestas”[[5]](#footnote-5).*

**4.4.2.** El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 12 de marzo de 2012[[6]](#footnote-6).

**4.4.3.** En su alegato de segunda instancia la demandante reiteró los argumentos de la apelación y resaltó que se violó el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, vigente al momento de los hechos, norma que establecía que la garantía de seriedad de la propuesta no podía ser inferior al 10% del valor de la propuesta o del presupuesto oficial estimado, según lo determinaran los pliegos de condiciones. Reafirmó que en el expediente se encuentra acreditado que su propuesta era la que calificaba como primera y, por tanto, la única que gozaba de vocación de elegibilidad.

**4.4.4.** En la oportunidad para alegar en segunda instancia, el municipio de Medellín, obrando como parte demandada, solicitó confirmar la sentencia y, para ello, tener en cuenta sus argumentos de la contestación de la demanda y sus alegatos de la primera instancia.

Reafirmó que no le asiste responsabilidad alguna por no haber adjudicado el contrato a la oferta de la demandante, dado que esa proponente solo tenía una mera expectativa y que en este proceso quedó demostrado que la decisión se ajustó al pliego de condiciones. ´

**4.4.5.** El **Ministerio Público** emitió su concepto en el sentido de que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que el municipio de Medellín “*aplicó principios del régimen de contratación estatal para no incurrir en violaciones de normas tanto constitucionales como legales para así adjudicar el contrato que se encontraba en licitación”[[7]](#footnote-7).*

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** acción pertinente contra los actos previos o precontractuales; **3)** caducidad de la acción contractual contra los actos previos que se rigió por el artículo 87 CCA; **4)** Análisis de los presupuestos procesales para aquellos casos en que la demanda contra los actos previos se presenta con anterioridad a la firma del contrato; **5)** Análisis de las pruebas allegadas al proceso; **6)** el caso concreto; **7)** costas.

En el caso concreto se estudiará el requisito de la póliza de seriedad de la oferta otorgada por un valor menor del requerido en el pliego de condiciones, punto en el cual se concluirá que no afectaba la comparación de propuestas y que era improcedente su rechazo de acuerdo con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En el mismo punto se detallará el contenido del pliego de condiciones y se reiterará la jurisprudencia acerca del principio del fondo sobre la forma, en la interpretación de los requisitos del pliego de condiciones.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

Se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para conocer del presente asunto, con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-8), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[9]](#footnote-9); toda vez que en este caso una de las partes del litigio es una entidad estatal, además de que el acto administrativo -contentivo de la adjudicación del contrato- que se controvierte en este proceso, es un acto de naturaleza precontractual, susceptible de ser demandado en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época en que se presentó la demanda.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para resolver el recurso de apelación, toda vez que en este litigio la pretensión mayor se estimó en $1.013’900.260[[10]](#footnote-10), valor que resulta superior al monto equivalente a 500 S.M.L.M.V ($260.100 x 500 = $ 130’050.000)[[11]](#footnote-11), exigido para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con las reglas de determinación de la cuantía que se desprenden de la ley aplicable para este caso[[12]](#footnote-12).

**2. Acción pertinente contra los actos previos o precontractuales**

Se precisa aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual -conocidos como actos previos-, constituyen verdaderos actos administrativos, los cuales, para la época de los hechos en este proceso, eran pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contemplaba[[13]](#footnote-13).

**3. Caducidad de la acción contractual contra los actos previos que se rigió por el artículo 87 del CCA**

Con el propósito de verificar el presupuesto de oportunidad de la demanda, debe observarse el contenido normativo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, aplicable en este proceso:

*“Artículo**87.****(…).***

*“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. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”.*

En relación con el citado artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Sala reitera a continuación la jurisprudencia de la Subsección A[[14]](#footnote-14), desarrollada en diversos fallos acerca de la acción contra los actos previos a la celebración del contrato estatal, en los cuales se analizó la caducidad de la acción y, en su caso, la inepta demanda[[15]](#footnote-15), con el siguiente fundamento:

*“Así pues, con el propósito de precisar el sentido lógico y razonable con el cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha reconocido la plenitud de los efectos que se derivan del texto consagrado en el comentado inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. -norma aplicable exclusivamente a los procesos judiciales iniciados con posterioridad al 8 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley 446 de julio 7 de 1998 y anteriores al 2 de julio de 2012, puesto que la presentación de demandas con posterioridad a la última fecha señalada se han de regir por las nuevas disposiciones consagradas en el artículo 164-2-c) de la Ley 1437- la Sala estima importante puntualizar las diversas hipótesis que se contemplan y regulan dentro de la norma legal en examen, en orden a clarificar la aplicación de los diversos términos de caducidad que en ella se consagran y aclarar así los efectos que se derivan de dicha disposición.*

* *“La* ***primera hipótesis*** *se refiere a aquellos casos en los cuales* ***el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días******siguientes*** *a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación,* ***se demanda ese acto administrativo previo*** *en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.*
* ***“Una segunda******hipótesis*** *dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere* ***transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda*** *contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, (…).*
* *“La* ***tercera hipótesis*** *corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario* ***proceden a******celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes*** *a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso****, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción*** *de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos[[16]](#footnote-16), pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.*

*“Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente[[17]](#footnote-17)”.*

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la demanda que dio lugar al presente proceso se ubicó en la **primera** **hipótesis** planteada en esta providencia, es decir, que se presentó contra el acto administrativo de adjudicación con anterioridad a la firma del contrato respectivo y que la acción se ejerció, de manera oportuna, el 3 de febrero de 2000.

Se destaca lo anterior teniendo en cuenta que el acto de adjudicación del contrato fue comunicado a la unión temporal que obra como demandante en este proceso en la fecha en que el municipio de Medellín le entregó la copia de la Resolución No. 075 del 23 de diciembre de 1999, esto es, el 25 de enero de 2000[[18]](#footnote-18), según el oficio de esta última fecha que obra en el plenario[[19]](#footnote-19). Por tanto, como el término especial de la caducidad de la acción contra el acto previo, fijado en el plazo corto de 30 días hábiles, corrió para el proponente no favorecido a partir de la fecha de la comunicación del acto, se reafirma que la demanda se presentó antes de que hubiera configurado la caducidad, por no haberse vencido el plazo de los 30 días hábiles a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, como no se tiene noticia de que para la fecha de la demanda se hubiera firmado el contrato adjudicado se asume que no se había suscrito. Se reafirma esta conclusión teniendo en cuenta que para la fecha en que se presentó la demanda no había expirado el plazo que el pliego de condiciones estableció para la firma de ambas partes.

