**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES –** **Alcance**

La acción de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, es una vía procesal que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones de carácter negocial que detente el Estado. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales: “(…)la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.” En consecuencia, es posible usar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal y también aquellas adelantadas en la etapa previa a la selección del contratista, como la legalidad del acto administrativo que adjudicó el contrato a determinado oferente. De esta forma, puede uno de los proponentes solicitar la nulidad tanto del acto de adjudicación, como del contrato celebrado y recibir las indemnizaciones a las que haya lugar, teniendo en cuenta las pruebas que se practiquen al interior del proceso.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza**

La naturaleza de los pliegos de condiciones los cuales se erigen como el principal instrumento normativo que rige las licitaciones públicas. Lo anterior, toda vez que además de fijar los parámetros que deben seguir los proponentes al momento de presentar sus propuestas, los pliegos de condiciones garantizan la materialización del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, así como los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad. Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado. Debido a estas características, las entidades estatales están obligadas a consagrar en esos documentos las reglas claras, completas y objetivas que permitan a los oferentes conocer de antemano los parámetros bajo los cuales serán examinadas sus ofertas, así como las pautas que conducirán la relación contractual, una vez ésta se materialice. De ésta forma, tanto los proponentes, como la administración, quedan sometidos de forma imperativa a los preceptos que conforman el pliego de condiciones y el desconocimiento de su contenido implica necesariamente una actuación viciada de nulidad que, para los oferentes puede significar la inadmisión de la oferta y para la entidad estatal un acto administrativo cuya legalidad puede ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso administrativa.

**CRITERIOS DE EVALUACIÓN – Pliego de condiciones – Comité evaluador**

Uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación que guiarán al comité conformado para analizar, calificar las propuestas y determinar el adjudicatario del contrato. El adecuado desarrollo de este aspecto en los pliegos permite la materialización del principio de transparencia que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue. Así mismo, la delimitación de los preceptos que deben guiar la estructuración de las propuestas y la fijación de unos criterios de evaluación claros, permiten que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad sea una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no se sujetará a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones . Lo mismo se puede predicar del informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones.

**INTERPRETACIÓN – Pliegos de condiciones – Hermenéutica**

Es posible que en algunas oportunidades sea necesario acudir a herramientas como la hermenéutica para interpretar algunas disposiciones del pliego de condiciones, bien sea por falta de claridad o por la generalidad de las cláusulas estipuladas. Sobre este tema esta Sala se ha pronunciado con anterioridad, manifestando lo siguiente: “Pero por supuesto que el pliego de condiciones, como acto jurídico administrativo, es susceptible de ser interpretado de acuerdo con las reglas básicas de la hermenéutica jurídica y una de ellas enseña que si hay generalidad en los términos estos deben entenderse referidos al asunto o materia que se está tratando. ” En consecuencia, si bien la entidad estatal debe propender por detallar cada una de las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones, nada impide que los proponentes acudan a reglas básicas de interpretación para determinar el alcance de algunos de sus contenidos.

**SUBSANABILIDAD – Derecho**

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que no en pocas oportunidades los proponentes se encuentran con preceptos confusos cuya interpretación tiende a inducirlos en error, afectando de forma definitiva la calidad de las ofertas presentadas. Así mismo, en otras ocasiones las propuestas son rechazadas por asuntos meramente formales. En ambos casos, ha reconocido este Tribunal que, atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales referentes a la función administrativa y a la prelación del derecho sustancial sobre las formalidades, el proponente está facultado para subsanar la oferta. La subsanabilidad es un derecho, de carácter excepcional, en cabeza del oferente, frente a aquellos aspectos susceptibles de corrección, al respecto, en sentencia del 26 de febrero de 2014, esta Corporación estableció que “la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico”. Esta prerrogativa encuentra sustento constitucional en el artículo 209, en virtud del cual: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” Con esta disposición, el Constituyente de 1991, pretendió que la administración encaminara sus actuaciones a la consecución del bien común y a que se ciñera a una serie de principios que garantizaran dicho postulado. Evidentemente la contratación pública está regida por este principio y, por esta razón, cada una de las etapas que se surten en el proceso de selección de un contratista, deben corresponder a los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y moralidad ; por tanto, cuando sea evidente que las entidades estatales incurren en actuaciones que controvierten dicho postulado, es menester que se permita a los oferentes tomar medidas para equilibrar las cargas y garantizar que el proceso de selección se ciña al interés general. Bajo esta línea, la administración debe permitir que los proponentes presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos. Al respecto, cabe resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación, ha referido que los requisitos subsanables son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Ahora bien, es menester recordar, como fue estipulado en las sentencias anteriormente mencionadas, que la posibilidad de subsanar de ninguna forma confiere a los oferentes la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que el proceso de selección del contratista necesariamente está regido bajo el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión a dicho postulado que, valga recordar, ostenta rango constitucional .

