**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Caducidad de la acción**

Se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación de la Licitación Pública No. LP-NC-010 de 2012, pretendida por un proponente afectado con dicha decisión y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, aspectos que corresponde ventilar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado, al tenor de los dictados del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. (…) A su turno, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) dispuso los siguientes términos para presentar la demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (…) La presente demanda se entabló con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 010354 del 27 de diciembre de 2012, por medio de la cual la DIAN adjudicó la Licitación Pública No. LP-NC-010 de 2012, publicada el 28 de los mismos mes y año en el portal de contratación de la entidad. la fecha inicial del conteo se ubica al día siguiente, esto es, el 29 de diciembre de 2012, por lo que los cuatro meses de caducidad se habrían de cumplir el 29 de abril de 2013. En este punto, es imperativo señalar que el 26 de abril de 2013, faltando cuatro días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial (...) trámite que culminó el 12 de junio del mismo año, tras constatarse la ausencia de ánimo conciliatorio. A partir del día siguiente se reanudaron los cuatro días restantes para completar los cuatro meses. Finalmente, la demanda se interpuso el 13 de junio de 2013, esto es, el mismo día en que se reanudó el cómputo del término faltante, lo que impone concluir que su presentación tuvo dentro del término legalmente establecido.

**ACTO DE ADJUDICACIÓN – Nulidad – Direccionamiento – Favorecimiento – Selección objetiva**

La Sala ha estimado que tal afirmación no es susceptible de ser inferida de cualquier modificación o adenda que sufra el documento precontractual. Para ese propósito, corresponderá indagarse si los cambios introducidos al pliego de condiciones reflejan una variación irrazonable e injustificada que a la postre comportan un beneficio en favor de un oferente, actuación que, de presentarse, además de reñir con el principio de selección objetiva, desdibujaría el interés general inmerso en el procedimiento de contratación. (…) Se recuerda que en el caso sometido a estudio se argumenta por el apelante que la entidad pre-contratante modificó sin justificación alguna las exigencias del pliego de condiciones correspondientes a la Licitación LP- NC - 010 de 2012, relacionadas con el perfil del gerente del proyecto, toda vez que, si bien se elevaron solicitudes de aclaración y modificación frente a ese punto, ninguna de ellas aludió a la exigencia de contar con “especialización y/o maestría en gerencia de proyectos y/o certificación PMP (Project Management Professional) vigente, Ingeniería de sistema o ciencias computacionales” (…) Se precisa que estos requerimientos se mantuvieron en la “segunda versión” del proyecto de pliegos de condiciones, así como en el documento definitivo. (…) Del recuento de lo acontecido en la etapa precontractual se aprecia que desde los estudios previos iniciales la necesidad de presentar la certificación PMP (Project Management Profesional) vigente respecto del perfil del gerente del proyecto, sin entrar a indagar sobre la validez de ese requisito en tanto no se corresponden con la materia del debate, se concibió por la entidad a título opcional en caso de que se contara con título de postgrado, ya fuera de maestría o de especialización en gerencia de proyectos. En otras palabras, con cualquiera de las dos alternativas se podía entender satisfecho el requisito relativo a la experiencia específica como gerente de proyecto. Así mismo, la Sala evidencia como un hecho indiscutible que, luego, durante la publicidad de los pliegos, se presentaron solicitudes de los interesados orientadas a flexibilizar, en términos generales, el factor de experiencia requerido frente al gerente del proyecto que se habría de vincular en cumplimiento del objeto contratado. (…) Dicho lo anterior, debe advertirse que, a pesar de que ninguno de los aspirantes elevó una solicitud expresa o manifiesta frente al requerimiento consistente en aportar la “certificación PMP, lo cierto es que ello no conduce a concluir automáticamente que la entidad actuó caprichosa o arbitrariamente al expedir la Adenda No. 2 en los términos en que lo hizo.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Licitación pública – Direccionamiento – Facultad de configuración de los pliegos de condiciones**

En ejercicio de su libertad de configuración de los pliegos y en orden a compatibilizar el perfil del gerente del proyecto con la oferta de profesionales en las condiciones halladas en el mercado, que en últimas fue la intención, aunque no concreta, sí generalizada, que se extrae de las solicitudes formuladas por los interesados, la entidad planteó una metodología de equivalencias encaminada a facilitar el cumplimiento de este requisito. En ese sentido, el ente estatal optó por exigir el cumplimiento de la certificación PMP y/o del posgrado en caso de contar con cuatro años de experiencia específica y por desestimarlo en el evento de que la experiencia específica acreditada correspondiera a 5 años, circunstancia que, lejos de revelar una conducta deliberada y encaminada a favorecer a un proponente específico, obedeció a los cuestionamientos planteados por los mismos oferentes en relación con la dificultad hallada, en procura de la consecución del profesional que reuniera las características demandadas desde el inicio. De conformidad con lo expuesto y no habiendo elementos probatorios adicionales a los reseñados para admitir el dicho del libelista, la Sala no encuentra que se hubiere efectuado por la entidad un cambio irrazonable e injustificado respecto del perfil del gerente del proyecto, ideado con la finalidad de favorecer al adjudicatario. Como consecuencia, la Sala encuentra infundado este cargo de la apelación.

**CAUSALES DE RECHAZO – Facultad para determinarlas**

La jurisprudencia del Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha sostenido que la entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección, se encuentra revestida de cierto margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones, y en desarrollo de esa actividad ostenta la facultad para introducir las exigencias y los requisitos que deben observar y reunir los oferentes. En la misma línea, se ha encargado de destacar que la potestad configuradora, lejos de comportar un poder ilimitado, encuentra su lindero en el apego y sujeción a las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan la contratación estatal, premisa que se concreta en la definición de requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. Por oposición, su facultad no puede emplearse para la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación y, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad. Las reflexiones que se plasman haya su respaldo normativo en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (…) De ahí que la incorporación de una causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico y al tiempo debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje. (…) Como se observa, en ninguna de las causales de rechazo de las propuestas presentadas en el marco de la Licitación LP-NC-010-2012 se hizo mención al estricto cumplimiento de la exigencia consagrada en el primer inciso del artículo 20 de la Ley 842 de 2003. (…) En ese orden, emerge para la Sala que el objeto del contrato a adjudicar en la licitación LP-NC-010-2012 se relacionaba directamente con la ejecución de labores de ingeniería informática. la ejecución del contrato demandaba intervención de profesionales en ingeniería de sistemas, electrónico o de telecomunicaciones, según se extrae de las exigencias mismas del pliego en cuanto al personal requerido para su desarrollo.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Pliego de condiciones – Aval de ingeniero**

El apelante sostuvo que al haberse presentado la propuesta por parte de la sociedad Comware S.A. sin el aval de un ingeniero del ramo, dicho documento era inexistente y, como tal, no podía ser apreciado por la entidad. Contrario a lo sostenido por el censor, la Sala encuentra que la ausencia inicial del aval otorgado por un ingeniero del ramo respecto de la propuesta allegada por la sociedad Comware S.A. no llevaba a concluir que la oferta fuera inexistente y que, como consecuencia, no tuviera la virtualidad de producir efectos dentro del procedimiento de selección al que se allegaba. (…) debe advertirse que la falta de respaldo por parte de un ingeniero, en manera alguna se oponía a predicar de la oferta, como acto jurídico unilateral de manifestación de la voluntad de quien se obliga a honrar su contenido de forma incondicional, los efectos propios que se desprendían de su presentación. (…) Así pues, aunque se acreditó que al momento en que se presentó la oferta de la sociedad Comware S.A. la misma no contaba con el aval de un ingeniero en la materia, requisito exigible por la ley para dotar de apoyo técnico el contenido de la misma, tal falencia no habría de convalidar su rechazo por cuenta de su supuesta inexistencia, toda vez que, como se precisó, la propuesta existió desde su presentación y desde entonces adquirió el carácter de vinculante.

**PONDERACIÓN DE LAS PROPUESTAS – Aval de ingeniero – Afectación de las propuestas**

En relación con el asunto anunciado, se observa que la evaluación de las propuestas, con apego a lo dispuesto en el numeral 5.2. del pliego de condiciones que gobernó la Licitación LP-NC -010-2012-, se efectuaría sobre los elementos de calidad, precio y estímulo a la industria nacional, de acuerdo con los puntajes y criterios establecidos para cada uno de ellos. (…) Según se aprecia, aunque uno de los factores de evaluación versó sobre el costo del personal que se destinaría al desarrollo del proyecto, ciertamente la falta de aval de un profesional de la ingeniería sobre los términos en que se elaboró la propuesta, no guardaba identidad con los elementos de ponderación, ni impedía que se realizara la comparación objetiva de las propuestas y se estableciera el orden de elegibilidad. Es claro que el hecho de subsanar ese requisito en nada afectaba la calificación obtenida, como en efecto no ocurrió, dado que, luego de que la sociedad Comware S.A. atendiera el requerimiento de la DIAN, en punto al otorgamiento del respaldo echado de menos, la calificación concedida no sufrió variación alguna. En síntesis, la falta de ese documento no impedía la ponderación de las propuestas, a lo que se añade que la posibilidad de subsanarlo, a la luz de los dictados del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se extendía hasta la adjudicación.

**REQUISITOS HABILITANTES – Presentación ofertas**

(…) los requisitos habilitantes cobran un rol fundamental en el esquema de la convocatoria, en tanto se identifican con las aptitudes mínimas que necesariamente deben cumplir los proponentes a la hora de presentar sus propuestas, no después, y que se miden en términos de experiencia y de capacidad, ya sea jurídica, financiera u organizacional. (…) En ese sentido, se enfatiza que el cumplimiento de aquellos se encamina a determinar las capacidades, habilidades y competencias del oferente, no de la oferta. Es el proponente, en relación consigo mismo y no con su propuesta, el que está llamado a llenar satisfactoriamente esas exigencias. (…) En esa medida, la ausencia de tales requisitos habilitantes para la época del cierre de la licitación será insubsanable (…) Con apoyo en lo expuesto, se advierte que la exigencia prevista en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 842 de 2003 no se encuentra directamente asociada con los requisitos habilitantes del proponente, cuya verificación abre paso a su participación en la invitación, toda vez que no se refiere a su experiencia, ni a la capacidad en cualquiera de sus formas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01293-01(53506)A**

**Actor: VERYTEL S.A. - VERYTEL OUTSOURCING S.A.S.**

**Demandado: DIAN**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACIÓN SENTENCIA) (LEY 1437 DE 2011)**

Temas: DIRECCIONAMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA FAVORECER A DETERMINADO PROPONENTE - modificaciones irrazonables e injustificadas / FACULTAD DE LAS ENTIDADES PARA INCORPORAR CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS Y LOS SUPUESTOS EN QUE PROCEDE – posibilidad de subsanar requisitos de orden legal que no afecta la comparación objetiva de las ofertas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, el 25 de agosto de 2014, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: Se NIEGAN las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.*

*“SEGUNDO: se fijan como agencias en derecho a favor de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS MCTE ($15’000.000.oo).*

*“TERCERO: Se fijan como agencias en derecho a favor de la sociedad COMWARE la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS MCTE ($15’000.000.oo).*

*“(…)”.*

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

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 13 de junio de 2013 por las sociedades Verytel S.A. y Verytel Outsourcing S.A.S. OVA, en condición de miembros de la unión temporal Help Desk Co, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- con el fin de que:

i) Se declarara la nulidad de la Resolución No. 010354 del 27 de diciembre de 2012, por medio de la cual la DIAN adjudicó la Licitación Pública No. LP-NC-010-2012 a la sociedad Comware S.A.

ii) Como consecuencia de lo anterior, se declarara que la unión temporal Help Desk Co. tenía derecho a la adjudicación de la Licitación Pública No. LP-NC-010-2012.

iii) A título de restablecimiento del derecho, se condenara a la DIAN a pagar el valor de los perjuicios causados por la no adjudicación de la referida licitación, los cuales se estimaron en la suma de $3.016’356.430.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró, entre los hechos, los que la Sala considera más relevante:

**2.1.** Que, el 7 de noviembre de 2012, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante Resolución No. 0124 dio apertura al procedimiento de selección de Licitación Pública No. LP-NC-010-2012, con el objeto de contratar los servicios especializados para diseñar, implementar, operar, mantener y soportar la mesa de servicios de la Dian, incluyendo el suministro, instalación, configuración, puesta en producción, soporte y administración de un sistema de gestión y sus servicios conexos para permitir una operación integral correcta.