Lo anterior, toda vez que en la Resolución No. 075 del 23 de diciembre de 1999 el municipio de Medellín le fijó al adjudicatario un plazo de 10 días hábiles a partir de la entrega del contrato para su *“legalización*” y, por otra parte, en el pliego de condiciones de la Licitación No. 09M/99 se estableció que el municipio tenía un plazo de 7 días hábiles a partir de la adjudicación para elaborar el contrato y entregarlo al adjudicatario y, además, se fijó un plazo de 30 días hábiles a partir de la notificación para *“legalizar”* el contrato, entendido en ese contexto como el término en que se debía adelantar el registro presupuestal y publicar el contrato, trámite que debía adelantarse con base en el documento contractual debidamente firmado por el contratista y por el municipio. Estos términos acumulaban un plazo total de 47 días hábiles para los trámites respectivos.

Se observa que la notificación personal de la Resolución 075 de 1999 al consorcio adjudicatario se realizó el 6 de enero del 2000[[20]](#footnote-20) y, por ello, a partir de allí se iniciaba el trámite para elaborar, firmar publicar y registrar el contrato adjudicado, para lo cual se contaba con un plazo total de 47 días hábiles de acuerdo con lo antes mencionado, de manera que se infiere que los trámites podían tomar un tiempo, hasta el 14 de marzo de 2000, fecha para la cual la proponente no favorecida había presentado la demanda en este proceso, bajo el supuesto espacio temporal de la hipótesis uno, ya expuesta.

**4. Análisis de los presupuestos procesales para aquellos casos en que la demanda se presenta con anterioridad a la firma del contrato**

Teniendo en cuenta que para el estudio de fondo es pertinente verificar los presupuestos procesales frente al artículo 87 del CCA ya citado, la Sala precisa lo siguiente:

**i)** Cuando la demanda se presenta con anterioridad a la firma del contrato puede incoarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación.

**ii)** En el supuesto procesal de que el contrato no se haya suscrito para la fecha de la demanda, no se exige la notificación de la demanda al adjudicatario.

**iii)** Solo se impone la integración del adjudicatario como litisconsorte por pasiva cuando se conoce que se ha firmado el contrato.

De conformidad con los anteriores supuestos, la unión temporal demandante podía presentar la demanda únicamente contra el acto de adjudicación, sin incluir la pretensión de nulidad del contrato, toda vez que para la fecha en que se presentó la demanda, el 3 de febrero de 2000, no se conocía ni se podía suponer que el contrato hubiera sido firmado.

Para reafirmar este punto, se agrega que en la comunicación del 25 de enero de 2000, a través de la cual el municipio de Medellín le entregó a la ahora demandante los documentos relacionados con la actuación del proceso licitatorio no le remitió el contrato ni le refirió que el mismo estuviera firmado.

Se reitera que el documento contentivo del contrato adjudicado en la Licitación 09M/99 no fue entregado a la unión temporal demandante cuando presentó la solicitud de documentos, previa a la presentación de su demanda y se observa que tampoco fue reseñado ni allegado por el municipio de Medellín con la contestación de la demanda, ni posteriormente, con el oficio mediante el cual remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia los documentos referidos al proceso licitatorio.

Como consecuencia, no hay lugar a imputar una indebida integración de las pretensiones de la demanda, toda vez que la demandante no conoció de la firma del contrato y cuando presentó la demanda, el plazo para la firma estaba en curso.

Es más, en este proceso no se llegó a conocer si el contrato adjudicado para la terminación de la estructura y la construcción de las obras en el colegio Blanquizal, en realidad llegó a suscribirse.

En el mismo sentido, tampoco hay lugar a imputar la indebida integración del contradictorio por pasiva, toda vez que la demandante no estaba en la obligación de vincular al consorcio que fue sujeto de la adjudicación, dado que ese consorcio aún no tenía vocación de parte contratista para la fecha en que presentó la demanda.

Lo anterior, sin perjuicio de que el Tribunal a quo hubiera podido ordenar la notificación del auto admisorio de la demanda al referido consorcio, como tercero interesado, habida cuenta de que el acto cuya nulidad se solicitó le creaba un derecho a ese consorcio y que su nulidad podía tener efectos sobre el contrato, en caso de que se llegara a celebrar.

De acuerdo con todo lo anterior, en este proceso resulta viable proceder al estudio de fondo de las pretensiones, sin imputar la inepta demanda o la indebida integración del contradictorio por la parte pasiva, toda vez que, bajo los supuestos -temporal y fáctico- en que se presentó la demanda, la parte actora cumplió con los presupuestos para integrar en debida forma el *petitum* sobre el cual pretendió la nulidad del acto de adjudicación y la reparación de su derecho.

**5. Análisis de las pruebas allegadas al proceso**

**5.1. El contenido del pliego de condiciones**

Obra en el expediente el documento del pliego de condiciones de la Licitación Pública 09M/99, el acto de apertura de la licitación contenido en la Resolución 1028 del 6 de septiembre de 1999, así como las propuestas presentadas en la referida licitación[[21]](#footnote-21), sobre los cuales se hacen las siguientes precisiones acerca de su contenido:

**5.1.1.** El pliego de condiciones en el punto 1.10 relacionó los documentos exigidos para la propuesta y los requisitos para cada uno de ellos, en algunos ítems, como el numeral 4, de la garantía de seriedad de la oferta, indicó que procedía el rechazo de las propuestas en la forma como se transcribe mas adelante.

En el punto 1.18 del pliego de condiciones se regularon los aspectos relacionados con las reglas de rechazo y eliminación de propuestas y en el punto 1.19 se describieron, entre otros aspectos, la evaluación de propuestas seleccionadas, los criterios de selección, el orden de elegibilidad y el procedimiento para efectuar la adjudicación.

A continuación, se transcriben los puntos relacionados con los asuntos materia de evaluación y calificación (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“****1.10. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA***

*“(…).*

*“****4. Garantía de seriedad de la propuesta a nombre del MUNICIPIO DE MEDELLÍN*** *por el valor del 10% del valor del presupuesto oficial, con una vigencia de 90 días calendario, contados a partir de la fecha de cierre de la licitación.*

*“Esta garantía podrá consistir en una póliza expedida por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en una garantía bancaria.*

*“****El Municipio rechazará las propuestas que presenten la póliza por un valor inferior al solicitado.***

*“El Municipio podrá solicitar la ampliación de la vigencia cuando no cumpla con el periodo solicitado y cuando las necesidades de la administración exijan la ampliación del plazo para adjudicar. También se solicitará corregir la póliza cuando se coloque como beneficiario cualquier entidad diferente a la solicitada.*

*“La propuesta tendrá una validez por un término igual al de la garantía de seriedad de la propuesta.*