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00640-01(54919)**

**Actor: MIGUEL ALEJANDRO PINZON AGUILAR Y JOSE GABRIEL VARGAS CARVAJAL, INTEGRANTES DEL CONSORCIO, VIAS DE BOYACA**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA Y SOCIEDAD GALVIS FRACASSI CIA. S. EN C. Y COMPAÑÍA**

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

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia que negó las pretensiones de la demanda porque no se desvirtuó la ilegalidad de la resolución cuestionada y tampoco se demostró que la propuesta de los demandantes fuera la más beneficiosa para la entidad. Restrictor: Acción de controversias contractuales: marco de pretensiones- Naturaleza de los pliegos de condiciones- Criterios de evaluación de las propuestas: principios de transparencia y objetividad en la selección del contratista- Subsanabilidad: reiteración de jurisprudencia- Interpretación de las cláusulas de los pliegos de condiciones- Impuestos- IVA – Contratación simultánea de estudios y diseños y contrato de obra.

Decide la Sala de Sub-sección C el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 4 de septiembre de 2014, proferida por la Sala de Decisión No. 11B del Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

**1. Lo pretendido**

A través de la demanda, presentada el 22 de agosto de 2007[[1]](#footnote-1), los miembros del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, pretenden, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que se declare la nulidad de la Resolución No. 210 del 30 de julio de 2007, proferida por el Departamento de Boyacá “*por medio de la cual se adjudica la licitación pública no. 023 de 2007*”. Así mismo, solicitan la nulidad absoluta del contrato No. 315 del 2007 celebrado entre el Departamento de Boyacá y GALVIS FRACASSI Y CIA S en C., lo anterior para efectos de declarar que el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ tenía derecho a que se le adjudicara dicha licitación.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

Mediante Resolución de fecha 19 de junio de 2007, el Departamento de Boyacá ordenó la apertura de la licitación pública No. 023 de 2007, con el objeto de seleccionar al contratista para el mejoramiento y pavimentación de la vía Maripí- Muzo, sector Mandarino- Muzo del PR24+220 al PR31+420, Departamento de Boyacá[[2]](#footnote-2).

De las condiciones fijadas por la Entidad en el pliego de condiciones, se destacan las fijadas en los ítems 2.17 y 2.21, que refieren lo siguiente:

*2.17.* ***Impuestos, administración, imprevistos y utilidades.*** *Dentro del valor de la propuesta, EL PROPONENTE deberá calcular todos los costos y gastos que demande la ejecución de la obra (impuestos, administración, utilidades, imprevistos, etc.). El AIU no podrá superar el 23%.*

*(…)*

*2.21.* ***Precio de la oferta.*** *En la preparación de las ofertas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el precio total de la oferta.*

Así mismo, respecto de la admisibilidad de las propuestas, el pliego de condiciones estipuló en el numeral 3.8 que para la revisión de precios unitarios se tendría en cuenta lo siguiente:

* *Cuando en el presupuesto general de una propuesta no se presente alguna actividad o ítem, esta propuesta será descartada automáticamente.*
* *Si al corregir los productos de cantidades de obra por los precios unitarios y las sumas para obtener los valores corregidos de cada propuesta, resultan valores corregidos diferentes al ajuste al peso, por exceso o por defecto del valor sin corregir de la propuesta, ésta se eliminará inmediatamente.*
* *Una vez revisadas las propuestas se hará un cuadro que contenga los valores corregidos de cada una.*
* *Las propuestas que hayan aprobado la revisión de precios unitarios descrita seguirán concursando.*

A la licitación se presentaron seis ofertas, tres de las cuales se inadmitieron por registrar errores aritméticos superiores al peso y por no ofertar un profesional con experiencia en presupuesto y otras tres que fueron declaradas hábiles, a saber, las presentadas por CONSORCIO COLOMBIA 2007, CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ Y GALVIS FRACASSI CÍA S en C.