**2.2.** Que la oferta presentada por una de las oferentes, la sociedad Comware S.A., no fue suscrita ni avalada por un ingeniero, lo cual transgredía lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, de conformidad con la cual, en todos las ofertas de contrato para trabajos de ingeniería debía contarse con ese respaldo profesional.

**2.3.** Que, durante el procedimiento de selección, se modificaron sin justificación alguna los requisitos específicos exigidos en el pliego de condiciones, relacionados con el perfil del gerente del proyecto.

**2.4.** Que, llegada la fecha prevista para la adjudicación, varios de los oferentes pusieron de presente que la oferta de la sociedad Comware S.A. no reunía el mencionado requisito, lo que dio lugar a que la DIAN suspendiera la respectiva audiencia con el fin de solicitar al Consejo Profesional de Ingeniería que rindiera concepto sobre la obligatoriedad de que la oferta tuviera el aval o la firma de un ingeniero.

**2.5.** Que, en cumplimiento de lo anterior, el Consejo Profesional de Ingeniería emitió un concepto en el cual concluyó que era obligatoria la exigencia y cumplimiento de ese requisito.

**2.6.** Que, como resultado, el 27 de diciembre de 2012 se reanudó la audiencia de adjudicación, en desarrollo de la cual la DIAN solicitó a la sociedad Comware S.A. “*que presentara un ingeniero que avalara su propuesta para poderla validar*”.

**2.7.** Cumplido el requerimiento, la DIAN adjudicó el contrato a la sociedad Comware S.A.

**2.8.** Que la entidad actuó de manera contraria a derecho, pues, en su criterio, la Dian, ante la falencia advertida en la propuesta de la sociedad Comware .S.A., ha debido rechazarla y, como consecuencia, ha debido adjudicar la Licitación Pública LP-NC-010-2012 a la siguiente propuesta en el orden de elegibilidad, esto es, a aquella presentada por la unión temporal Help Desk Co., integrada por las sociedades demandantes.

**3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora sostuvo que la expedición del acto administrativo de adjudicación transgredió las disposiciones contenidas en las siguientes normas:

Artículo 20 de la Ley 842 de 2003, en tanto no se tuvo en cuenta que dicha norma consagraba un requisito especial de las propuestas en materia de ingeniería, exigencia que, de no cumplirse, llevaba a rechazar la propuesta.

Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 102.8. del Decreto 734 de 2012, en razón a que el anterior requisito, al emanar directamente de la ley, se entendía incorporado al pliego de condiciones, de tal suerte que a nadie la era válido alegar su falta de inclusión textual para oponerse a su solicitud. En ese sentido, añadió que, al ser un requisito esencial, debía considerarse como un factor de escogencia que en manera alguna podía ser materia de subsanación.

Artículos 23, 28 y 30 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, debido a que se vulneró el derecho a la igualdad que debe gobernar el procedimiento de selección y que en el caso se vio truncado por haberse alterado las reglas del juego respecto del resto de los proponentes que dieron cabal cumplimiento a la orden legal de avalar la oferta por un ingeniero, a diferencia de la sociedad Comware S.A. que acató el mismo hasta último momento en el curso de la audiencia de adjudicación.

Violación de la cláusula del pliego de condiciones que contenía las causales de rechazo de las propuestas, las cuales imponían que debía rechazase la oferta cuando se incurriera en una prohibición legal y cuando, luego de requerir la presentación de documentos, estos no fueran allegados.

**4. Actuación procesal**

Por auto[[1]](#footnote-1) del 20 de agosto de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

En providencia[[2]](#footnote-2) del 3 de febrero de 2014, el Tribunal de origen decidió vincular como sujeto del extremo pasivo a la sociedad Comware S.A., tras advertir que, en su condición de adjudicataria de la Licitación LP-NC-010-2012, le asistía interés directo en el resultado del proceso.

**4.1. Contestación de la demanda**

**4.1.1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**

La entidad demandada contestó la demanda, oportunidad en la cual negó algunos hechos y aceptó otros como ciertos, con las aclaraciones respectivas. Se opuso a las pretensiones con el argumento de que carecían de fundamentos de hecho y de derecho.

Como razones de la defensa señaló que, durante el término de publicación del pliego de condiciones, varios de los interesados en allegar propuestas, entre ellos la sociedad Verytel S.A. presentaron observaciones que condujeron a la DIAN a modificar algunos requisitos relacionados con el perfil solicitado para el gerente del proyecto, circunstancia que puso en evidencia que los referidos ajustes no obedecieron a la intención de favorecer a la sociedad Comware S.A. Explicó que en el pliego de condiciones no se determinó exigencia relativa a que las propuestas debieran estar avaladas por un ingeniero y tampoco se recibió alguna solicitud al respecto en el término de publicidad del documento precontractual y que fue dentro del término del traslado del informe de evaluación cuando la unión temporal integrada por las sociedades demandantes solicitó que se rechazaran las propuestas que se no se encontraran avaladas por un ingeniero, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003.

En relación con este aspecto sostuvo que, aun cuando la propuesta de la sociedad Comware S.A. inicialmente no contaba con el aval de un ingeniero, lo cierto es que durante la audiencia de adjudicación la mencionada oferente manifestó que podía satisfacer dicho requisito en ese instante, toda vez que allí se encontraban presentes los ingenieros que participaron en la estructuración de su ofrecimiento, quienes se hallaban dispuestos a imprimir su aval al contenido íntegro de ese documento.

Afirmó que, con base en lo anterior, suspendió la audiencia y, luego de agotar las consultas de rigor, consideró que el requisito en mención era de naturaleza subsanable. En tal virtud reanudó la respectiva audiencia y adjudicó la licitación a la sociedad Comware S.A. por haber ocupado el primer orden de elegibilidad, hecho que, por las razones explicadas, no vulneró norma alguna de las señaladas por la parte actora.

**4.1.2. Sociedad Comware S.A.**

La sociedad vinculada como parte pasiva presentó escrito de oposición, en el cual manifestó que las pretensiones invocadas carecían de sustento fáctico y jurídico.

Expresó que la entidad licitante, hasta el momento de adjudicación de la licitación, contaba con la facultad de exigir todos los documentos necesarios que no afectaran la asignación de puntaje y que en mérito de esa posibilidad, la DIAN no podía sustraerse de la obligación de adjudicarla a la oferta más favorable.

Concluyó expresando que no era dable predicar la nulidad del acto de adjudicación, habida consideración de que el mismo se ajustó a las normas que regulaban el procedimiento de selección.

**4.2. Audiencia inicial con sentencia**

El 25 de agosto de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa ocasión, la Sala evidenció que no se observaba causal de nulidad que invalidara lo actuado, por lo que resultaba viable continuar con el trámite de proceso.

Luego, fijó el litigio y lo circunscribió a definir si se encontraban demostradas las irregularidades ocurridas en el procedimiento de selección, referentes al cambio de requisitos del gerente del proyecto y a la falta de aval de un ingeniero, a fin de establecer la procedencia de rechazar la propuesta de la sociedad Comware S.A.

Igualmente, consideró que el litigio guardaba relación con la demostración de los perjuicios ocasionados al demandante.

Seguidamente, el *a quo* se pronunció frente a las pruebas presentadas y sobre aquellas solicitadas. En ese punto, decidió aplazar para una etapa posterior el decreto del medio de prueba pericial pedido por la parte actora para tasar los perjuicios, por cuanto estimó que no se encontraba en discusión la calificación obtenida por cada uno de los proponentes, en razón a que la controversia giraba alrededor del rechazo de la propuesta de la sociedad Comware S.A.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de reposición y, en subsidio apelación, sustentado en el hecho de que, si bien no se discutían los factores de evaluación, si se debía analizar cómo se aplicaban estos luego de excluir la propuesta del adjudicatario.

Al resolver, el Tribunal indicó que, una vez analizado el orden de elegibilidad, se advertía que el demandante había ocupado el tercer lugar, asunto que no fue discutido por el libelista. Aclaró que la práctica de la prueba pericial no guardaba relación con los aspectos sustanciales que se discutían y que, en todo caso, no se estaba rechazando su decreto sino aplazándolo para una etapa posterior.

Decidió rechazar el recurso de apelación, bajo al argumento de que no se estaba negando el medio de prueba, a lo que sumó la improcedencia de la alzada con fundamento en lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Continuando con el curso de la audiencia, el Tribunal, en vista de que no se requería la práctica de ningún medio de prueba, decidió prescindir de la fase probatoria y proferir sentencia dentro del desarrollo de la audiencia inicial.

Después de correr traslado para alegar de conclusión, la primera instancia abordó el estudio de mérito de la controversia, el cual sintetizó en los siguientes puntos (se transcribe de forma literal):

*“2.1.1. En primer lugar, el aval del ingeniero no se encontraba en los pliegos de condiciones como un requisito habilitante que implicara el rechazo de la propuesta.*

*“2.1.2. En segundo lugar del contenido del artículo 20 de la Ley 842 de 2003 no se concluye que la propuesta tuviera que estar firmada por un ingeniero, por consiguiente, no puede aceptarse que su ausencia conlleve ‘per se’ el rechazo de la propuesta, y mucho menos que no fuera subsanable antes de la adjudicación.*

*“2.1.3. En tercer lugar siempre ha existido un principio general en materia contractual, en el sentido de hacer prevaler aspectos de orden sustancial frente a los meros formales y rituales.*

*“2.1.4. En cuarto lugar, en atención al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el aval de la propuesta por parte de ingeniero, no es un requisito habilitante, razón por la cual, era procedente subsanar este requisito en la audiencia de adjudicación a efectos de que la entidad estatal escogiera la mejor propuesta.*

*“2.1.5. Frente a la presunta vulneración al derecho a la igualdad, la Sala advierte que precisamente el legislador estableció la forma como se debía respetar este derecho en casos como el presente, en el sentido de permitir que los requisitos que no tengan la naturaleza de habilitantes puedan ser subsanados por cualquiera de los proponentes hasta antes de adjudicarse el respectivo contrato estatal.*

*“2.1.6. La entidad estatal no modificó unilateralmente o de oficio los pliegos de condiciones en relación a los requisitos exigidos para el gerente del proyecto, por cuanto la modificación, obedeció a las observaciones que realizaran los proponentes de la licitación”.*

**4.3. El recurso de apelación**

La parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como fundamento de la alzada expuso que el Tribunal no consideró las pruebas que favorecieron al adjudicatario, a las que el demandante hizo alusión en la etapa de alegatos y que se encontraban relacionadas con la modificación de los requisitos concernientes al gerente del proyecto, pues, si bien en el trámite precontractual hubo peticiones dirigidas a variar el perfil, ninguna de ellas se refirió a la exigencia de contar “*con especialización y/o maestría en Gerencia de Proyectos, y/o Certificación PMP (proyect management profesional)*”.