*“Al proponente favorecido se le devolverá la garantía de seriedad de la propuesta cuando esté perfeccionado el contrato; a quienes quedasen en segundo y tercer lugar se les devolverá tres meses después de la adjudicación o al perfeccionarse el contrato si ello ocurre antes, a menos que manifiesten no tener interés en la adjudicación. A los demás proponentes dentro de los cinco (5) días siguientes a la adjudicación”.*

*“(…).*

*“El Municipio se reserva la facultad de requerir al proponente para que subsane las informalidades en que incurra en la anterior documentación,* ***siempre y cuando no se trate de los documentos referidos en los dos numerales siguientes****:*

*“****1. Los referidos a la experiencia específica****, sobre los cuales únicamente se solicitará las aclaraciones sobre los datos presentados en las certificaciones anexadas con la propuesta.*

*“****2. Los documentos de carácter esencial para la comparación de propuestas, definidos a continuación:***

* *“ La autorización de la junta para presenta propuesta y para celebrar el contrato, a las personas jurídicas que de acuerdo con lo expresamente manifestado en el certificado de la Cámara de Comercio la requieren.*
* *“ Garantía de seriedad de la propuesta por el valor mínimo solicitado.*
* *“El formulario de cantidades de obra con todos los valores unitarios”.*

*“(…).*

*“****1.18. RECHAZO Y ELIMINACIÓN DE PROPUESTAS***

*“El municipio de Medellín rechazará y eliminará las propuestas, sin evaluarlas, en cualquiera de los siguientes casos.*

*“1. Cuando en las propuestas se omita colocar, en el documentos de cantidades de obra, el valor unitario de cualquiera de los ítems en él estipulados.*

*“(…).*

*“3. Cuando la propuesta esté incompleta en cuanto a que no se cumple con la documentación de carácter esencial para la comparación de propuestas”* (las negrillas son del texto original).

**5.1.2.** Para completar la descripción de esta prueba y el entendimiento del debate que se suscitó en la licitación pública, que ahora es materia de este proceso, es preciso hacer una síntesis del contenido del pliego de condiciones, en cuanto al aspecto de la calificación de las propuestas.

El pliego de condiciones estableció la adjudicación a la mejor propuesta determinada por la calificación sobre un total de 1000 puntos, distribuidos en los siguientes factores: precio (495 puntos), experiencia (400 puntos), calidad (5 puntos) y cumplimiento de contratos anteriores (100 puntos).

A su vez, el procedimiento de asignación de puntaje por el factor de precio se basó en dos fórmulas: PB1 y PB2. A través de la primera -PB1- se determinaba el precio medio entre la sumatoria de las propuestas tomadas por sus valores corregidos y el presupuesto oficial; con respecto a este valor se dispuso asignar un puntaje de cero a aquellas propuestas que se alejaban porcentualmente de la media, en los rangos allí establecidos[[22]](#footnote-22).

Solamente las propuestas que se ubicaban en el rango definido para PB1 eran objeto de inclusión en el procedimiento de determinación del PB2. A través de la segunda fórmula -PB2- se determinaba un rango de las propuestas en relación con el cálculo de una media geométrica[[23]](#footnote-23) de los precios de las propuestas seleccionadas y se asignaba el puntaje, por el factor de precio, a cada una de las propuestas, en relación lineal[[24]](#footnote-24).

Se hace la anterior precisión para destacar que el puntaje final asignado a cada proponente podía variar de acuerdo con la cantidad de propuestas consideradas hábiles y con el precio corregido de cada una de ellas.

La comprensión de este aspecto contenido en el pliego de condiciones lleva a entender la razón por la cual el debate sobre la garantía de seriedad de la oferta se refirió a si debió incluirse o no una propuesta más (la que se denominará treceava), dentro de los datos del cálculo para efecto de asignar el puntaje de precio a la parte ahora demandante.

Con base en la inclusión de la treceava propuesta, según las pruebas, se observa que quedaban once propuestas seleccionadas dentro del rango PB1 y al aplicar la fórmula de PB2 y asignar los puntajes correspondientes, el primer lugar lo obtenía el Consorcio *JORGE MONTAÑEZ Y CIA LTDA - ALVARO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ* que resultó adjudicatario, al paso que el puntaje de la unión temporal ahora demandante pasaba del primer lugar asignado en los informes del INVAL al segundo lugar.

Se advierte lo anterior desde ahora, dado que en algunos apartes de la demanda, se podría entender que el acto acusado incorporó una adjudicación a favor de un proponente que no presentó la póliza de seriedad con la cobertura completa, habiendo quedado el municipio en descubierto para el evento del artículo 30 de la Ley 80 de 1993[[25]](#footnote-25), aspecto que no es correcto para el caso en cuestión. Se resalta que la adjudicación no fue a favor de la Unión Temporal Lama Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda.

**5.2. La Resolución 075 de 1999**

Se allegó al plenario el acto administrativo cuya nulidad se pretende, esto es, la Resolución 075 de 23 de diciembre de 1999, de cuya parte considerativa, se destaca lo siguiente (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“8.**Que el Comité Asesor de la Contratación de Obras Públicas según consta en el Acta 12 del 12 de diciembre de 1999, luego de estudiar la evaluación de las propuestas y analizar las reclamaciones presentadas, así como las respuestas que a las misma se dan, no estuvo de acuerdo con la posición presentada por el INVAL con relación a la reclamación del contratista Unión Temporal Jorge Montañez y Cía Ltda- Alvaro Rodríguez Bermúdez y Lama Ingeniería Ltda – Asfaltadora Colombiana, aduciendo que el pliego de condiciones no puede estar por encima de la Constitución y de la Ley 80, y sustenta su posición, así:*

*‘Una vez leído el informe de evaluación correspondiente a la licitación 09M/99, el Comité se aparta del concepto jurídico presentado en el mismo, en el cual se rechaza una propuesta por no presentar póliza de seriedad de la propuesta por el valor del presupuesto oficial; desconociendo el principio de la economía que contempla la Ley 80/93 en su artículo 25, que en el inciso 2º, del numeral 15 reza: ‘la ausencia de requisitos y la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos’.*

*‘Existe pues prohibición legal para rechazar una propuesta por falta de un requisito sustancial, que no solo puede ser corregido, sino que en ningún momento impide la comparación de las propuestas’.*

*‘Si bien es cierto que la Entidad contratante tiene la facultad de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia, que más adelante serán ley para las partes, no puede ampararse en esa discrecionalidad para contravenir una disposición de rango legal como lo es el citado artículo 25 del estatuto contractual, Principio de Economía, y olvidar el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la misma ley.*

*‘Por lo anterior, y conforme a los postulados de la buena fe de que trata el artículo 83 de la Carta, el Comité considera que la propuesta no debe ser rechazada, y se debe proceder a evaluar con las demás presentadas en la licitación’.*