Las propuestas hábiles fueron calificadas por el Comité Evaluador, de acuerdo a una de las fórmulas estipuladas en el numeral 3.8.2 de los pliegos de condiciones, para el caso la fórmula No. 1, arrojando los siguientes resultados:

Consorcio Colombia 2007: 99.855

Consorcio Vías de Boyacá: 99.048

Galvis Fracassi y CIA S en C: 98.976

Dentro de los términos estipulados para el particular, los oferentes presentaron las observaciones al informe de evaluación, las cuales fueron resueltas en la audiencia de adjudicación. Así, la propuesta del CONSORCIO COLOMBIA 2007 fue cuestionada porque no presentaba los documentos pertinentes para verificar la experiencia del ingeniero industrial Asdrubal Gómez Espíndola, se había omitido la presentación de un ingeniero ambiental, exigido en los pliegos de condiciones y, finalmente, porque el contrato de arrendamiento de la trituradora no estaba firmado por las partes. Al respecto, la entidad rechazó la primera observación al encontrar que la experiencia del ingeniero industrial estaba debidamente documentada y accedió a las demás observaciones, inadmitiendo la oferta.

A su vez, el proponente GALVIS FRACASSI Y CIA S en C, solicitó la inadmisión de las ofertas de CONSORCIO COLOMBIA 2007 y el Consorcio Vías de Boyacá, arguyendo que el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ no incluía el IVA sobre el ítem de estudios y diseños, situación que al ser corregida generaba una variación sustancial de la oferta económica. Así mismo, refirió que en la oferta del CONSORCIO COLOMBIA 2007 se incluía el IVA en el valor de los estudios y diseños y sobre este mismo valor se calculaba el AIU, generando utilidad sobre el impuesto al valor agregado, así como administración e imprevistos. El despacho acogió las observaciones del proponente al encontrar que ambas situaciones daban lugar a la inadmisión de las propuestas y, en consecuencia, adjudicó la licitación pública no. 023 de 2007 a GALVIS FRACASSI Y CIA S en C.

Sobre el particular, el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, demandante en la presente acción, considera que la entidad que adelantó el proceso licitatorio, violó los artículo 13, 25, 29 y 209 constitucionales, así como los literales b, c y e del numeral 5, artículo 24, el numeral 6 del artículo 24, el numeral 3 del artículo 29, los numerales 2 y 6 del artículo 30 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 44 del Decreto 2170 de 2002. Lo anterior, por cuanto el pliego de condiciones de la licitación pública No. 023 de 2007 del Departamento de Boyacá, delimitó el objeto de la misma como un contrato de obra, que no está gravado con IVA, situación que se ratificó en el contenido del documento que señalaba como calidades exigidas para participar, únicamente las de constructor y, adicionalmente, incluía en las cantidades de obra el ítem de estudios y diseños, sin que se especificara que debía otorgársele un tratamiento separado.

Teniendo en cuenta lo anterior, refiere el demandante que al no individualizar el ítem mencionado, no puede pretender la entidad que los proponentes lo hicieran, por cuanto éstos deben presentar las propuestas de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, textualmente refieren lo siguiente: *“Al no individualizarlos se da a entender que deben incluirse dentro del presupuesto general y no se puede acoger ni permitir la tesis, dada de manera verbal en la audiencia de adjudicación, en el sentido de que el proponente podía a su arbitrio escoger la forma en que individualizaría el ítem de estudios y diseños y que la manera de incluirlo dentro del presupuesto podía ser libremente escogida por el oferente.*(fl.14, C.1.)*”.*

En consecuencia, alega que el Departamento no fijó unas reglas objetivas para la escogencia de las propuestas; así mismo, cuestiona la aplicación del IVA al ítem de estudios y diseños, puesto que al establecer la entidad *“que el contrato a realizar era de obra, sin individualizar de una manera clara los estudios y diseños, debería dársele el tratamiento tributario de este tipo de contratos*” (fl.15, C.1.), a saber, los contratos de obra que no están gravados por el IVA.

**3. El trámite procesal.**

Mediante auto del 05 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda (fl. 45, C.1). Dicho proveído fue notificado personalmente (fls. 45 y 46, C.1) al Departamento de Boyacá el 03 de febrero de 2010 (fl.51, C1) y a la sociedad GALVIS FRACASSI CÍA S en C el 04 de julio de 2008 (Fl.85, C.1). El proceso se fijó en lista entre el 6 de septiembre de 2011 y el 19 de septiembre de 2011, periodo en el cual las entidades demandadas guardaron silencio.

Mediante auto del 17 de febrero de 2010 el Tribunal Administrativo de Boyacá dio inició la etapa probatoria (fls. 97 y 98, C.1), oficiando al Departamento de Boyacá para que remitiera una serie de documentos requeridos por el demandante y aceptando los testimonios requeridos en la demanda; la declaración del Gobernador de Boyacá, la prueba pericial y la inspección solicitadas, fueron denegadas

Por imposibilidad de ubicar a las personas que iban a rendir testimonio, mediante auto del 22 de mayo de 2013, se aceptó el desistimiento de la parte actora respecto de las pruebas testimoniales solicitadas en la demanda.