De otro lado, sostuvo que el *a quo* no tuvo en cuenta las causales de rechazo previstas en el pliego y agregó que el fallador de primer grado se limitó a afirmar que, en cuanto la ausencia de aval de la propuesta por parte de un ingeniero no era causal de rechazo, no podía procederse en esa dirección.

A juicio del censor, esa interpretación dejó de lado el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto imponía que la oferta debía ajustarse tanto a los lineamientos de los pliegos de condiciones como aquellos que, aun cuando no se incluyeran expresamente por ser de origen legal, se entendían incorporados a las exigencias precontractuales, como el contenido en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, norma que consagraba el aval del ingeniero como elemento esencial de la propuesta, la cual no podía ser presentada sin el lleno de ese requisito, so pena de tenerla por inexistente.

**5. Actuación en segunda instancia**

**5.1.** Mediante providencia del 16 de abril de 2015, el despacho conductor del proceso admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

**5.2**. En proveído del 15 de febrero de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte demandante presentó su escrito de alegaciones en el cual, en esencia, reiteró los argumentos en los que soportó la causa y la impugnación. La entidad demandada, la sociedad adjudicataria vinculada al extremo pasivo y el Ministerio Público guardaron silencio.

**5.3.** Por auto del 18 de abril de 2017, la magistrada sustanciadora del proceso negó el incidente de nulidad procesal elevado por la parte actora con sustento en la pretermisión de pruebas configurada en la audiencia inicial, por considerar que la demandante guardó silencio frente a su ocurrencia en medio de la audiencia y se abstuvo de alegarla en la etapa siguiente, esto es, cuando formuló el recurso de apelación, circunstancia que constituyó un saneamiento de la irregularidad advertida.

**5.4.** Inconforme con la anterior decisión, la parte actora presentó recurso de reposición en su contra, el cual fue resuelto mediante providencia del 5 de diciembre de 2017 en el sentido de confirmarlo.

**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)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **3)** legitimación en la causa; **4)** análisis del recurso: **4.1)** del direccionamiento de los requisitos del pliego de condiciones para favorecer al adjudicatario; **4.2)** de la facultad de las entidades pre contratantes para incorporar en los pliegos casuales de rechazo de las propuestas y los supuestos en que proceden y **5)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

A continuación, la Sala verificará la competencia para conocer del recurso de apelación:

Se tiene presente que el artículo 104[[3]](#footnote-3) de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir del 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas”* e igualmente le corresponde conocer de los contratos “*cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

El acto administrativo de adjudicación de la Licitación Pública No. LP. NC-010-2012, objeto de demanda, fue proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entidad demandada en la presente causa.

Así las cosas, al ser la parte demandada, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- una unidad administrativa especial[[4]](#footnote-4), con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998[[5]](#footnote-5) ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón indicada, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[[6]](#footnote-6) resulta superior al monto equivalente a 300 salarios mínimos legales vigentes[[7]](#footnote-7) a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

**2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

Se somete a consideración de la Sala la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación de la Licitación Pública No. LP-NC-010 de 2012, pretendida por un proponente afectado con dicha decisión y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, aspectos que corresponde ventilar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado, al tenor de los dictados del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que orientan a que “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho*”.

A su turno, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) dispuso los siguientes términos para presentar la demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, *“so pena de que opere la caducidad”:*

*“c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”.*

La presente demanda se entabló con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 010354 del 27 de diciembre de 2012, por medio de la cual la DIAN adjudicó la Licitación Pública No. LP-NC-010 de 2012, publicada el 28 de los mismos mes y año en el portal de contratación de la entidad[[8]](#footnote-8).

En atención a que la Resolución en comento se profirió en vigencia de la Ley 1437 de 2012[[9]](#footnote-9), el respectivo término de caducidad para su impugnación en sede judicial debe computarse con arreglo a lo dispuesto en la norma que se deja transcrita.

Así, dado que la comunicación del acto enjuiciado se produjo el 28 de diciembre de 2012, día siguiente a la audiencia de adjudicación, la fecha inicial del conteo se ubica al día siguiente, esto es, el 29 de diciembre de 2012, por lo que los cuatro meses de caducidad se habrían de cumplir el 29 de abril de 2013.

En este punto, es imperativo señalar que el 26 de abril de 2013, faltando cuatro días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 132 para Asuntos Administrativos, trámite que culminó el 12 de junio del mismo año[[10]](#footnote-10), tras constatarse la ausencia de ánimo conciliatorio[[11]](#footnote-11).

A partir del día siguiente se reanudaron los cuatro días restantes para completar los cuatro meses.

Finalmente, la demanda se interpuso el 13 de junio de 2013, esto es, el mismo día en que se reanudó el cómputo del término faltante, lo que impone concluir que su presentación tuvo dentro del término legalmente establecido.

**3.- Legitimación en la causa**

Le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades Verytel S.A y Verytel Outsourcing S.A.S. OVA, en su calidad de integrantes de la unión temporal Help Desk Co., para formar el extremo demandante, por cuanto, después de participar en la Licitación LP-NC-010 de 2012, no resultó favorecida con el acto de adjudicación de cuya legalidad se ocupa la Sala en esta oportunidad.

Igualmente, encuentra la Sala legitimada en la causa por pasiva a la DIAN, en consideración a que, en su calidad de entidad pre-contratante dentro del procedimiento de selección No. LP-NC-010 de 2012, fue la que expidió el acto administrativo impugnado.

Por último, la sociedad Comware S.A. se encuentra legitimada en la causa por pasiva, como litisconsorte necesario, por asistirle un interés en el resultado del proceso, en calidad de favorecido con la Licitación Pública LP-NC-010 de 2012, adjudicada por el acto acusado de nulidad.

**4.- Análisis del recurso**

La alzada se centra en reprochar la decisión del *a quo* de considerar que el acto administrativo demandado se encontraba ajustado al ordenamiento jurídico, el cual, en sentir del libelista, se encuentra viciado de nulidad por apartarse de las normas superiores en las que debió apoyarse, en razón de que la DIAN:

i) modificó sin justificación alguna las exigencias del pliego de condiciones relacionadas con el perfil del gerente del proyecto, para favorecer a la adjudicataria.

ii) adjudicó el contrato a una sociedad cuya propuesta debió ser desestimada, tras incurrir en causal de rechazo de orden legal que a pesar de no encontrarse expresamente plasmada en el pliego de condiciones, se entendía incorporada por ministerio de la ley. En ese sentido, advirtió el apelante que, al no cumplirse el requisito previsto en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, consistente en el aval dispensado por un ingeniero, la oferta debió tenerse por inexistente.

Identificada la materia del debate, procede la Sala a analizar los cargos en los que se fundamenta la censura en el orden expuesto.

4.1. Del direccionamiento de los requisitos del pliego de condiciones para favorecer al adjudicatario

En oportunidades precedentes la Subsección se ha pronunciado en torno a la nulidad de un acto de adjudicación cuando se alega que el mismo se ha proferido como resultado de un procedimiento de selección en cuyo desarrollo se evidencia un direccionamiento para favorecer a un proponente determinado.

Con ocasión de ese planteamiento, la Sala ha estimado que tal afirmación no es susceptible de ser inferida de cualquier modificación o adenda que sufra el documento precontractual.

Para ese propósito, corresponderá indagarse si los cambios introducidos al pliego de condiciones reflejan una variación irrazonable e injustificada que a la postre comportan un beneficio en favor de un oferente, actuación que, de presentarse, además de reñir con el principio de selección objetiva, desdibujaría el interés general inmerso en el procedimiento de contratación.

Así lo ha manifestado esta Subsección al indicar:

*“Esta circunstancia conduce a la Sala a concluir que la motivación para modificar los requisitos del pliego de condiciones no obedecieron (sic) a razones objetivas, justas y proporcionales, sino a intereses que pretendían asegurar la participación de determinadas empresas, entre la cual puede o no estar la ganadora. Concretamente, la adjudicataria se creó solo unas semanas antes de la adjudicación, así que era imposible que tuviera capacidad individual para ser oferente antes de la modificación que le permitió actuar técnicamente con la ayuda del asistente técnico calificado. Claro está que el oferente que ahora demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho usó la misma figura, para suplir su incapacidad técnica.*

*“Por tanto, resulta irrazonable que para asumir la prestación de una parte muy importante de las actividades propias de los servicios públicos domiciliarios, el contratista no fuera quien acreditara la capacidad técnica para hacerlo, sino un ayudante suyo, teniendo en cuenta que no se trataba de condiciones accesorias para prestarlo sino de la capacidad técnica misma del ganador y futuro contratista, así es que es injustificado que el pliego diera un giro de esa magnitud en las exigencias que se imponían a los participantes.*

*“(…).*

*“EPN, con su conducta, vulneró los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, que debía respetar, y que imponen observar valores que rigen no solo la buena actuación de la Administración sino también el ejercicio adecuado de la gestión fiscal involucrada en la contratación estatal, comprometida plenamente con el cambio en las condiciones que EPN hizo al pliego de condiciones, porque al final autorizó que empresas que incluso no prestaban los SPD lo hicieran con la ayuda de un asistente que satisfacía los requerimientos técnicos que naturalmente debe tener el participante y no el ayudante”[[12]](#footnote-12).*

Se recuerda que en el caso sometido a estudio se argumenta por el apelante que la entidad pre-contratante modificó sin justificación alguna las exigencias del pliego de condiciones correspondientes a la Licitación LP- NC - 010 de 2012, relacionadas con el perfil del gerente del proyecto, toda vez que, si bien se elevaron solicitudes de aclaración y modificación frente a ese punto, ninguna de ellas aludió a la exigencia de contar con “*especialización y/o maestría en gerencia de proyectos y/o certificación PMP (Project Management Professional) vigente, Ingeniería de sistema o ciencias computacionales*”.

Para resolver este asunto, la Sala parte de precisar que en octubre de 2012 la Subdirección de Gestión de Tecnología de Información y Telecomunicaciones de la DIAN realizó los estudios previos, en los que fundamentó la necesidad de contratar los servicios especializados para diseñar, implementar, operar, mantener y soportar la mesa de servicios de la DIAN.