*“Por lo tanto, recomendó la adjudicación del contrato de obra pública, cuyo objeto es: ‘Terminación de la estructura, construcción de la cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal Calle 57F por Carreras 92EE y 93 de esta ciudad, al consorcio JORGE MONTAÑEZ Y CIA LTDA – ALVARO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, por valor de UN MIL TRES MILLONES UN PESO M/CTE ($1.003’000.001,00).*

*“9. Que como corresponde, ante la solicitud de adjudicación a través de la Audiencia Pública, la misma se llevó a cabo el día 23 de diciembre de 1999 a las 10 de la mañana, previa citación de todos los proponentes y los funcionarios correspondientes de la cual se levantó Acta correspondiente, la cual hace parte integrante de esta Resolución, sin que se presentaran circunstancias que invalidaran la actuación.*

*“10. Que mediante el Decreto 724 de septiembre de 1999, el Alcalde de Medellín delegó en el Secretario de Obras Públicas, la competencia para celebrar contratos de obra pública Hasta Veinte Mil Salarios Mínimos,*

*“RESUELVE*

*“ARTÍCULO PRIMERO. Adjudicar al CONSORCIO JORGE MONTAÑEZ Y CIA LTDA – ALVARO RODRÍGUEZ BERMUDEZ, la licitación 09M de 1999, cuyo objeto es la ‘Terminación de estructura, construcción de cubierta, cerrajería, mampostería, redes de servicio, obras de urbanismo y complementarias en el Colegio Blanquizal, Calle 5F por Carreras 92EE y 93’ de esta ciudad, por un valor de UN MIL TRES MILLONES UN PESO M/CTE (1.003’001.001,oo) y un plazo de ejecución de doscientos cuarenta días (240) solares’.*

*“(…).*

*“NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE*

*“Dada en Medellín, a los 23 días del mes de Diciembre de 1999*

*“LUIS FERNANDO BUSTAMENTE ARISMENDY (firmado)*

*Secretario de Obras Públicas de Medellín”.*

**5.3. Observaciones de los proponentes.** Igualmente, se allegaron como pruebas las comunicaciones que los participantes presentaron en el término del traslado de las evaluaciones, entre otras, la que radicó el Consorcio Jorge Montañez y Cía Ltda – Alvaro Rodríguez, de fecha 19 de octubre de 1999, mediante la cual solicitó no rechazar la propuesta de la Unión Temporal Lama Ingenieros – Asfaltadora Colombiana Ltda, para efectos de incluirla dentro del cálculo de los puntajes asignados con respecto al precio[[26]](#footnote-26).

**5.4** **Informe del INVAL**. Obra en el expediente el informe de evaluación de diciembre 20 de 1999, suscrito por el Director Jurídico encargado, el Director de Diseños, Presupuesto y Licitaciones, y la Ingeniera de Presupuestos y Licitaciones del INVAL, en el cual se concluyó que la propuesta que obtenía el mayor puntaje era la presentada por UT PÉREZ Y CIA LTDA – REDYCO LTDA[[27]](#footnote-27).

**5.5.** **Acta de la audiencia.** De la misma forma, se acreditó el acta de la audiencia de fecha *“jueves 23 de octubre de 1999”*[[28]](#footnote-28), suscrita por el secretario general del INVAL, en la cual consta que el Secretario de Obras Públicas del municipio de Medellín explicó a los proponentes que asistieron que en la reunión del comité de contratación de ese municipio, *“haciendo eco de varias doctrinas y jurisprudencias se consideró que el documento de evaluación en el cual se presentaba la recomendación de adjudicación se había apartado de la Ley 80 de 1993 y de la Constitución Nacional”.* De acuerdo con la referida acta, una vez escuchadas las intervenciones de los participantes, se hizo constar la respuesta final del municipio, así:

*“4. Respuesta del Municipio y Toma de decisiones*

*“No está de acuerdo con la decisión del INVAL y que no puede rechazar por requisitos formales una propuesta, basados en jurisprudencias existentes.*

*“Decisión Final: incluir la propuesta que fue rechazada por presentar póliza por un menor valor al exigido en los pliegos de condiciones****[[29]](#footnote-29)****, adjudicándole el contrato al CONSORCIO ALVARO RODRÍGUEZ B. – JORGE MONTAÑEZ & CIA LTDA.*

*“JORGE MARIO CAMPILLO OROZCO (firmado)*

*“Secretario General INVAL”[[30]](#footnote-30).*

**5.6.** **Cuadro de calificaciones.** En los folios 94 a 103 del expediente[[31]](#footnote-31) obran los cuadros de calificación de las propuestas. En el cuadro final consolidado, sin firmas, aparece con el puntaje más alto el “*Consorcio Alvaro Rodríguez B Jorge Montañez”* y, en segundo lugar, la “*UT Pérez y Cía Ltda”.* Este cuadro se allegó como anexo de la Resolución 075 de 1999.

**5.7.** **Pólizas de seriedad de la oferta.** De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, las pólizas de seguro mediante las cuales se acreditó la garantía de seriedad de la oferta, por el 10% del valor del presupuesto oficial ($1.045’300.691), fueron las siguientes: Unión Temporal Pérez y Cía Ltda, valor asegurado: $104’531.000; Consorcio Jorge Montañez y Compañía Ltda, valor asegurado: $104’530.069; Constructora ECCO Ltda. Arquitectos e Ingenieros Asoc, valor asegurado: $104’530.069[[32]](#footnote-32); Unión Temporal Colvico Ltda – Juan Guillermo Agudelo, valor asegurado: $104’530.069; Consorcio Hag Contratistas, VALOR ASEGURADO: $104’540.000; Unión Temporal Alfonso Giraldo L- Concypa Ltda, valor asegurado: $104’530.069; Pórticos S.A., valor asegurado: $104.530.069; Consorcio y Constructora Baleares – ICIC, valor asegurado: $104’530.069; Consorcio Obras y Terrenos Limitada – Excavar S.A., valor asegurado: $104’530.070; Consorcio M y Z Asociados Ltda – Ingeniería Sanitaria, valor asegurado: $105’000.000; Construcciones AP y Cía Ltda, valor asegurado: $110’000.000 y, Unión Temporal Ingeniería y Contratos Ltda – Constructora Las Galias S.A., valor asegurado: $105’000.000.

**5.7.1.** De conformidad con las pruebas allegadas al plenario, las pólizas de seguro cuyo valor era inferior al 10% del presupuesto oficial, dado que se otorgaron por el 10% del valor de la respectiva propuesta, eran las siguientes: Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombia Ltda, valor asegurado: $103’000.000[[33]](#footnote-33) y Consorcio Hag Contratistas, valor asegurado: $92’908.171[[34]](#footnote-34). Este último consorcio presentó otra póliza de seguro por valor equivalente al 10% del presupuesto oficial, según se relacionó en el punto anterior.