Concluida la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes para que se presentaran alegatos de conclusión (fl. 143, C.1.).

Mediante escrito del 12 de agosto de 2013 (fls.144-150, C.1), la apoderada del demandante presentó sus alegatos de conclusión, refiriendo que, de acuerdo a los documentos aportados con la demanda y los recolectados a través del proceso, quedó demostrado que el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ cumplía con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y, además, obtuvo el mayor puntaje de acuerdo con la fórmula establecida en el pliego de condiciones. En consecuencia, cuestiona la legalidad de la decisión del departamento de Boyacá mediante la cual se adjudicó a GALVIS FRACASSI CÍA S en C y, afirmando que las razones que dieron lugar a la eliminación del proponente que representa no estaban especificadas en el pliego de condiciones y fueron expuestas únicamente al momento de la adjudicación, actuación que a todas luces violó los principios de transparencia, moralidad administrativa y selección objetiva.

Así mismo, refiere que GALVIS FRACASSI Y CÍA S en C no cumplía con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, puesto que no ofreció el equipo mecánico exigido en los pliegos, ni en la cantidad, puesto que solo ofertaba dos cargadores de los tres exigidos.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita que se declare la nulidad absoluta del contrato y, en consecuencia, que se reconozcan los perjuicios causados al CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, quienes al no haber sido adjudicatarios del contrato, dejaron de percibir utilidades por el valor de $358.831.953.66.

 De la misma forma, mediante escrito (fls. 157-164, C.1), el Departamento de Boyacá presentó sus alegatos de conclusión, refiriendo que en los pliegos de condiciones se estableció expresamente que era necesario que los proponentes tuvieran un presupuesto del costo de los estudios y diseños los cuales, de acuerdo al Concepto de la DIAN No. 5878 del 19 de agosto de 2005, están gravados con el IVA, aunque tengan lugar en el desarrollo de un contrato de obra.

Así mismo, refirió que el proceso de selección del contratista se rigió por los principios de igualdad, transparencia y objetividad y que el proponente al que le fue adjudicado presentó la mejor propuesta, teniendo en cuenta las observaciones resueltas en la audiencia de adjudicación.

**4.- La sentencia del Tribunal**

En providencia del 04 de septiembre de 2014[[3]](#footnote-3), la Sala de Decisión No. 11B del Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda promovida por el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ.

Para fundamentar su decisión, el *a-quo* resolvió dos problemas jurídicos; en primer lugar, se refirió a la posibilidad de contratar simultáneamente los estudios y diseños y la construcción de la obra pública para la cual se hicieron los mismos y, posteriormente, analizó los pliegos de condiciones de la licitación No. 023 del Departamento de Boyacá, con el fin de establecer si efectivamente no se estableció de manera clara que debía incluirse en las propuestas el valor del IVA sobre el ítem de estudios y diseños.

Respecto del primer asunto, la Sala concluyó que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se entiende que las entidades estatales estaban facultadas para contratar en un solo proceso la construcción y fabricación con los diseños de los proponentes; lo anterior, por cuanto el inciso segundo del numeral 12 de dicho artículo contemplaba lo siguiente:

*“12. Con  la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*

***La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes.”*** (Subrayas fuera del texto original)

Dicha disposición se encontraba en vigencia para el momento en que se adelantó el proceso licitatorio y en consecuencia, era aplicable para el proceso. Por esta razón, consideró la Sala que no era de recibo el argumento del demandante, en virtud del cual el Departamento de Boyacá no podía contratar los estudios y diseños y el contrato de obra de forma simultánea.

Ahora bien, respecto del argumento en virtud del cual el contrato de obra subsumía el ítem de estudios y diseños y, por ente, el tratamiento tributario correspondía únicamente a lo dispuesto para el contrato de obra, el Tribunal hizo referencia al Concepto de la DIAN No. 5878 del 19 de agosto de 2005, que refería lo siguiente:

*“En su escrito de la referencia solicita usted de este Despacho un pronunciamiento acerca del manejo en materia de impuesto sobre las ventas, en aquellos contratos de construcción de obra material en bien inmueble en los que la actividad o labor contratada versa sobre dos o más servicios gravados, y una de las actividades contratadas tiene mayor porcentaje de inversión. Al respecto, atentamente le aclaro que, para efectos del impuesto sobre las ventas y en especial cuando de la prestación de servicios de trata, es importante distinguir el tipo de obligaciones contraídas y el monto de la inversión en cada una de las actividades sujetas a imposición, a fin de determinar la base gravable y la tarifa del impuesto.*

*Así, cuando aunado a la prestación del servicio de construcción de obra material de bien inmueble se encuentra el de consultoría, es determinante individualizar cada uno de ellos en cuanto la ley les asigna a un tratamiento fiscal diferente pues, como usted bien lo precisa en su consulta, el servicio de contratación de obra material de bien inmueble tiene un manejo diferente al dispensado por ley al servicio de consultoría, en la determinación de la base gravable y en los impuestos descontables(…)”* (fl. 187, C. Ppal.).