En dicho documento se plasmaron aspectos como la organización del contratista y en su anexo 1 se consignaron los requerimientos mínimos, en los siguientes términos[[13]](#footnote-13) (se transcribe de forma literal):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *“1.14* | *Organización del contratista* |  |  |
| *1.14.1.*  | *Gerente del proyecto*  | *Uno (1)* |  |
| *1.14.1.1.*  | *Ingeniero de sistemas, electrónico, en telecomunicaciones, industrial, administrador de sistemas y/o afines.* ***Con especialización y/o maestría en gerencia de proyectos y/o certificación PMP (Project Management Professional) vigente, Ingeniería de sistema o ciencias computacionales.*** |  |  |
| *1.14.1.2.* | *Años de experiencia general*  | *Diez (10)*  |  |
| *1.14.1.3.* | *Años de experiencia específica como gerente de proyectos relacionados con la prestación de servicios de tecnologías de la información y comunicaciones*  | *Cinco (5)*  |  |
| *1.14.1.4.* | *Años de experiencia en proyectos de Mesa de Ayuda como mínimo 5.000 usuarios por proyecto a nivel nacional, aplicando metodología ITIL y usando sistemas de gestión para la mesa de servicios certificadas Pink Elephant* | *Cinco (5)*  |  |
| *1.14.1.5.* | *Certificaciones*  | *-Itil Foundation V3 (obligatoria) y* *-****Certificación PMP (Project Management Professional) vigente (Opcional si cuenta con especialización y/o Maestría en Gerencia de proyectos****”.* |  |

Se precisa que estos requerimientos se mantuvieron en la “*segunda versión*” del proyecto de pliegos de condiciones, así como en el documento definitivo[[14]](#footnote-14).

Luego, mediante Resolución No. 00124 del 7 de noviembre de 2012, la DIAN ordenó el inicio del procedimiento de licitación pública No. LP-NC-010 DE 2012 con el objeto de “*contratar servicios especializados para diseñar implementar, operar, mantener y soportar la mesa de servicios de la DIAN, incluyendo el suministro, instalación, configuración, puesta en producción, soporte y administración de un sistema de gestión para dicha mesa de servicios y sus servicios conexos que permita una operación integral correcta*”.

La fecha de apertura de la licitación se fijó para el 7 de noviembre de 2012 y como fecha de cierre el 23 de noviembre de 2012.

En la audiencia de aclaración de pliegos, llevada a cabo el 9 de noviembre de 2012[[15]](#footnote-15), se trataron varios puntos del documento precontractual. Algunos de ellos relacionados con el perfil exigido para el gerente del proyecto, entre los cuales se destacan los siguientes:

La sociedad Comsistelco presentó la siguiente observación (se transcribe de forma literal):

*“Para el ítem 2.6.1.3. CERTIFICACIONES EL PERSONAL ASIGNADO AL PROYECTO nos permitimos observar para el Gerente del Proyecto:*

*“Disminuir los años de experiencia general a 6 años en consideración que la experiencia obtenida por tal persona se está denotando con la documentación requerida en el pliego de condiciones y no sería limitante para esta persona el contar con más o menos experiencia general.*

*“Solicitamos reconsiderar experiencia especifica en proyectos de mesa de ayuda con mínimo 1.000 usuarios por proyecto a nivel nacional, aplicando metodología ITIL y usando sistemas de gestión para la mesa de servicios certificados Pink Elephant de por lo menos 3 años.*

*“Esto dado que son pocos los proyectos que tienen las capacidades de usuarios solicitada por la entidad pero que de igual forma cuentan con la experiencia de la implementación y aplicación de los estándares y calidades solicitados”.*

A su turno, la sociedad UNE intervino en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

*“3.- En cuanto a la experiencia del personal porque lo están calificando si se califican es cuando se trata de concurso de méritos, así mismo están solicitando personal que muy pocas personas pueden cumplir que se reconsideren estos perfiles o por lo menos que se soliciten para la ejecución. Que sea de igual o similares condiciones”.*

Así mismo, una vez publicados los pliegos definitivos la sociedad Compufácil S.A.S. presentó la siguiente solicitud (se transcribe de forma literal):

“*solicitamos a la entidad modificar los requerimientos mínimos de perfil requerido para gerente de proyecto, toda vez que la entidad limita la pluralidad de participación de oferentes, ya que el perfil tal cual lo solicitan, no solo es muy escaso sino que son muy pocos los proyectos que tienen el cubrimiento y tamaño del proyecto de la DIAN y así mismo no existen muchos perfiles con estos requerimientos y que hayan manejado este tipo de proyectos, máximo dos empresas del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones son las que podrían cumplir con este perfil*”[[16]](#footnote-16).

En términos similares, la empresa Sonda manifestó (se transcribe de forma literal):

*“Agradecemos a la entidad analizar la viabilidad de disminuir los años de experiencia general a 6 años. Si tenemos en cuenta que la experiencia solicitada es en de última tecnología y herramienta pierde el hecho de que tenga más años en el mercado.*

*“Solicitamos reconsiderar experiencia específica en proyectos de mesa de ayuda con mínimo 1.000 usuarios por proyecto a nivel nacional, aplicando metodología ITIL y usando sistemas de gestión para la mesa de servicios certificadas Pink Elephant de por lo menos 3 años. No es un estándar de la industria mesas de ayuda de un tipo de usuarios como lo solicitado lo cual restringe demasiado la presentación de varios proponentes”.*

En sentido parecido, la empresa ATI formuló la siguiente petición en relación con el perfil exigido para el gerente del proyecto[[17]](#footnote-17)(se transcribe de forma literal):

*“Solicitamos a la entidad que tal y como ha sido requerido por diferentes posibles oferentes en la etapa de borradores de pliegos, se disminuyó este requerimiento que sesga demasiado y excesivamente la participación, ya que esta experiencia en el mercado nacional no es fácil de encontrar y aunque dadas las respuestas de la entidad a las observaciones realizadas en la etapa de pre pliegos, hemos buscado en el mercado internacional la misma dificultad.*

*“Consideramos que un profesional que tenga por lo menos tres (3) años con esta experiencia más los demás requerimientos de especialización, certificaciones, experiencia general y experiencia específica es suficientemente idónea para garantizar el desarrollo de las funciones requeridas”.*

A su turno, la empresa Carvajal manifestó (se transcribe de forma literal):

*“En cuanto al perfil requerido para el Gerente del Proyecto solicitamos a la entidad flexibilizar su requerimiento ya que conocimiento de causa y sondeo de marcado podemos afirmar que dicho perfil tal y como lo solicita la entidad, es muy difícil de conseguir y solo podría haber unos pocos recursos que lo cumplan. Nuestra petición se sustenta en que contratos de cuantías y alcances similares al solicitado por la DIAN en cuanto a cantidad de equipos, cantidad de usuarios, años de experiencia y en general los requisitos del pliego son muy pocos los ejecutados…”.*

Como respuesta a todas las anteriores, la DIAN contestó (se transcribe de forma literal):

*“La DIAN se permite aclarar que después de un análisis posterior ha decidido flexibilizar las exigencias para el Gerente de proyecto, lo cual será ajustado en el anexo 1 a través de la adenda correspondiente”.*

El 19 de noviembre de 2013, la entidad expidió la Adenda No. 01 a la Licitación LP- NC-010-2012, a través de la cual se modificó el cronograma[[18]](#footnote-18). A los dos días, el 21 de noviembre de 2012, la DIAN emitió el consolidado de respuestas a las observaciones al pliego de condiciones[[19]](#footnote-19).

En esa misma fecha, la entidad estatal publicó la Adenda No. 02, a través de la cual modificó varios apartes del pliego de condiciones, entre ellos, el relativo a los perfiles mínimos del directivo, específicamente el contenido en el numeral 1.14.1. del Anexo 1 del pliego referido al Gerente del Proyecto, así (se transcribe de forma literal):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *“1.14* | *Organización del contratista* |  |
| *1.14.1.*  | *Gerente del proyecto*  | *Uno (1)* |
| *1.14.1.1.*  | *Ingeniero de sistemas, electrónico, en telecomunicaciones, industrial, administrador de sistemas y/o afines y o ingeniería de sistemas en ciencias computacionales y/o afines.*  | *SI*  |
| *1.14.1.2.* | *Años de experiencia general*  | *Diez (10)*  |
| *1.14.1.3.* | *Años de experiencia específica como gerente de proyectos relacionados con la prestación de servicios de tecnologías de la información y comunicaciones*  | *Cinco (5); o Cuatro (4) y certificación PMP* ***(Project Management Professional) vigente.******Nota: La certificación PMP puede ser reemplazada por especialización en Gerencia y o Maestría en Gerencia de Proyectos.***  |
| *1.14.1.4.* | *Años de experiencia en proyectos de Mesa de Ayuda como mínimo 5.000 usuarios por proyecto a nivel nacional, aplicando metodología ITIL y usando sistemas de gestión para la mesa de servicios certificadas Pink Elephant* | *Tres (3)*  |
| *1.14.1.5.* | *Certificaciones*  | *-Itil Foundation V3”.*  |

El 12 de diciembre de 2012, mediante Adenda No. 3, se modificó una vez más el cronograma del proceso[[20]](#footnote-20).

Del recuento de lo acontecido en la etapa precontractual se aprecia que desde los estudios previos iniciales la necesidad de presentar la certificación PMP (Project Management Profesional) vigente respecto del perfil del gerente del proyecto, sin entrar a indagar sobre la validez de ese requisito en tanto no se corresponden con la materia del debate, se concibió por la entidad a título opcional en caso de que se contara con título de postgrado, ya fuera de maestría o de especialización en gerencia de proyectos. En otras palabras, con cualquiera de las dos alternativas se podía entender satisfecho el requisito relativo a la experiencia específica como gerente de proyecto.

Así mismo, la Sala evidencia como un hecho indiscutible que, luego, durante la publicidad de los pliegos, se presentaron solicitudes de los interesados orientadas a flexibilizar, en términos generales, el factor de experiencia requerido frente al gerente del proyecto que se habría de vincular en cumplimiento del objeto contratado.

Todo lo anterior motivó la expedición de la Adenda No. 2, a través de la cual, en la casilla correspondiente a “*certificaciones*”, la entidad suprimió la necesidad de anexar “*la Certificación PMP (Project Management Professional) vigente (Opcional si cuenta con especialización y/o Maestría en Gerencia de proyectos*”.

Con todo, la exigencia de aportar la certificación PMP o de reemplazarla por la acreditación del título de maestría o especialización en gerencia de proyectos se conservó en el aparte reservado a la experiencia específica como gerente de proyecto, siempre que no se tuvieran cinco años de experiencia sino cuatro años.

Dicho lo anterior, debe advertirse que, a pesar de que ninguno de los aspirantes elevó una solicitud expresa o manifiesta frente al requerimiento consistente en aportar la “*certificación PMP (Project Management Professional) vigente (Opcional si cuenta con especialización y/o Maestría en Gerencia de proyectos”*, lo cierto es que ello no conduce a concluir automáticamente que la entidad actuó caprichosa o arbitrariamente al expedir la Adenda No. 2 en los términos en que lo hizo.

Lo que permite extraer el relato que antecede es que, en ejercicio de su libertad de configuración de los pliegos y en orden a compatibilizar el perfil del gerente del proyecto con la oferta de profesionales en las condiciones halladas en el mercado, que en últimas fue la intención, aunque no concreta, sí generalizada, que se extrae de las solicitudes formuladas por los interesados, la entidad planteó una metodología de equivalencias encaminada a facilitar el cumplimiento de este requisito.