**5.7.2.** Nótese que la póliza de seguro requerida en el pliego de condiciones debía acreditar un valor asegurado de $104’530.069 (10% del presupuesto oficial) y que en el caso de la Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda se otorgó por $103’000.000, de manera que le faltaba acreditar cobertura por valor de $1’530.069.

**6. El caso concreto**

**6.1. El menor valor asegurado en la póliza de seriedad de la oferta no se asimila a la ausencia de la póliza y no constituye la falta de un requisito esencial a la comparación de ofertas**

Sin perjuicio del orden en que presentó los argumentos la apelante, el asunto que será resuelto en primer lugar, dado que resulta de carácter central en el sub-lite, es el siguiente:

El **problema jurídico** consiste concretamente en determinar si era o no ajustado al artículo 25 de la Ley 80 de 1993 aceptar la inclusión de una propuesta que se presentó con la póliza de seriedad de la oferta por valor inferior al requerido en el pliego de condiciones.

Previo a realizar el análisis del pliego de condiciones, se llama la atención sobre los siguientes apartes del artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

*“Artículo  25º.-**Del Principio de Economía.  En virtud de este principio:*

*“1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.*

*“2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.*

*“3o. Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.*

*“(…).*

*“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*“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.*

*“(…).*

*“17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas.*

*“(…).*

*“18. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”.*

Corresponde ahora analizar el alcance de la estipulación del pliego de condiciones acerca del rechazo de la propuesta, frente al marco legal del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

En el recurso de apelación la parte actora planteó que el problema debe ser resuelto en el sentido de que la disposición del pliego de condiciones era imperativa y no se encontraba en el supuesto de ser un mero requisito formal, de manera que el acto de adjudicación, en su criterio, debe ser anulado.

La Sala no comparte la argumentación de la apelante y, por el contrario, encuentra que la apreciación del Tribunal *a quo* fue correcta, toda vez que con base en un criterio de interpretación integral del pliego de condiciones era válido considerar que el municipio de Medellín no debía aplicar la causal de rechazo para excluir el precio ofrecido por la Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda de la respectiva calificación. De la misma forma, se puede apreciar que el valor de la póliza no era un requisito esencial a la comparación de las propuestas, según se explica a continuación.

**6.2. Interpretación integral del pliego de condiciones.**

Aunque el pliego de condiciones estableció, en el punto 1.10, numeral 4, que:

*“****El Municipio rechazará las propuestas que presenten la póliza por un valor inferior al solicitado****”* (la negrilla es del texto).

También es cierto que en la misma cláusula, párrafo penúltimo, se indicó que no cabía el requerimiento para subsanar un documento de *carácter esencial* *para la comparación de las propuestas*.

En el citado párrafo, contenido en el mismo punto 1.10 del pliego de condiciones, se estipuló:

*“El Municipio se reserva la facultad de requerir al proponente para que subsane las informalidades en que incurra en la anterior documentación,* ***siempre y cuando no se trate de los documentos referidos en los dos numerales siguientes****:*

*“****1. Los referidos a la experiencia específica (…)****.*

*“****2. Los documentos de carácter esencial para la comparación de propuestas, definidos a continuación****:*

* *“Garantía de seriedad de la propuesta por el valor mínimo solicitado”* (la negrilla es del texto original).

Por otra parte, aunque el pliego de condiciones no distinguió entre los requisitos de los proponentes (habilitantes) y los requisitos de las propuestas (para la asignación de puntaje), dado que en esa época no existía la diferenciación que se vino a introducir en la Ley 1150 de 2007, se puede observar que la presentación de la póliza era un requisito que no hacia parte de los documentos requeridos para calificar las propuestas.

Por ello, teniendo en cuenta que la Unión Temporal Lama Ingenieros Ltda – Asfaltadora Colombiana Ltda había presentado una garantía de seriedad de la oferta por la suma de $103’000.000, siendo el valor mínimo exigido $104’530.069, se podía aceptar que esa propuesta cumplía con el requisito de allegar la póliza de garantía, pero de manera incompleta, lo cual llevaba a trasladar el asunto a determinar si esa falencia era o no de carácter esencial para la comparación de las propuestas.

Ya se ha indicado en el análisis de las pruebas que, según el pliego de condiciones, las propuestas se comparaban y se calificaban de acuerdo con los puntajes asignados a los factores de: precio, experiencia, calidad y cumplimiento de contratos anteriores. También se ha descrito que el ítem de precio se determinaba partiendo del valor medio de las propuestas a precios corregidos.

Como consecuencia, se advierte que el valor de la póliza de seriedad de la oferta no hacía parte de los datos a utilizar en las fórmulas requeridas para establecer la comparación de las propuestas, ni tampoco existía en el pliego de condiciones un puntaje asignado a la póliza o a su valor. Desde esta perspectiva, el defecto en el valor de la póliza no era causal para inhabilitar la propuesta o excluirla para efectos del cálculo de precio medio, en relación con el cual se determinaban las propuestas habilitadas.

Además, si se recuerda que la interpretación correcta del pliego de condiciones debe hacerse con base en el texto íntegro del mismo, se halla la razón al municipio de Medellín, toda vez que podía traer a colación el numeral 1.18. del pliego de condiciones, en el cual se reiteró el párrafo final del punto 1.10., en el sentido de que el rechazo y la eliminación de propuestas incompletas se ataba al supuesto de que aquellas no cumplieran con la documentación de carácter esencial, como habría sido el caso de las propuestas carentes de póliza alguna para afianzar la seriedad de la oferta.

A continuación se reseña la parte pertinente del numeral 1.18. del pliego de condiciones:

*“****1.18. RECHAZO Y ELIMINACIÓN DE PROPUESTAS***

*“El municipio de Medellín rechazará y eliminará las propuestas, sin evaluarlas, en cualquiera de los siguientes casos.*

*“(…)*

*“3. Cuando la propuesta esté incompleta en cuanto a que no se cumple con la documentación de carácter esencial para la comparación de propuestas”.*

Así las cosas, resultaba cierto que la procedencia o no del rechazo a la propuesta pasaba por determinar si la falla en la póliza de seriedad de la oferta era esencial o no para la comparación de las propuestas, referida en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Por ello, más que reprochar el contenido del numeral 4 del punto 1.10, la Sala advierte que se debía aplicar en relación con el numeral 1.18, esto es, con base en el carácter no esencial de la póliza de seriedad de la oferta para calificar la respectiva propuesta, como en efecto lo realizó el municipio de Medellín en el acto acusado.