Partiendo de esta base, la Sala analiza el punto referente a la supuesta confusión propiciada por el Departamento a través de los pliegos de condiciones, en los que no se especificó que los proponentes debían separar el ítem de estudios y diseños y aplicarle el IVA.

Para clarificar este asunto, el Tribunal se remitió a las disposiciones del pliego de condiciones, encontrando que en el numeral 2.8., disponía que los proponentes debían contar con un presupuesto del costo de los estudios y diseños junto con los impuestos que la ley estableciera para el caso. Así mismo, se refirió a los numerales 2.17 y 2.21, sobre impuestos, administración, imprevistos y utilidades y precios de la oferta, respectivamente, los cuales claramente establecían que el proponente debía contar con un presupuesto del costo de los estudios y diseños, junto con los impuestos que la ley estableciera para el caso.

En concordancia con las consideraciones planteadas con anterioridad, el Tribunal concluye que “*es posible inferir que como quiera que el servicio de consultoría se encuentra gravado con el impuesto a las ventas, la base gravables se debe liquidar sobre la tarifa del 16%.2, era ineludible que los proponentes que se presentaron al proceso de licitación objeto de la acción, aplicaran al ítem estudios y diseños dicho porcentaje, pues se repite pues se repite la ley facultaba a las entidades públicas para que el contrato de obra se ejecutará paralelamente con el servicio de consultoría , por lo que éste último debía sujetarse a las exigencias legales propias para la ejecución de esta clase de contratos”* (fls, 187, C. Ppal.)

En consecuencia, afirma que los accionantes no lograron desvirtuar la presunción de legalidad de la que goza la Resolución No. 0210 del 30 de julio de 2007, que adjudicó la licitación al CONSORCIO GALVIS FRACASSI Y CÍA S EN C, pues no pude demostrar que la propuesta del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ fuera la más favorable pata la administración y los cargos presentados para controvertir la decisión del Departamento de Boyacá, fueron desvirtuados a lo largo del proceso*.*

**5. El recurso de apelación**

Contra la sentencia de primera instancia proferida el 4 de septiembre de 2014, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se alzó la parte actora, el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, señalando en su recurso que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, de las pruebas documentales aportadas al proceso y del análisis del pliego de condiciones, se establece claramente que el Departamento de Boyacá no especificó los conceptos por los cuales fue rechazada la propuesta de los demandantes.

En consecuencia, alega que la actuación del Departamento vulneró el principio de transparencia, puesto que se modificaron los pliegos de forma irregular al momento de la adjudicación, dando como resultado la desviación de poder que conllevó a adjudicar el contrato a una oferta que no cumplía con todos los requisitos exigidos originalmente.

Atendiendo a estas razones, solicita el demandante al Consejo de Estado, revocar el fallo de primera instancia y se concedan todas las pretensiones de la demanda. (fls. 191-196, C.Ppal).

El Tribunal Administrativo de Boyacá concedió el recurso de apelación presentado por la parte actora mediante auto del 15 de octubre de 2014 (fl. 198, C.Ppal).

**6. Actuación en segunda instancia.**

Mediante auto del 25 de agosto de 2015, esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 166-188, C. Ppal.). Luego, mediante auto del 20 de octubre de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión[[4]](#footnote-4), y al Ministerio Público para que emitiera su concepto de rigor.

Culminado el término para presentar los alegatos, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

**CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones, (2) la naturaleza de los pliegos de condiciones (2.1) Criterios de evaluación: principio de transparencia y principio de objetividad en la selección del contratista (2.2) Interpretación de los pliegos de condiciones de acuerdo a las reglas de la hermenéutica, (3) subsanabilidad de las ofertas (4) caso concreto.

**1.- Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.**

La acción de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, es una vía procesal que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones de carácter negocial que detente el Estado. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

“(…)la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 cca es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.”[[5]](#footnote-5)

En consecuencia, es posible usar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal y también aquellas adelantadas en la etapa previa a la selección del contratista, como la legalidad del acto administrativo que adjudicó el contrato a determinado oferente. De esta forma, puede uno de los proponentes solicitar la nulidad tanto del acto de adjudicación, como del contrato celebrado y recibir las indemnizaciones a las que haya lugar, teniendo en cuenta las pruebas que se practiquen al interior del proceso.

Teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante cuestiona la actuación de la administración respecto de la estructuración de los pliegos de condiciones, la fijación de los criterios de evaluación y la adjudicación del contrato que, a juicio del contratista, desconoció los principios de transparencia y selección objetiva, deberá esta Sala precisar algunos conceptos antes de desatar la controversia planteada a través de la herramienta procesal plasmada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

**2.- Naturaleza de los pliegos de condiciones. Reiteración de jurisprudencia[[6]](#footnote-6).**

Como primer asunto a tratar, es importante recordar la naturaleza de los pliegos de condiciones los cuales se erigen como el principal instrumento normativo que rige las licitaciones públicas. Lo anterior, toda vez que además de fijar los parámetros que deben seguir los proponentes al momento de presentar sus propuestas, los pliegos de condiciones garantizan la materialización del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, así como los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad.

Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado[[7]](#footnote-7).

Debido a estas características, las entidades estatales están obligadas a consagrar en esos documentos las reglas claras, completas y objetivas[[8]](#footnote-8) que permitan a los oferentes conocer de antemano los parámetros bajo los cuales serán examinadas sus ofertas, así como las pautas que conducirán la relación contractual, una vez ésta se materialice[[9]](#footnote-9).

De ésta forma, tanto los proponentes, como la administración, quedan sometidos de forma imperativa a los preceptos que conforman el pliego de condiciones y el desconocimiento de su contenido implica necesariamente una actuación viciada de nulidad que, para los oferentes puede significar la inadmisión de la oferta y para la entidad estatal un acto administrativo cuya legalidad puede ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso administrativa.

**2.1. Criterios de evaluación: principio de transparencia y principio de objetividad en la selección del contratista. Reiteración de jurisprudencia[[10]](#footnote-10).**

Uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación que guiarán al comité conformado para analizar, calificar las propuestas y determinar el adjudicatario del contrato.

El adecuado desarrollo de este aspecto en los pliegos permite la materialización del principio de transparencia que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue[[11]](#footnote-11).

Así mismo, la delimitación de los preceptos que deben guiar la estructuración de las propuestas y la fijación de unos criterios de evaluación claros, permiten que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad sea una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no se sujetará a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones[[12]](#footnote-12). Lo mismo se puede predicar del informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones.

**2.2. Interpretación de los pliegos de condiciones de acuerdo a las reglas de la hermenéutica.**

Ahora bien, es posible que en algunas oportunidades sea necesario acudir a herramientas como la hermenéutica para interpretar algunas disposiciones del pliego de condiciones, bien sea por falta de claridad o por la generalidad de las cláusulas estipuladas. Sobre este tema esta Sala se ha pronunciado con anterioridad, manifestando lo siguiente: *“Pero por supuesto que el pliego de condiciones, como acto jurídico administrativo, es susceptible de ser interpretado de acuerdo con las reglas básicas de la hermenéutica jurídica y una de ellas enseña que si hay generalidad en los términos estos deben entenderse referidos al asunto o materia que se está tratando.[[13]](#footnote-13)”*

En consecuencia, si bien la entidad estatal debe propender por detallar cada una de las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones, nada impide que los proponentes acudan a reglas básicas de interpretación para determinar el alcance de algunos de sus contenidos.

**3. Subsanabilidad.**

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que no en pocas oportunidades los proponentes se encuentran con preceptos confusos cuya interpretación tiende a inducirlos en error, afectando de forma definitiva la calidad de las ofertas presentadas. Así mismo, en otras ocasiones las propuestas son rechazadas por asuntos meramente formales. En ambos casos, ha reconocido este Tribunal que, atendiendo a las disposiciones constitucionales y legales referentes a la función administrativa y a la prelación del derecho sustancial sobre las formalidades, el proponente está facultado para subsanar la oferta.

La subsanabilidad es un derecho, de carácter excepcional, en cabeza del oferente, frente a aquellos aspectos susceptibles de corrección, al respecto, en sentencia del 26 de febrero de 2014, esta Corporación estableció que *“la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que, para la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico”[[14]](#footnote-14).*

Esta prerrogativa encuentra sustento constitucional en el artículo 209, en virtud del cual:

*“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las**autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”*

Con esta disposición, el Constituyente de 1991, pretendió que la administración encaminara sus actuaciones a la consecución del bien común y a que se ciñera a una serie de principios que garantizaran dicho postulado.

Evidentemente la contratación pública está regida por este principio y, por esta razón, cada una de las etapas que se surten en el proceso de selección de un contratista, deben corresponder a los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y moralidad[[15]](#footnote-15); por tanto, cuando sea evidente que las entidades estatales incurren en actuaciones que controvierten dicho postulado, es menester que se permita a los oferentes tomar medidas para equilibrar las cargas y garantizar que el proceso de selección se ciña al interés general.