En ese sentido, el ente estatal optó por exigir el cumplimiento de la certificación PMP y/o del posgrado en caso de contar con cuatro años de experiencia específica y por desestimarlo en el evento de que la experiencia específica acreditada correspondiera a 5 años, circunstancia que, lejos de revelar una conducta deliberada y encaminada a favorecer a un proponente específico, obedeció a los cuestionamientos planteados por los mismos oferentes en relación con la dificultad hallada, en procura de la consecución del profesional que reuniera las características demandadas desde el inicio.

De conformidad con lo expuesto y no habiendo elementos probatorios adicionales a los reseñados para admitir el dicho del libelista, la Sala no encuentra que se hubiere efectuado por la entidad un cambio irrazonable e injustificado respecto del perfil del gerente del proyecto, ideado con la finalidad de favorecer al adjudicatario.

Como consecuencia, la Sala encuentra infundado este cargo de la apelación.

4.2. De la facultad de las entidades pre contratantes para incorporar en los pliegos casuales de rechazo de las propuestas y los supuestos en que proceden

La jurisprudencia del Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha sostenido que la entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección, se encuentra revestida de cierto margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones, y en desarrollo de esa actividad ostenta la facultad para introducir las exigencias y los requisitos que deben observar y reunir los oferentes.

En la misma línea, se ha encargado de destacar que la potestad configuradora, lejos de comportar un poder ilimitado, encuentra su lindero en el apego y sujeción a las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan la contratación estatal, premisa que se concreta en la definición de requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato.

Por oposición, su facultad no puede emplearse para la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación y, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad.

Las reflexiones que se plasman hayan su respaldo normativo en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé que, si bien las propuestas deben acatar las exigencias contempladas en el pliego de condiciones, dicha disposición necesariamente debe acompasarse con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[21]](#footnote-21), según el cual, 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 servirán de título suficiente para el rechazo.

En esos mismos términos ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Subsección, al manifestar que para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe actuar de conformidad con reglas concebidas para que las causales que determinen esa consecuencia se hallen previamente establecidas en la ley y “*se 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[[22]](#footnote-22), 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*”[[23]](#footnote-23).

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

De manera inversa, se precisa igualmente que, además de aquellas causales de rechazo que con apego a estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial.

En armonía con lo anterior, cabe anotar que existen igualmente ciertos escenarios que tienden a presentarse como resultado de las distintas exigencias de que pueden ser objeto las propuestas cuya inobservancia podría eventualmente dar lugar a su rechazo, dependiendo de su naturaleza y alcance.

i) Uno de los eventos corresponde a aquel en que la propuesta se presenta sin ser firmada o rubricada por quien la suscribe. Esta omisión impide predicar un carácter vinculante, obligatorio y, por contera, irrevocable de la oferta, en tanto carece de la manifestación expresa e inequívoca del proponente, de obligarse respecto de las condiciones ofrecidas y que por lo mismo necesariamente debe cumplirse al momento de presentación del escrito, esto es, antes del cierre del término para allegar las ofertas.

ii) Otra situación que puede tener cabida se presenta cuando el ordenamiento jurídico exige que al presentar la oferta se reúnan ciertos requisitos de autenticidad o el cumplimiento de determinadas solemnidades, cuya inobservancia acarrea la improcedencia de apreciar su contenido.

La anterior conclusión encuentra sustento normativo en lo dispuso por el numeral 15[[24]](#footnote-24) del artículo 25 de la Ley 80, al señalar que:

“*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”[[25]](#footnote-25).*

Tal evento se presenta, a título ilustrativo, cuando por disposición legal expresa, la entidad pública se encuentra facultada para exigir de manera perentoria que los documentos públicos otorgados en el extranjero que se pretendan hacer valer dentro de un procedimiento de selección reúnan los requisitos de autenticidad previstos en las normas nacionales a efectos de ser valorados por las autoridades oficiales.

En un asunto resuelto por esta Subsección, en el que el factor de la experiencia era habilitante y no acreedor de puntaje y, por tanto, la solemnidad legal era innecesaria para la comparación de las ofertas, esta Subsección acotó:

*“Ahora bien, en el presente asunto se observa que el documento con base en el cual se descalificó la propuesta de Socotel Ltda., esto es la certificación de ser distribuidor de los equipos de la firma extranjera - OTE -, no obra en el expediente, no obstante, la Sala procederá a examinar si dicho certificado era necesario, o no, para la comparación de las propuestas y de esa manera poder determinar si la falta de ese documento servía de razón suficiente para la eliminación de la propuesta presentada por la sociedad Socotel Ltda.*

*“(…).*

*“En el caso concreto, luego de examinar el contenido de los términos de referencia, encuentra la Sala, específicamente en el numeral 2.7, que el sistema de evaluación estaría basado en factores de precio, calidad, estudio financiero, garantías técnicas ofrecidas y plazo de entrega, de la siguiente manera:*

*“(…).*

*“Bajo ese escenario, se observa que en ninguno de los criterios de evaluación se hizo siquiera mención del certificado que acreditaba a Socotel Ltda., como distribuidora de los equipos fabricados por la sociedad extranjera - OTE -, de manera que su ausencia no impedía que se realizara la respectiva evaluación comparativa de las propuestas, en tanto que, según se desprende de los términos de referencia, no era un documento que asignara puntaje o acreditara la existencia de alguno de los factores mencionados y tampoco fue considerado en los términos de referencia como un aspecto esencial que habilitaba el procedimiento de comparación de las ofertas”[[26]](#footnote-26).*

En oportunidad posterior, esta Subsección se pronunció frente al cumplimiento de este mismo requisito legal, el que en esa ocasión sí recaía en un factor puntuable.

Al respecto sostuvo:

*“Al respecto, la Sala conviene necesario precisar que, a diferencia de lo afirmado por el apelante, con esta postura en modo alguno se pretende desconocer lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del Estatuto de Contratación Estatal.*

*“Por el contrario, es la literalidad de esa norma la que imponía el deber de la entidad contratante de desestimar los documentos adjuntados por el proponente demandante al cierre de la licitación, sin haber satisfecho la formalidad del apostille, en cuanto era solo a partir del cumplimiento de ese requisito que podría revisarse el contenido de las certificaciones adjuntadas para soportar la experiencia. En estas condiciones, en ausencia del apostille, el contenido de los documentos con los cuales se pretendía acreditar la experiencia resultaba inapreciable y, por lo tanto, no resultaba jurídicamente válido tenerlos en cuenta para efectos de otorgar puntaje a ese factor.*

*“Ahora, la circunstancia de que el comité evaluador hubiese pasado por alto esta exigencia otorgando puntaje en un primer momento a la experiencia de la unión temporal demandante, con base en instrumentos públicos otorgados en el extranjero sin apostillar, no quiere decir que tal conducta del cuerpo técnico se hubiera ajustado al precepto normativo que acababa de referirse, pues no puede soslayarse el hecho de que, para ese momento, tales documentos no resultaban legalmente aptos en orden a ser apreciados.*

*“Admitir una posición contraria, esto es, convalidar la puntuación otorgada por el Comité Evaluador con sustento en documentos cuyo contenido no podía apreciarse so pena de contravenir disposiciones normativas especiales, en cuanto habría de desconocer las reglas de la licitación No. 004 fijadas no solo por la entidad contratante sino por la Ley, iría en absoluta transgresión de los principios de igualdad, selección objetiva, transparencia y buena fe que informan la actividad contractual del Estado”[[27]](#footnote-27).*

Nótese cómo en el primer supuesto la ausencia del requisito legal de autenticidad de los documentos al tiempo de la presentación de la oferta no se opuso a la calificación de las mismas por no versar sobre un factor ponderable, en tanto que en el segundo caso se estimó procedente la descalificación de la propuesta por no haberse adjuntado al cierre de la licitación los documentos auténticos indispensables para la comparación objetiva de las mismas.

iii) También puede presentarse el supuesto en el que el orden jurídico previamente ha establecido en determinados asuntos el cumplimiento de requisitos especiales de orden legal encaminados, en su gran mayoría, a dotar de garantía y seguridad desde el punto de vista profesional y técnico tanto el contenido de la propuesta, como los documentos que la integran, normas que a pesar de no citarse en el respectivo pliego, se reitera que, igual que acontece en el supuesto anterior, se entienden incorporadas al mismo.

Tal es el caso, por ejemplo, de los requerimientos previstos en las normas de contabilidad que en algunos casos prescriben la necesidad de que los documentos y anexos de índole financiera tengan las firmas de contador público y revisor fiscal y la expresa manifestación de contar con su manifestación y aval. Sin embargo, la determinación sobre la obligatoriedad de su aporte en estos casos también se sujetará a la incidencia que de ellos se desprende en relación con las reglas de ponderación y comparación de las ofertas.

Así lo ha considerado esta Sección, al puntualizar:

*“Así pues, de las dos cláusulas en comento se deduce que los proponentes debían acreditar su capacidad financiera con sujeción a las reglas contables que regulaban la materia, dentro de las cuales se encontraba la obligatoriedad de presentar los estados financieros debidamente certificados por el contador público, según lo reguló el Decreto 2649 de 1993 y la Ley 222 de 1995, en tanto aquellos que no lo estuvieran no cumplirían la función de dar fe de la correspondencia existente entre la información consignada en el balance y la contenida en la fuente de donde se extrajo, por manera que no gozarían de presunción de autenticidad y, en consecuencia, no pasaría de ser un documento suscrito por el proponente y el contador sin ninguna vocación probatoria que satisficiera los fines perseguidos con dicha exigencia.*

*“(…).*

*“En ese orden de ideas, resulta claro que tanto la propuesta del señor Eduardo Gómez Rojas, como la del consorcio demandante no cumplieron con la exigencia del pliego de condiciones en cuanto no presentaron los estados financieros debidamente certificados, tal como lo requerían las normas contables.*

*“De otro lado, recuerda la Sala que tanto el pliego de condiciones como la normativa contable en referencia exigían la presentación de los respectivos soportes del balance presentado ante la entidad, no obstante lo cual la propuesta del ingeniero Eduardo Galindo Rojas no se acompañó de documento alguno que soportara la información depositada tanto en el balance como en el listado de detalle.*

*“En cuanto a la propuesta del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, la Sala nota que aun cuando a la misma se adjuntaron varios soportes al referido balance, ha de advertirse que del cotejo de dichos documentos, que a la postre se encuentran incompletos, con la información registrada en el informe financiero presentado no se extrae una total coincidencia.*

*“Con todo, si bien la Sala no desconoce que la presentación de los estados financieros certificados y los respectivos soportes al balance financiero corresponde a una exigencia incorporada en el pliego de condiciones, respecto de la cual ni el adjudicatario ni el consorcio demandante se sujetaron a cabalidad, se impone preguntar entonces si la inobservancia de dicho requisito constituye una circunstancia que de manera eficiente impida la comparación objetiva de las propuestas, único evento en que de conformidad con el Estatuto de Contratación podrían rechazarse los respectivos ofrecimientos.*

*“En orden a resolver el anterior interrogante, en primer lugar encuentra la Sala que la información consignada en los balances financieros de las dos propuestas que se analizan, contienen datos completos que se ajustan a los parámetros exigidos en el pliego de condiciones para realizar la respectiva calificación de dicho factor. Es así como se incluyeron los valores de los pasivos corrientes, activos corrientes, pasivo total y activo total, de lo cual resulta viable realizar la operación aritmética con el fin de establecer la correspondiente puntuación en razón de la liquidez, en razón del endeudamiento y en relación con la solidez financiera.*