**6.3. Reiteración jurisprudencial acerca de la valoración de los requisitos de acuerdo con su contenido esencial en cuanto otorguen puntaje para la comparación de ofertas**

No comparte la Sala la apreciación de la demandante en el primero de los argumentos de la apelación, en cuanto a que en la sentencia invocada por el Tribunal a quo se habría tratado un caso diferente al del *sub lite*, toda vez que el antecedente jurisprudencial aplicable sí se correspondía con la interpretación del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Esa sentencia, como muchas otras emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado, reiteró el principio de interpretación del pliego de condiciones sobre la base de aplicar el fondo sobre la forma –lo sustancial sobre lo material- en el análisis de los documentos allegados con las propuestas.

Tal como ha advertido esta Subsección en un extenso recuento de la jurisprudencia sobre los actos previos[[35]](#footnote-35), la Sección Tercera del Consejo de Estado desarrolló una línea jurisprudencial[[36]](#footnote-36) que propugnó por diferenciar entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones, la cual se formuló hace 30 años, desde la sentencia de 19 de febrero de 1987[[37]](#footnote-37) (expediente No. 4694), prohijada por la doctrina española y argentina, en cuyos textos se estimó que no todas las condiciones del pliego tienen un mismo peso.

Según ha observado esta Subsección *“ (…) hasta la fecha presente el Consejo de Estado considera que de acuerdo con la ‘lógica de lo razonable´ la entidad contratante puede acudir excepcional y razonadamente a un manejo flexible en la aplicación del pliego de condiciones cuando el apartamiento de la propuesta con relación al contenido de la regla del pliego es de orden menor y no corresponda a requisitos previstos en el pliego en forma sustancial o determinante de las condiciones de la contratación[[38]](#footnote-38)”[[39]](#footnote-39).*

Aunque por la época de los hechos no era norma aplicable al asunto que ahora se juzga, resulta útil anotar que la Ley 1150 de 2011 con la disposición del parágrafo del artículo 5 prohibió de manera expresa el rechazo de propuestas fundado en la falta de requisitos habilitantes[[40]](#footnote-40), entendidos estos últimos, como los que se refieren al proponente o a la futura contratación, aspecto en el cual se ha seguido desarrollando la línea jurisprudencial que se comenta.

En el mismo sentido de la sentencia que citó el Tribunal *a quo,* e incluso con anterioridad a ella, el Consejo de Estado había evidenciado la falsa motivación de los actos administrativos cuando el rechazo de las propuestas se fundaba en defectos en las pólizas de seriedad de la oferta que se estimaron menores, inanes o meros formalismos. Un ejemplo de las consideraciones de la Corporación, siguiendo la orientación jurisprudencial mencionada, es el siguiente:

*“La Administración puede rechazar las propuestas cuando éstas no reúnan las condiciones que se establecen en el pliego; en cambio, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego, surge para la administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es nada distinto a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato”****.*** *“Así, por ejemplo, no se podrá rechazar una propuesta por la omisión del oferente de cotizar el componente de un ítem, cuando en otros ítems se ha cotizado el mismo componente; o por no presentar el recibo de pago de la garantía  de seriedad de la oferta, cuando en la misma póliza consta expresamente su cancelación; o por no acompañar el recibo oficial de pago de los pliegos de condiciones, cuando esta información reposa en la misma entidad”.*

*“(…).*

*“****En la falsa motivación de hecho deberá siempre tenerse en cuenta que si cualquiera de los hechos adecuados que adujo la Administración para adoptar una decisión no es contraprobado, en sede judicial, el acto acusado permanece incólume, porque ese hecho se convierte en pilar del acto administrativo.*** *Por ello cuando los motivos de hecho son eficientes en la expedición del acto administrativo y este es atacado judicialmente, se requiere enervar la presunción de veracidad respecto de cada uno de ellos; si no ocurre así el acto no se podrá anular porque cualquiera de los hechos así indicados y no quebrados, se presume, da lugar a la decisión. Por consiguiente como el actor, en este caso, no demostró que todas las situaciones omisivas atribuidas por la Administración a su oferta que dieron lugar, en forma adecuada, al rechazo de la misma no fueron desvirtuadas no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado” [[41]](#footnote-41)*(se resalta para los propósitos de este análisis).

Similar argumentación ha reiterado la jurisprudencia de esta Subsección A, entrando en el análisis de los procedimientos de licitación adelantados en vigencia de la Ley 80 de 1993, por ejemplo, en el proveído en que se declaró la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó una licitación pública por encontrar demostrado, en ese evento particular, que la propuesta del demandante fue descalificada con fundamento en un requerimiento meramente instrumental[[42]](#footnote-42), no obstante lo cual se recordó la obligatoriedad del pliego como regla general de la licitación:

*“En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta,* ***la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada,*** *toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación” [[43]](#footnote-43)* (la negrilla no es del texto).

Como consecuencia, la cita de la sentencia del Consejo de Estado era pertinente, en cuanto reafirmaba el mismo principio que el municipio de Medellín había aplicado años antes en el acto administrativo cuestionado en este proceso.

Es de la mayor importancia resaltar que en el caso concreto era improcedente el rechazo de la propuesta que adolecía de un menor valor en la póliza de garantía allegada, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor:

*“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*“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”.*

**6.4.** **No se tipificó una adjudicación a favor de quien había presentado la póliza por menor valor**. Es importante observar que en el proceso se demostró que el consorcio adjudicatario había presentado su garantía de seriedad de la oferta en debida forma, por el valor establecido en el pliego de condiciones. Por ello, no se puede afirmar que la sentencia de primera instancia ignoró el requisito de la garantía de seriedad de la oferta, con el cual se protege el patrimonio público, ni que se dejó en descubierto el posible cobro de la garantía en los términos de la Ley 80 de 1993.

**6.5. Análisis del argumento relacionado con el supuesto desconocimiento del acto propio**

En este acápite, el **problema jurídico** consiste en determinar si se configuró la delegación de una función relacionada con la contratación del municipio de Medellín que se hubiera trasladado al INVAL y, sobre esa base, evaluar si se desconoció o no un acto propio del municipio, por el hecho de apartarse del informe de calificación realizado por el citado establecimiento público.

Este problema se estudiará teniendo en cuenta que se corresponde con la argumentación de la demanda en cuanto al desvío de poder y que se expuso en la apelación. Se agrega que la incompetencia para expedir el acto administrativo de adjudicación del contrato, en caso que resulte palmaria en el proceso, ocasiona la decisión oficiosa de nulidad, ante la naturaleza del vicio que afectaría al acto administrativo.