Bajo esta línea, la administración debe permitir que los proponentes presenten las aclaraciones y explicaciones pertinentes cuando haya lugar a propuestas dudosas como consecuencia de unos pliegos confusos. Al respecto, cabe resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación, ha referido que los requisitos subsanables son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía[[16]](#footnote-16).

Ahora bien, es menester recordar, como fue estipulado en las sentencias anteriormente mencionadas, que la posibilidad de subsanar de ninguna forma confiere a los oferentes la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que el proceso de selección del contratista necesariamente está regido bajo el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión a dicho postulado que, valga recordar, ostenta rango constitucional[[17]](#footnote-17).

**4.- Caso concreto**

Pretende la parte demandante la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 210 del 30 de julio de 2007, proferida por el Departamento de Boyacá, “Por medio de la cual se adjudica la Licitación Pública No. 023 de 2007”, así como la nulidad del contrato No. 315 de 2007, celebrado entre el Departamento de Boyacá y Galvis Fracassi y Cía., S en C. Así mismo requiere que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos actos, se restablezca a la parte actora su derecho contractual violado por la entidad demandante y se le indemnice la utilidad dejada de percibir al no haber suscrito y ejecutado el contrato de obra al que tenían derecho, así como los perjuicios morales y los correspondientes intereses moratorios.

Para fundamentar sus pretensiones, el demandante presenta dos argumentos principales sobre los cuales desarrolla una serie de cuestionamientos a la decisión del Departamento de Boyacá de adjudicar el contrato a Galvis Fracassi y Cía., S en C. En primer lugar, refiere que el Departamento de Boyacá contravino los principios de transparencia y selección objetiva del contratista al rechazar, en el acto de adjudicación y como consecuencia de las observaciones presentadas por el oferente ganador, la propuesta presentada por el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ, argumentando que en el ítem de estudios y diseños se había omitido incluir el IVA.

Sobre este asunto, cuestiona que en los pliegos de condiciones no se hizo referencia a la necesidad de incorporar este impuesto y, además, afirma lo siguiente:

*“En el caso concreto la entidad no individualizó el ítem de estudios y diseños respecto del resto de ítems y no puede pretender que lo hagan los proponentes, cuando ellos tienen que seguir las directrices previamente trazadas por la misma entidad. Al no individualizarlos se da a entender que deben incluirse dentro del presupuesto general y no se puede acoger ni permitir la tesis, dada de manera verbal en la audiencia de adjudicación, en el sentido de que el proponente podía a su arbitrio escoger la forma en que individualizaría el ítem de estudios y diseños y que la manera de incluirlo dentro del presupuesto podía ser libremente escogida por el oferente. Esto quiere decir que el Departamento no estableció unas reglas objetivas para la escogencia de las propuestas para que de la misma manera los ofertantes presentaran propuestas acordes al pliego de condiciones, sino que utilizó criterios subjetivos para la selección del adjudicatario de la licitación.*

*Se entiende que si la entidad estableció que el contrato a realizar era de obra, sin individualizar de una manera clara los estudios y diseños, debería dársele el tratamiento tributario de este tipo de contratos.”* (fls.18 y 19, C.1.)

En segundo lugar, refiere que el proponente ganador no cumplía con los requisitos técnicos estipulados en el pliego de condiciones, toda vez que “*no ofreció el equipo mecánico exigido por los pliegos de condiciones ni en la cantidad, ya que solo oferta 2 cargadores de los 3 exigidos, ni en la forma de acreditación establecida para poder participar en el proceso licitatorio.”* (fl. 9, C.1.).

Ambos argumentos son reiterados por el demandante en la apelación de la sentencia del 4 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y, por ende, deberá esta Sala referirse a ambos asuntos.

**4.1.- Interpretación de las cláusulas del pliego de condiciones. Inclusión del IVA en el ítem de estudios y diseños.**

Respecto del primer argumento esbozado por el demandante es menester reiterar lo expuesto con anterioridad en la parte considerativa de la presente providencia respecto de la interpretación de las disposiciones del pliego de condiciones.