*“Además no puede perderse de vista la presunción de buena fe que ampara todas las actuaciones de los particulares, lo cual naturalmente incluye tanto los actos desplegados como la presentación de documentos durante la etapa precontractual, presunción que respecto de los oferentes Eduardo Galindo Rojas y del consorcio Iván Javier Puentes – José Mauricio Andrade Monje, no se encuentra desvirtuada.*

*“Con lo advertido, la Sala no pretende desconocer la máxima legal de que el pliego de condiciones constituye la Ley del procedimiento de licitación y, por tanto, las reglas claras y justas allí previstas, en cuanto sean válidas y consulten las normas y principios que gobiernan la actividad contractual, resultan de obligatorio cumplimiento y vinculan tanto a la entidad como a los proponentes. Sin embargo, se reitera que de conformidad con la misma Ley 80, sólo la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente que efectiva y realmente sean necesarios para la comparación de propuestas, podrán servir de título suficiente para la exclusión de los ofrecimientos, lo cual impone la obligatoriedad de someter las ofertas en estudio al correspondiente procedimiento de evaluación”[[28]](#footnote-28).*

Como síntesis del recorrido jurisprudencial que se deja plasmado, hay lugar a concluir que, a diferencia de lo que acontece respecto del primer supuesto, esto es, en el que la propuesta se presenta sin la firma correspondiente de quien se obliga en nombre del proponente, la ausencia de los requisitos de autenticidad de los documentos o de aquéllos dispuestos por el ordenamiento jurídico para otorgar un aval técnico y especializado, solo podrán conducir su rechazo siempre que la falta de presentación de los mismos afecte de manera directa la comparación objetiva de las ofertas, pues, de lo contrario, la ausencia de esos requisitos podrán subsanarse hasta la adjudicación[[29]](#footnote-29).

Lo que se subsana es la prueba del cumplimiento del requisito y no el requisito habilitante en sí mismo considerado.

Descendiendo en el caso concreto, frente a la procedencia de rechazar la propuesta del adjudicatario por no haber presentado junto ella el aval de un ingeniero de sistemas, se tiene lo siguiente:

El 28 de noviembre de 2012, el comité asesor financiero de la DIAN, designado en el marco de la Licitación Pública No. LP-NC-010-2012, conceptuó que los proponentes UT. Asic - Consistelcom, Comware S.A., unión temporal Help Desk Co y la unión Temporal CF-CTS-212 cumplían con los requisitos financieros habilitantes[[30]](#footnote-30).

Posteriormente, al día siguiente, 29 de noviembre de 2012, en el informe de verificación de los requisitos jurídicos de las propuestas presentadas en la Licitación Pública LP-NC-010-2012 se consignó que la presentada por la unión temporal CF- CTES 2012 se hallaba incursa en una causal de rechazo, en razón a que introdujo manifestaciones o condicionamientos dentro de la carta de presentación que resultaron contrarias a las especificaciones técnicas del procedimiento. Por lo anterior, advirtió que se encontraban habilitados solamente los siguientes proponentes UT. Asic- Consistelcom, Comware S.A., unión temporal Help Desk Co[[31]](#footnote-31).

El 30 de noviembre de 2012, la Subdirección de Gestión de Tecnología de Información y Telecomunicaciones de la DIAN presentó la evaluación del factor económico y del factor técnico y de calidad[[32]](#footnote-32). Dentro del término de traslado del informe de verificación y evaluación de las propuestas, los cuatro oferentes presentaron observaciones, las cuales fueron publicadas en el portal único de contratación con sus respuestas correspondientes[[33]](#footnote-33).

Como consecuencia de las respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes al informe inicial, el consolidado de evaluación final fue el siguiente[[34]](#footnote-34) (se transcribe de forma literal):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *“PROPOPNENTE* | *ESTÍMULO A LA INDUSTRIA NACIONAL (máximo cien puntos*  | *PONDERACIÓN TÉCNICA Y CALIDAD (máximo 430 puntos)*  | *PONDERACIÓN ECONÓMICA PRECIO (Máximo 470 puntos)*  | *PUNTAJE TOTAL (Máximo 1000 puntos)* |
| *UT ASIC-COMSISTELCO* | *0* | *0* | *0* | *0* |
| *COMWARE S.A.*  | *100* | *430* | *452* | *982* |
| *UNION TEMPORAL HELP DESK CO* | *100* | *430* | *408* | *938* |
| *UNION TEMPORAL CF-CTS 2012* | *100* | *430* | *440* | *970”.* |

Publicado el informe de evaluación, mediante escrito del 10 de diciembre de 2010, uno de los oferentes alegó que la propuesta de la sociedad Comware S.A. no cumplía con la exigencia prescrita por el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, el cual consagraba que:

 “*Las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por entidades públicas del orden nacional, seccional o local, para la adjudicación de contratos cuyo objeto implique el desarrollo de las actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería, deberán estar avaladas, en todo caso, cuando menos, por un ingeniero inscrito y con tarjeta de matrícula profesional en la respectiva rama de la ingeniería*”.

En virtud de lo anterior, solicitó que procediera a rechazar la propuesta presentada por esa sociedad.

Continuando con el recuento de lo acontecido, se tiene que, ante el aparente desconocimiento de esa norma por parte de la DIAN y luego de que la necesidad de su observancia fuera puesta en su conocimiento por uno los oferentes en la etapa de la evaluación preliminar[[35]](#footnote-35), a partir de entonces la dependencia encargada de adelantar el procedimiento de selección inició una serie de averiguaciones y consultas tendientes a confirmar con órganos especializados la obligatoriedad de exigir el mencionado respaldo, en orden a decidir acerca del rechazo de la oferta de la sociedad Comware S.A., en tanto se hallaba carente del mismo.

Como producto de esas indagaciones, el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, en respuesta a la solicitud de rendir concepto elevada por la DIAN, expresó[[36]](#footnote-36) (se transcribe de forma literal):

*“Atendiendo a su petición referida en el asunto relacionada con el aval al que se refiere el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, nos permitimos manifestarles que dicho aval constituye la manifestación de la voluntad de un profesional idóneo para responsabilidad deontológicamente ante el Estado y la sociedad por el adecuado ejercicio de actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería involucradas en el desarrollo o ejecución de un contrato.*

*“(…).*

*“De acuerdo con el mencionado artículo en todo caso, dicho aval debe ser otorgado por un ingeniero idóneo en la materia que la avala, con matrícula profesional, pues así se desprende de la exigencia que hace el mencionado de que el ingeniero avalista sea de la respectiva rama de la ingeniería. Si dicho perfil lo cumple el representante legal de la empresa, quien mejor que el representante legal de la compañía que además de asumir en nombre de la misma las obligaciones contractuales con el aval responde disciplinaria por el adecuado ejercicio de la ingeniería inmerso en el respectivo objeto contractual”* (subraya la Sala).

El 20 de diciembre de 2012, la entidad pre contratante dio inicio a la audiencia de adjudicación; no obstante, en atención a las réplicas producidas en torno a las respuestas a las observaciones presentadas, decidió suspenderla para ser reanudada el 27 de los mismos mes y año.

Llegada la fecha señalada, la DIAN se pronunció en lo atinente a las observaciones formuladas en el desarrollo de la audiencia de adjudicación y al respecto consignó lo siguiente[[37]](#footnote-37) (se transcribe de forma literal):

*“De conformidad con el artículo 26 de la ley 842 de 2003, se solicitó concepto a COPNIA, como ente rector encargado de emitir pronunciamientos y consultas relacionadas con el ejercicio de la ingeniería, esto con el de validar si para el presente proceso se requería el aval de un ingeniero en aplicación del artículo 20 de la precitada norma.*

*“Mediante concepto del 21 de diciembre de 2012, del cual se entregará copia a cada uno de los asistentes, COPNIA se pronuncia acerca de la necesidad de contar con el aval para la presentación de propuestas en el presente proceso.*

*“Dilucidado este aspecto fue necesario determinar a la luz de las normas vigentes la naturaleza de este requisito y sobre el particular se acude en primer término a la fuente legal, siendo claro en parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 ‘(...)’.*

*“En virtud de lo anterior considera el comité que el requisito legal establecido en la ley no es de capacidad y no tiene que ver con la comparación de las ofertas, esto toda vez que debemos precisar que el objeto social de las empresas que se han presentado es suficiente y expresamente cuentan con capacidad legal para la ejecución de este contrato, así mismo, se han solicitado certificaciones de experiencia que acreditan la capacidad y la competencia técnica de las firmas habilitadas para la ejecución de estas actividades de ingeniería y el requisito de aval no es requerido para la comparación de las ofertas.*

*“En efecto, la exigencia del artículo 20 de la ley 842 de 2003 recae sobre las propuestas y se encamina a asegurar que todas y cada una de las que sean presentadas en esta clase de procedimientos hayan sido estructuradas desde el punto de vista de la ingeniería por quien cuenta con los conocimientos y el nivel de profesionalismo suficientes para asegurar que lo ofrecido es viable y como consecuencia de ello, puede ejecutarse en el tiempo y en los términos de su contenido.*

*“Lo anterior atendiendo a las disposiciones de la Ley 153, en particular al artículo 8 de este ordenamiento, conduce a considerar las disposiciones de la ley 1150 de 2007 y del Decreto 734 de 2012 que señalan (…).*

*“Ahora bien, durante el transcurso de la audiencia anterior el proponente Comware, manifestó que se encontraba en condiciones de presentar el aval y que la audiencia se encontraban presentes los ingenieros que participaron en la estructuración de la propuesta y que los mismos estaban dispuestos a avalar integralmente el contenido de la oferta y por lo tanto en este estado se solicita al representante legal de la firma que ratifique lo ya dicho para lo cual se otorgarán cinco minutos y se solicita que se ratifique en la afirmación efectuada en audiencia anterior y presente el documento exigido en el artículo 20 de la ley 20 de la ley 842 de 2003.*

*“Por lo tanto una vez subsanado el requisito y revisado los otros proponentes se solicita al comité en pleno que presente el informe de verificación final y verificación de las propuestas”.*

Así las cosas, tras considerar subsanado el requisito legal en el curso de la respectiva audiencia, el ente público expidió la Resolución No. 10354 del 27 de diciembre de 2012, por la cual adjudicó la licitación LP-NC-010-2012 a la sociedad Comware S.A. La Sala estima que la cuestionada decisión de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se ajustó a derecho, por las razones que pasan a explicarse:

El origen legal de la exigencia de que las propuestas contaran con aval de un ingeniero

Según se anotó en precedencia, en el ordenamiento jurídico existen requisitos y exigencias que, en virtud de su origen constitucional o legal, están llamados a irradiar e informar las previsiones pre-contractuales a las que deben sujetarse las propuestas, al margen de que no se hubieren incluido de manera expresa en el pliego de condiciones.