Para el análisis correspondiente a la época de los hechos, se identifica como vigente la Ley 489 de 1998, norma aplicable en materia de delegación de la función administrativa, la cual se debe tener presente para resolver el asunto planteado[[44]](#footnote-44),

Se observa que el acto de delegación de la función administrativa estaba permitido salvo prohibición legal, de acuerdo con la regla establecida en el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 y se puntualiza que la misma ley indicó los requisitos de la delegación, entre los cuales se exige que el acto de delegación tenga un contenido concreto o especifico[[45]](#footnote-45).

Por otra parte, se advierte que en el presente caso, en el ámbito municipal, se encontraba vigente el Decreto 724 de 1999, expedido por la Alcaldía de Medellín, invocado de manera explícita en la Resolución 075 de 1999. Mediante el citado decreto, la Alcaldía de Medellín dispuso la delegación de competencia para la contratación en el Secretario de Obras Públicas, en los siguientes términos y condiciones:

*“Artículo Cuarto****.*** *Deléguese en el Secretario de Obras Públicas la competencia para celebrar contratos de obra pública, consultoría para obra pública y arrendamiento maquinaria y equipo para obra pública hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos, equivalentes para 1999, a la suma de $4.076.520.000.00. Dicha delegación comprende todos los actos inherentes a la actividad contractual, así como la ordenación del gasto.*

*“Parágrafo. La Secretaría de Obras Públicas, adelantará y celebrará los contratos de construcción, mantenimiento y conservación de los establecimientos educativos, cuando la cuantía de los mismos excede de mil (1000) salarios mínimos legales”.*

En ese contexto, la Sala advierte que en la Resolución 1028 de septiembre 6 de 1999 expedida por el Alcalde de Medellín, mediante la cual se abrió la licitación pública sub lite, no se configuró un acto de delegación de la función administrativa, toda vez que solo se asignaron al INVAL los asuntos de trámite de la Licitación Pública 09M/99, así:

*“ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el INVAL iniciar los trámites de la presente licitación de acuerdo con las especificaciones técnicas señaladas en el pliego de condiciones”.*

En realidad, tampoco resulta apropiado entender que hubo un acto de delegación de competencia, dado que si se hubiera tratado de la asignación de competencias de una entidad a otra, de acuerdo con la Ley 489 de 1998 hubiera sido necesario acudir al mecanismo de la desconcentración[[46]](#footnote-46), empero esa decisión de distribuir competencias correspondería al Concejo Municipal, circunstancia que no se presentó y que tampoco se requería de acuerdo con el contenido material de la orden administrativa proferida en el acto de apertura de la licitación pública.

Como consecuencia, debe observarse que el artículo segundo de la Resolución 1028 de 1999 solo contenía una orden referida a los trámites, la cual no tenía el alcance – ni podía tenerlo- de trasladar la potestad para adjudicar la contratación del municipio al INVAL.

En la práctica tampoco se presentó el ejercicio de una función administrativa por parte del INVAL, dado que el delegado del municipio, que era el Secretario de Obras Públicas fue el que adoptó la calificación en la forma que se estimó correcta y, con fundamento en la respectiva motivación, adjudicó el contrato.

Así las cosas, no procede afirmar que el municipio de Medellín desconoció un acto propio cuando decidió apartarse de la calificación que adelantaron los funcionarios del INVAL.

Se agrega que el informe del INVAL no constituyó un acto administrativo en cuanto que a diferencia del acto de adjudicación del contrato no configuró ninguna decisión con efectos jurídicos oponibles a los proponentes.

Ahora bien, en orden a verificar que el ejercicio de la delegación se ajustó al contenido del Decreto que la dispuso, se observa que licitación pública *sub lite* se refirió al contrato de construcción del Colegio Blanquizal en la ciudad de Medellín; que a través de la Resolución 075 de 1999 se adjudicó el contrato por la suma de $1.003’000.001 y que ese acto se encontró dentro del rango de la competencia por cuantía prevista en el artículo 4 del Decreto 724 de 1999, toda vez que el valor del contrato se ubicó entre los mil y los veinte mil salarios mínimos ($236’ 460.000 y $4.729’200.000)[[47]](#footnote-47), como lo fijó el Decreto 724, que era el acto contentivo de la delegación.

Finalmente, pueden reiterarse las consideraciones de la sentencia de primera instancia en cuanto a que en el plenario se aprecia que el acto acusado se adoptó bajo observancia del principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con los procedimientos de traslado de los informes y participación de todos los proponentes, es decir, con arreglo a la buena fe, al principio del debido proceso y a las reglas del pliego de condiciones, sin que se haya acreditado en este proceso la violación de lo dispuesto en los artículos 3, 28, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, que alegó la parte demandante.

Como consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

**7. Costas**

Habida cuenta de que para el presente caso resulta aplicable el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo con el cual solo hay lugar a la imposición de costas de conformidad con la conducta de las partes y que en el *sub lite* ninguna de ellas actuó temerariamente, se concluye que en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia el 25 de agosto de 2011.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En los folios 18 y 19, cuaderno 1, obran los poderes correspondientes. En los folios 26 a 29, cuaderno 1, consta el acuerdo de unión temporal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 138, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 156 y 157, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Citó la sentencia de 26 de abril de 2006, emanada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 256, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 262, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 324, vuelto, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artículos 2 y 75 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-8)
9. El criterio orgánico se funda en la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en la naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, definidas éstas de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de conformidad con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre 2006. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y de competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 16, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2000, toda vez que la demanda se presentó el 3 de febrero de 2000 (folio 18, cuaderno 1) y el recurso de apelación se presentó el 16 de septiembre de 2011. La apelación se presentó habiendo entrado a regir la Ley 1450 de 2011 – 16 de junio de 2011- de conformidad con la cual se permitió la aplicación del artículo 57 de la Ley 1437 de 2011, para las demandas presentadas antes del 2 de julio de 2012 *“con el propósito de evitar la congestión de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado”.* [↑](#footnote-ref-11)
12. A este proceso se le aplicaron las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo (CCA) de acuerdo con lo previsto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), teniendo en cuenta que se encontraba en curso para la fecha en que entró a regir el C.P.A.C.A. [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Artículo 87 C.C.A. 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”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. También acogida por las otras Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto al plazo de 30 días para incoar las acción contra los actos previos en vigencia del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por ejemplo, en las siguientes providencias: **1.** Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro De Jesus Pazos Guerrero, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación: 20001-23-31-000-1999-00784-01(27453), actor: Cooperativa de Trabajo Asociado de Casacara Cootasca, demandado: Instituto Nacional de Vías – Invías, referencia: acción de controversias contractuales (Apelación Sentencia); **2.** Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz, sentencia de 10 de septiembre de 2014, radicación: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203), actor: Seguridad El Pentágono Colombiano Ltda. - Sepecol Ltda., demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros, referencia: apelación sentencia - acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, jurisprudencia reiterada en las siguientes sentencias: **1** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación 250002326000200137701, expediente 32721, actor Integrantes Unión temporal Bogotá Móvil, demandado Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt, acción contractual. **2.** Sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200102922, expediente 31753, actor Insetel Ltda., demandado: Municipio de Purificación, acción: nulidad y restablecimiento del derecho; **3.** Sentencia de enero 29 de 2014, radicación 250002326000 2001 02053 01, expediente 30250, actor Consorcio FAB, demandado Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea, acción contractual; **4**. Sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 25000232600020010292201, expediente 28479, actor: Unión Temporal de Servicios Eléctricos, demandado: Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt; **5.** sentencia de noviembre 13 de 2013, radicación 2500023260019990219701, expediente 25646, actor Ciarquelet Ltda., demandado Distrito Capital Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y otro. Igualmente, se pueden citar otras sentencias de la misma Subsección A: **6.** Sentencia de 9 de julio de 2014, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 250002326000200001205-01, expediente: 27.883, Demandante: Reimpodiesel S.A., Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- , naturaleza: nulidad y restablecimiento del derecho; **7.** sentencia 23 de septiembre de 2015., Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, radicación: 25000233100020020100101 (39327), actor: Cooperativa de Trabajo Servicio de Vigilancia y Seguridad Privada Cooseguridad, demandado: Bogotá D.C. Secretaría de Educación. **8.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 24 de mayo de 2017, radicación: 25000232600020090098901 (48388), actor: Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, demandado: Qumram Asociados Ltda, acción: reparación directa.

. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cita original de la sentencia: “*De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Cita original de la sentencia: *“Esta conclusión se apoya también con un argumento a contrario sensu, que se utiliza para cuidarse de no extender la consecuencia de la norma a casos no previstos en ella, como sería la de permitir a la acción que se incoa después de vencido el término de 30 días un alcance distinto del establecido explícitamente en la parte final del párrafo segundo del artículo 87, cual es el de obtener la nulidad del contrato celebrado; en este sentido, el argumento que soporta la hipótesis consiste en señalar que la norma dispone que antes del vencimiento del término de los 30 días sí no se ha celebrado el contrato, procede demandar el acto en forma separada con el objeto de obtener su nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho y en sentido contrario una vez vencido el término mencionado sólo procede la impugnación conjunta de ambos actos y con el objeto exclusivo de la declaratoria de nulidad del contrato, lo cual excluye el restablecimiento del derecho no impetrado oportunamente*”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Teniendo en cuenta que no existe en el expediente constancia de que el acto de adjudicación le hubiera comunicado a la demandante y que la fecha de los poderes otorgados para este proceso es la misma de la demanda, se concluye que el conocimiento de la Resolución 075 de 1999, por parte de la demandante, solo puede inferirse de la comunicación mediante la cual le fue entregada. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 46 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 30, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cuadernos 1 a 4 de pruebas. [↑](#footnote-ref-21)
22. *“Precio.(…). La calificación para el factor de precio se establecerá a partir del cálculo de PRECIO BASE UNO (PB1) y del PRECIO BASE DOS (PB 2), Con las propuestas hábiles se calcula el PRECIO BASE UNO (PB1) así: PB1 = Po + Pa / 2, donde: Po = Prepuesto oficial, Pa: Sumatoria Pi / N; Pi= Valor corregido de cada propuesta; N= Número de proponentes hábiles. A las propuestas cuyo valor sea inferior al noventa y seis por ciento (96%) o superior al ciento cuatro por ciento (104%) del PB1 se le asignan cero (0) puntos. Entre las propuestas restantes se calcula el PRECIO BASE DOS (pb2) así: (…)”.* Folio 12, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-22)
23. Según se puede observar de la formulación se calculaba la raíz cuadrada de la sumatoria de las diferencias entre las propuestas corregidas y propuesta media, elevada al cuadrado, dividida por el número de propuestas hábiles. Pliego de Condiciones, folio 12, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“De acuerdo con lo anterior obtienen el máximo puntaje las propuestas cuyo valor corregido sea igual al 89% del PB2 y las propuestas cuyo valor corregido sea igual al 102% obtienen el 50% del máximo puntaje”*. Pliego de Condiciones, folio 13, cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. *“12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 118 a 125, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 67 a 77, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Se infiere un error en la fecha, toda vez que en la Resolución 075 de 1999 se indica que la audiencia se realizó el jueves 23 de diciembre de 1999. [↑](#footnote-ref-28)
29. Se identifica la decisión que dio lugar a la variación de la calificación, en concordancia con las formulas de asignación de puntaje a las que se ha hecho referencia en este proveído. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 90 a 93, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 104 a 116, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 117, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Póliza expedida el 29 de septiembre de 1999, folio 111, cuaderno 1. Esta misma proponente adjuntó otra póliza expedida el 30 de septiembre de 1999, por valor de $104’540.000. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, Sentencia de 1º de octubre de 2014, radicación: 25000232600020050021401 (34778), Actor: Consorcio Obras Sed 2004, Distrito Capital – Secretaría de Educación. [↑](#footnote-ref-35)
36. Véase el análisis de la línea jurisprudencial, en la siguiente obra: “*LOS GRANDES FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, Editor Ospina Garzón Andrés Fernando, artículo: *“Diferenciación entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones”*, autor: Fajardo Gómez Mauricio, página 149 y siguientes. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1987, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta, actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S.A. SOCOVIG, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cita original de la sentencia: “*Asunto que lleva a observar la necesidad de estimar cada regla del pliego de condiciones dentro de su contexto, puesto que de un pliego a otro la estructuración de un requisito similar puede tener aplicación práctica diferente”.*  [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente (E): Hernán Andrade Rincón, Sentencia de 1º de octubre de 2014, radicación: 25000232600020050021401 (34778), Actor: Consorcio Obras Sed 2004, Distrito Capital – Secretaría de Educación. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ley 1150 de 2007. Artículo 5, numeral 4 “*Parágrafo 1°. 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”.*  [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez, sentencia de 3 de mayo de 2001, radicación: 70001-23-31-000-1994-4626-01(13053). [↑](#footnote-ref-41)
42. Se refirió en ese caso a la conciliación fiscal que se había realizado para corregir la declaración de renta con anterioridad al procedimiento de licitación. [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397), actor: Carlos Mario Hincapié Molina, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-43)
44. *Ley 489 de 1998, “Artículo 2º.(,,,) “Parágrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”.* [↑](#footnote-ref-44)
45. *“Artículo 10º.- Requisitos de la delegación****.****En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.*

*“El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”.* [↑](#footnote-ref-45)
46. *“Artículo 8º.- Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para 1999 fue de $236.460 [↑](#footnote-ref-47)