Sobre el particular, se tiene que el numeral 4.6 del pliego de condiciones contempló como causales de rechazo de las propuestas, las siguientes (se transcribe de forma literal):

*“4.6.1. La comprobación de que el proponente o alguno de sus integrantes, cuando se presente el consorcio o unión temporal se hallan incursos en algunas de las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades para proponer o contratar establecidas sobre la materia en la legislación colombiana vigente.*

*“4.6.2. Cuando el proponente ejecute cualquier acción tendiente a influir o presionar a las personas encargadas de la evaluación de las propuestas o de adjudicación del contrato.*

*“4.6.3. Cuando se presente alguna inconsistencia o inexactitud en la información de la propuesta sobre documentos con los cuales se acrediten factores habilitantes o de ponderación, sin que medie justificación razonablemente aceptable.*

*“4.6.4. la presentación de varias propuestas directamente o por interpuesta persona como integrante del consorcio o la unión temporal, por parte de una misma persona o la participación del proponente en más de una propuesta del presente proceso.*

*“4.6.5. La presentación para un mismo grupo de más de una propuesta por más de una persona, directamente o por interpuesta persona o como integrante del consorcio o unión temporal en el evento en que para el proceso se permita la presentación de propuestas parciales,*

*“4.6.6. Cuando una persona tenga la calidad de socio de dos o más sociedades con excepción de las sociedades anónimas y las en comandita por acciones que se presentan a un mismo proceso de manera separada, o cuando además de ser socio se presenta como persona natural.*

*“4.6.7. Cuando se cuente con información suficiente que objetivamente permita presumir hechos que pueden generar delitos o infracciones administrativas, en este caso además de rechazar al proponente, se dará aviso a las autoridades competentes.*

*“4.6.8. La no presentación de la garantía de la seriedad de la propuesta.*

*“4.6.9. Cuando el proponente una vez requerido por la DIAN, no allegue los documentos, las aclaraciones y/o explicaciones solicitadas.*

*“4.6.10. Cuando la propuesta económica no sea expresada en pesos colombianos.*

*“4.6.11. Cuando el proponente no acepte o no se comprometa a cumplir en la carta de presentación o en cualquier otro documento que acompañe la propuesta con los requerimientos técnicos mínimos establecidos en el Anexo 1 “Anexo Técnico” (requerimientos mínimos).*

*“4.6.12. Cuando la propuesta se presente por correo o de manera extemporánea o no se presente en el lugar establecido en este Pliego de Condiciones.*

*“4.6.13. Cuando tratándose de una persona jurídica el término de duración del proponente sea inferior al plazo de ejecución del contrato y un (1) año más, o cuando el término de duración de la persona jurídica integrante del consorcio o unión temporal sea inferior al plazo de ejecución del contrato y un año más.*

*“4.6.14. Cuando el proponente o alguno de sus integrantes estén reportados en el boletín fiscal que expide la Contraloría General de la Replica como responsables fiscales y/o en el sistema de información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI) de la Procuraduría General de la Nación.*

*“4.6.15. Cuando el oferente se encuentre incurso en algunas de las causales de disolución a que se refieren los artículos 218, 342, 351, 370 y 457 del Código de Comercio y están debidamente declaradas por las autoridades competentes conforme a las formalidades de la Ley.*

*“4.6.16. Cuando el proponente incluya manifestaciones o condicionamientos dentro de la carta de presentación de las propuestas que sean contrarias al objeto, alcance, obligaciones o especificaciones técnicas del presente proceso.*

*“4.6.17. Cuando el proponente omita en el Formato Oferta de Precios el valor de alguno de los servicios o supere alguno de los precios de referencia del Anexo 2 del presente pliego de condiciones para la presentación de la propuesta económica.*

*“4.6.18. Cuando el proponente acredite circunstancias ocurridas con posteridad al cierre del presente proceso.,*

*“4.6.19. Cuando el proponente no presente con la oferta la carta de presentación de la oferta”.*

Como se observa, en ninguna de las causales de rechazo de las propuestas presentadas en el marco de la Licitación LP-NC-010-2012 se hizo mención al estricto cumplimiento de la exigencia consagrada en el primer inciso del artículo 20 [[38]](#footnote-38)de la Ley 842 de 2003.

Sin embargo, con base en lo advertido con antelación y distinto a lo sostenido por el *a quo,* lo anterior no constituía óbice para considerar exigible por mandato legal tal requisito en el trámite de la licitación LP-NC-010-2012, en razón a que en este evento se reunía la premisa fáctica contenida en la norma en referencia.

En efecto, de la literalidad del precepto legal en comento se desprende que el aludido requisito, consistente en que las propuestas debían contar con el aval de un ingeniero, se habría de exigir:

-. Respecto de las propuestas que se formulen en licitaciones y concursos abiertos por entidades públicas de orden nacional.

Se recuerda que el procedimiento de selección en cuyo marco se gestó la controversia correspondió a la Licitación Pública LP-NC-010-2012, adelantada por la DIAN, entidad pública del orden nacional.

-. Cuando el objeto de los contratos a adjudicar involucrara el desarrollo de actividades catalogadas como de ingeniería.

Al respecto, se recuerda que el objeto del procedimiento de selección consistió en *contratar servicios especializados para diseñar, implementar, operar, mantener y soportar la mesa de servicios de la DIAN, incluyendo el suministro, instalación, configuración, puesta en producción, soporte y administración de un sistema de gestión para dicha mesa de servicios y sus servicios conexos que permita una operación integral correcta”*.

En contraste con lo anterior, se tiene que, de conformidad con el literal b) del artículo 2 de la Ley 842 de 2003, se entiende como ejercicio de la ingeniería el desempeño de actividades tales como:

“*b) Los estudios, proyectos, diseños y procesos industriales, textiles, electromecánicos, termoeléctricos, energéticos, mecánicos, eléctricos, electrónicos, de computación, de sistemas, teleinformáticas, agroindustriales, agronómicos, agrícolas, agrológicos, de alimentos, agrometeorológicos, ambientales, geofísicos, forestales, químicos, metalúrgicos, mineros, de petróleos, geológicos, geodésicos, geográficos, topográficos e hidrológicos*;” (subraya la Sala).

En ese orden, emerge para la Sala que el objeto del contrato a adjudicar en la licitación LP-NC-010-2012 se relacionaba directamente con la ejecución de labores de ingeniería informática.

Adicionalmente, la ejecución del contrato demandaba intervención de profesionales en ingeniería de sistemas, electrónico o de telecomunicaciones, según se extrae de las exigencias mismas del pliego en cuanto al personal requerido para su desarrollo.

Bajo esta óptica, la Sala concluye que, en tanto el supuesto de hecho presentado en el caso concreto -en lo que hace a la modalidad de selección, a la entidad pre-contratante y al objeto del contrato a adjudicar- se encuadraba en la premisa fáctica prevista en la norma, la misma resultaba aplicable a la examinada licitación, exigencia que, con independencia de que no se hubiera introducido en el pliego de condiciones, estaba llamada a cumplirse, por ministerio de la ley.

La falta de aval de un ingeniero al tiempo de la presentación de la propuesta no conduce a predicar su inexistencia

El apelante sostuvo que al haberse presentado la propuesta por parte de la sociedad Comware S.A. sin el aval de un ingeniero del ramo, dicho documento era inexistente y, como tal, no podía ser apreciado por la entidad.

Contrario a lo sostenido por el censor, la Sala encuentra que la ausencia inicial del aval otorgado por un ingeniero del ramo respecto de la propuesta allegada por la sociedad Comware S.A. no llevaba a concluir que la oferta fuera inexistente y que, como consecuencia, no tuviera la virtualidad de producir efectos dentro del procedimiento de selección al que se allegaba.

Se precisa que para considerar existente una propuesta en el ámbito de lo público se requiere de la manifestación expresa e inequívoca de la voluntad de quien se obliga en mérito de su formulación, así como de los términos sobre los cuales recae dicha expresión; en otras palabras, es necesario que tal manifestación comprenda los elementos esenciales del contrato que se obliga a celebrar en caso de que resulte favorecido con la elección.

En línea con lo expuesto, debe advertirse que la falta de respaldo por parte de un ingeniero, en manera alguna se oponía a predicar de la oferta, como acto jurídico unilateral de manifestación de la voluntad de quien se obliga a honrar su contenido de forma incondicional, los efectos propios que se desprendían de su presentación.

Dicho lo anterior, se evidencia que el texto de la propuesta presentada por la sociedad Comware S.A. se hallaba suscrito por su representante legal, Carlos Enrique Malagón Alonso, quien en ejercicio de esa condición tenía plenas facultades para obligar a su procurada a mantener los términos y condiciones ofrecidos en la propuesta, al punto de considerar que, desde su presentación, la misma se tornó irrevocable.

Así pues, aunque se acreditó que al momento en que se presentó la oferta de la sociedad Comware S.A. la misma no contaba con el aval de un ingeniero en la materia, requisito exigible por la ley para dotar de apoyo técnico el contenido de la misma, tal falencia no habría de convalidar su rechazo por cuenta de su supuesta inexistencia, toda vez que, como se precisó, la propuesta existió desde su presentación y desde entonces adquirió el carácter de vinculante.

La ausencia de aval de un ingeniero al tiempo de la presentación de la propuesta no constituía un requisito esencial que habilitara la participación del oferente en el procedimiento de selección y el sometimiento de su oferta a la etapa de evaluación

Es necesario en este punto recordar que en materia de procedimientos de selección sometidos al Estatuto de Contratación Estatal, como aquel que ocupa la atención de la Sala adelantado en 2012, es decir, bajo la vigencia de la Ley 1150 de 2007, los requisitos habilitantes cobran un rol fundamental en el esquema de la convocatoria, en tanto se identifican con las aptitudes mínimas que necesariamente deben cumplir los proponentes a la hora de presentar sus propuestas, no después, y que se miden en términos de experiencia y de capacidad, ya sea jurídica, financiera u organizacional.

Tales condiciones conforman el conjunto de factores que, de reunirse, viabilizan la participación del oferente en el respectivo procedimiento de escogencia y abren la posibilidad de que su oferta sea sometida a la correspondiente etapa de calificación.

En ese sentido, se enfatiza que el cumplimiento de aquellos se encamina a determinar las capacidades, habilidades y competencias del oferente, no de la oferta. Es el proponente, en relación consigo mismo y no con su propuesta, el que está llamado a llenar satisfactoriamente esas exigencias.

Se agrega, además, que esos requisitos deben constar en el Registro Único de Proponentes, de tal suerte que a través del referido documento se acreditara su cabal cumplimiento, sin que resulte jurídicamente procedente hacer valer información relativa a la capacidad y experiencia del proponente que se hubiere adquirido con posterioridad al vencimiento del período dispuesto para la formulación de las ofertas.

En esa medida, la ausencia de tales requisitos habilitantes para la época del cierre de la licitación será insubsanable[[39]](#footnote-39).

Con apoyo en lo expuesto, se advierte que la exigencia prevista en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 842 de 2003 no se encuentra directamente asociada con los requisitos habilitantes del proponente, cuya verificación abre paso a su participación en la invitación, toda vez que no se refiere a su experiencia, ni a la capacidad en cualquiera de sus formas.

Es claro que la exigencia legal relativa al deber de contar con un aval por parte de un ingeniero del ramo recayó directamente sobre el documento mismo de la oferta, circunstancia que excluye la posibilidad de extrapolar a la falta de este respaldo profesional los efectos normativos derivados de la ausencia de requisitos habilitantes, que en este caso se traducirían en su insubsanabiliad, en razón a que la mencionada preceptiva legal, al no referirse a las aptitudes del proponente, no participa de aquella naturaleza.

En consonancia, no obstante ser una exigencia de origen legal, al no compartir la condición de requisito habilitante, en orden a analizar si la falencia detectada podía remediarse luego del cierre del término para presentar las propuestas y hasta antes de la adjudicación, se impone determinar si tal aval afectaba la comparación objetiva de las ofertas, único evento autorizado por el legislador para desestimar el documento contentivo de las mismas.

La falta de aval de un ingeniero no afectaba la ponderación de las propuestas

En relación con el asunto anunciado, se observa que la evaluación de las propuestas, con apego a lo dispuesto en el numeral 5.2. del pliego de condiciones que gobernó la Licitación LP-NC -010-2012-, se efectuaría sobre los elementos de calidad, precio y estímulo a la industria nacional, de acuerdo con los puntajes y criterios establecidos para cada uno de ellos, como a continuación se lee[[40]](#footnote-40) (se transcribe de forma literal):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | ***“Criterio*** | *Máximo* | *Distribución* |
| *5.2.1* | *Estímulo a la industria nacional colombiana*  | *100* |  |
| *5.2.1.1.* | *Bienes y servicios de origen nacional* |  | *100* |
| *5.2.1.2.* | *Bienes y servicios de origen extranjero* |  | *50* |
| ***5.2.2.*** | ***Ponderación económica*** | *470* |  |
| *5.2.2.1.* | *Gerente de Proyecto* |  | *60* |
| *5.2.2.2.* | *Coordinadores de Mesa de Servicios*  |  | *50* |
| *5.2.2.3.* | *Agente de primer nivel de la mesa de servicios*  |  | *80* |
| *5.2.2.4.* | *Agente de segundo nivel de la mesa de servicios*  |  | *100* |
| *5.2.2.5.* | *Sistema de gestión para mesa de servicios*  |  | *100* |
| *5.2.2.6.* | *Costo mensual proyectado del servicio a contratar* |  | *80* |
| ***5.2.3.*** | ***Ponderación Técnica – Calidad***  | *430* |  |
| *5.2.3.1.*  | *Bolsa de Horas / agentes de primer nivel para mesa de servicios*  |  | *90* |
| *5.2.3.2.* | *Bolsa Horas de consultoría*  |  | *90* |
| *5.2.3.3.* | *Extensión adicional de garantía soporte para el sistema de gestión*  |  | *90* |
| *5.2.3.4.* | *Implementaciones previas del sistema de gestión para mesa de servicios*  |  | *80* |
| *5.2.3.5.* | *Certificación de experiencia del personal a vincular*  |  | *80* |
|  | *Total puntos* | *1000”* |  |

Según se aprecia, aunque uno de los factores de evaluación versó sobre el costo del personal que se destinaría al desarrollo del proyecto, ciertamente la falta de aval de un profesional de la ingeniería sobre los términos en que se elaboró la propuesta, no guardaba identidad con los elementos de ponderación, ni impedía que se realizara la comparación objetiva de las propuestas y se estableciera el orden de elegibilidad.

Es claro que el hecho de subsanar ese requisito en nada afectaba la calificación obtenida, como en efecto no ocurrió, dado que, luego de que la sociedad Comware S.A. atendiera el requerimiento de la DIAN, en punto al otorgamiento del respaldo echado de menos, la calificación concedida no sufrió variación alguna.

Se suma a lo anotado que en el expediente reposan los elementos probatorios que demuestran lo acontecido durante la audiencia de adjudicación, en lo pertinente al saneamiento del citado requisito, sin que la parte interesada hubiera atacado o desvirtuado su contenido.

En ese sentido, milita en el plenario el oficio[[41]](#footnote-41) del 18 de diciembre de 2012, con constancia de ser entregado el 27 de los mismos mes y año, esto es, en el curso de la audiencia, por conducto del cual el ingeniero de sistemas César Augusto Zuluaga Patiño dio el aval técnico a la propuesta presentada por la sociedad Comware S.A. Dicho escrito fue acompañado de la tarjeta profesional de quien lo suscribía y del certificado expedido el 14 de septiembre de 2012 por el Consejo Nacional Profesional de Ingeniería, de cuyo contenido se derivaba que la matrícula profesional del referido ingeniero se hallaba vigente.

Por último, aunque no por ello menos importante, no sobra enfatizar en que el referido aval hizo alusión a un hecho cuya configuración se dio con anterioridad al momento del cierre de la licitación y que en el caso se concretó en la participación que tuvo el profesional de la ingeniería en la elaboración de la oferta, hecho que le permitió otorgar el respectivo respaldo técnico especializado.

En síntesis, la falta de ese documento no impedía la ponderación de las propuestas, a lo que se añade que la posibilidad de subsanarlo, a la luz de los dictados del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se extendía hasta la adjudicación.

Conclusión

Todo cuanto acontece resulta suficiente para concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto de adjudicación de la Licitación No. LP-NC-010-2012, contenido en la Resolución No. 010354 del 27 de diciembre de 2012, expedida por la DIAN, en razón a que:

i) no se acreditó que se hubiere efectuado por la entidad un cambio irrazonable e injustificado respecto del perfil del gerente del proyecto, ideado con la finalidad de favorecer al adjudicatario;

 ii) si bien se demostró que la propuesta de la sociedad Comware S.A no contaba con el aval de un ingeniero al tiempo de su presentación, tal circunstancia no conducía a afirmar que la DIAN, en vez de requerir su cumplimiento, hubiera debido proceder a su rechazo, habida consideración de que en el caso no se evidenció que:

a) ante la ausencia de ese requisito legal la propuesta fuera inexistente;

b) se hubiera insatisfecho un requisito habilitante de carácter insubsanable;

c) se hubiera afectado la comparación objetiva de las propuestas.

En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 25 de agosto de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A.

**5.- Costas**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que “*la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado, por cuanto resultó vencido en juicio.

Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el *a quo* deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

A la luz del numeral 4 del citado artículo, para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Como consecuencia, la Sala procede a fijar las agencias en derecho atendiendo a los parámetros que al efecto establece el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto 5 de 2016, a cuyo tenor dispone que en las sentencias dictadas en procesos declarativos en segunda instancia se fijarán entre 1 a 6 S.M.M.L.V.

En adición, para esos propósitos deberá atenderse la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la parte actora fundamentó la alzada en argumentos que han sido desestimados y, en segundo, que no obstante que la defensa no desplegó en esta instancia actuación alguna, en todo caso por cuenta de la interposición de la alzada el proceso se prolongó por un término superior, lo que condujo a que, al menos, la vigilancia procesal ejercida sobre el mismo se extendiera en el tiempo. Con base en lo dicho, la Sala procede a fijar dos (2) S.M.M.L.V por concepto de agencias en derecho.

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** lasentencia proferida el 25 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la parte actora a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a dos (2) SMLV.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO MARIA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 45-46 C1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls-. 88-89 C1. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo****.*** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*“(…).*

*“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Mediante Decreto Ley 1071 de 1999 se organizó como unidad administrativa especial a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. [↑](#footnote-ref-4)
5. **Ley 489 de 1998.** “*Artículo 2º.- Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.*

“(…).

“*Artículo 82º.- Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”*. [↑](#footnote-ref-5)
6. $3.016’356.430, por concepto de la utilidad esperada. Folio 13 del cuaderno 1. Pretensión mayor, artículo 127 del C.P.C.A. [↑](#footnote-ref-6)
7. $589.500, con fundamento en el salario mínimo legal vigente el 13 de junio de 2013 ($589.500 X 300 = $176’850.000). [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 1520-1521 C2. [↑](#footnote-ref-8)
9. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls. 35-36 C1. [↑](#footnote-ref-10)
11. A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 3 del Decreto 1719 de 2009, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación extrajudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

*“****Artículo 3°.*** *Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:*

*“a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*

*“b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o*

*“c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.*

*“En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.*

*“La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.*

*“****Parágrafo único.*** *Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción*”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 24de octubre de 2016, Exp. 45.607. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fl.79 C5. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl. 160 C7 [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls.22-31 C8. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl.110 C8. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl.148 C8. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fl. 114 C8. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls. 135-189 C8. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fl. 195 C8. [↑](#footnote-ref-20)
21. “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”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. El inciso 2° de este numeral fue derogado por el art. [32](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#32) de la Ley 1150 de 2007, cuyo contenido es casi idéntico al parágrafo primero del artículo 5 de dicha reforma. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 21 de noviembre de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-23)
24. El inciso en mención fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, no obstante, dicho inciso fue reproducido en el parágrafo primero del artículo 5° de la aludida Ley 1150. [↑](#footnote-ref-24)
25. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 10 de julio de 2013, expediente: 23837, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 24 de junio de 2015, expediente: 38.573, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, 27 de marzo de 2014, exp. 24.845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-28)
29. Tal cual lo prescribía el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagraba: *"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-29)
30. Fls. 28-33 C9. [↑](#footnote-ref-30)
31. Fls. 5-6 C9. [↑](#footnote-ref-31)
32. Fls. 46-122 C9. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fls. 1-4 C3. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fl. 21 C1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ffls. 40-44 c3. Escrito de observaciones al informe de evaluación preliminar allegado el 10 de diciembre de 2012 por Nidia Yolanda Avella Bonilla. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fls. 29-34 C1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Fls. 106-113 C3. [↑](#footnote-ref-37)
38. “Artículo 20 de la Ley 842 de 2003. *Las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por entidades públicas del orden nacional, seccional o local, para la adjudicación de contratos cuyo objeto implique el desarrollo de las actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería, deberán estar avalados, en todo caso, cuando menos, por un ingeniero inscrito y con tarjeta de matrícula profesional en la respectiva rama de la ingeniería*”. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Expediente: 29.855, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Noviembre 12 de 2014:

*“… el recién mencionado artículo 5: (i) distinguió expresamente entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación, (ii) señaló que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, (iii) precisó que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, (iv) estableció que son requisitos habilitantes la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes y (v) consagró que la favorabilidad se determina con la ponderación de los factores técnicos y económicos de escogencia previstos en el pliego, relacionados con los elementos calidad y precio (salvo en algunos procesos de selección donde el precio es el único factor de escogencia), bien sea por métodos aleatorios o por la relación costo – beneficio, los cuales son susceptibles de asignación de puntaje.*

*“La norma en cita: (i) dejó claro, pues, que los requisitos habilitantes se refieren a las condiciones que debe reunir el oferente para participar en el proceso de selección y que los factores de ponderación están relacionados con la propuesta y (ii) limitó la posibilidad de que algunos de los requisitos habilitantes pudieran ser, a la vez, factores de ponderación de las propuestas, lo cual sucedía con mucha frecuencia en los procesos de selección que se adelantaban en vigencia de la Ley 80 de 1993; pero, como se dijo en precedencia, dejó a salvo algunos procesos de selección en que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de esos requisitos habilitantes sean calificados.*

*“(…).*

*“La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.*

*“(…).*

 *“En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.*

*“Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado.*

*“No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.*

*“Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.*

*“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993).*

*“Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Fl.166-167 C7. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fl.117-119 C3. [↑](#footnote-ref-41)