Aduce el demandante que el Departamento de Boyacá no estipuló en los pliegos de condiciones la necesidad de incluir el IVA en el ítem de estudios y diseños; sin embargo, una vez estudiado el pliego se encuentran las siguientes clausulas:

“1.4. *Presupuesto oficial: El presupuesto oficial estimado para la Construcción* (Sic) *de la presente obra, asciende a la suma de $4.361.063.759.oo (Valor que incluye Precio de los Estudios y Diseños* (Sic), *Precio Básico de la Obra* (Sic), *impuestos, administración, utilidades e imprevistos, IVA y en general todos los gastos que ocasione la ejecución del contrato). AIU máximo del 23%.*

*(…) 2.17 Impuestos, administración, imprevistos y utilidades: Dentro del valor de la propuesta, EL PROPONENTE deberá calcular todos los costos y gastos que demande la ejecución de la obra (Impuestos, administración, utilidades, imprevistos, etc.). El AIU no podrá superar el 23%.*

*(…) 2.21 Precios de la oferta: en la preparación de las ofertas, el proponente deberá incluir en sus precios todos los impuestos, derechos y otros cargos que se le causaren por concepto de la ejecución del contrato, los cuales se entenderán incluidos en el precio total de la oferta.* (Subrayas fuera del texto original)

En las disposiciones señaladas se advierte que, si bien la entidad no especifica la inclusión del IVA, sí refiere en reiteradas oportunidades que los proponentes deben incluir todos los impuestos a los que haya lugar.

En una oportunidad anterior, este Tribunal tuvo la oportunidad de referirse a un caso similar, a partir del cual estableció que los pliegos de condiciones podían ser interpretados siguiendo las reglas de la hermenéutica. Sobre el tema que aquí nos ocupa, la sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fechada el 02 de diciembre de 2014, estipuló lo siguiente: “*Por consiguiente si en el pliego de condiciones se menciona de manera general el término impuestos, hay que entender que se hace referencia a aquellos que propia y naturalmente se imponen o gravan los contratos (…)”.* En consecuencia, si bien no se mencionó de forma específica que los proponentes debían incluir el IVA, se entiende que por la naturaleza del ítem de estudios y diseños, dicho impuesto debió ser tenido en cuenta por los oferentes.

En este punto es importante recordar lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá sobre el objeto del contrato que celebró el Departamento de Boyacá y Galvis Fracassi y Cía., S en C, en la providencia que ahora se cuestiona. Uno de los argumentos del demandante para sustentar su tesis según la cual el IVA no era aplicable al ítem de estudios y diseños, consiste en que la entidad administrativa no estaba facultada para contratar simultáneamente la obra de pavimentación de la vía Maripí-Muxo, sector Mandarino-Muzo del PR24+220 al PR31+240, Departamento de Boyacá. Al respecto, el *a-quo* refirió que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 de 1993 consagraba en el inciso 2, numeral 12 del artículo 25 lo siguiente:

*“12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*

 *La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes.”* (Subrayas fuera del texto original).

Dicha disposición consagraba una excepción al deber de las entidades de elaborar con anterioridad a la apertura de procedimiento de selección el contratista o la firma del contrato, los estudios, diseños y proyectos requeridos, consistente en que la entidad estatal podía contratarlos simultáneamente con la elaboración de la obra. Dicha disposición fue derogada expresamente por la Ley 1150 de 2007, sin embargo, le asiste razón al Tribunal Administrativo de Boyacá al señalar que dicha disposición es aplicable al presente caso, puesto que la Ley referida únicamente entró a en vigencia 6 meses después de su promulgación, es decir el 18 de enero de 2008[[18]](#footnote-18) y el proceso licitatorio culminó en julio de 2007. En consecuencia, el Departamento de Boyacá estaba facultado para contratar la obra y los estudios y diseños en un mismo proceso.

Ahora bien, respecto del tratamiento fiscal de ambos asuntos, se acoge la Sala al argumento presentado por el *a quo,* en virtud del cual es menester otorgar el tratamiento fiscal correspondiente a los diversos asuntos que hacen parte de la relación contractual. En concordancia con lo anterior, no le asiste razón cuando asevera que al ítem de estudios y diseños debía otorgársele el mismo tratamiento fiscal que al contrato de obra.

Al respecto, es importante recordar que los contratos de consultoría no están expresamente excluidos del artículo 476 del Estatuto Tributario y por tanto se encuentran gravados con el IVA. También es pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que define este tipo de contratos de la siguiente forma: *“son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.”*

Ahora bien, para finalizar este asunto, considera la Sala pertinente estudiar las observaciones presentadas por GALVIS FRACASSI Y CÍA S EN C en las se cuestiona la falta de inclusión del IVA en la propuesta del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ y, respecto de los demás proponentes se señala lo siguiente:

*“En la oferta del CONSORCIO COLOMBIA 2007, el proponente manifiesta que el valor de los estudios y diseños incluye el IVA, no en vano este capítulo fue incluido en los costos directos de la oferta, para posteriormente calcular el AIU (costos indirectos), se observa en la propuesta económica que este AIU afecta el IVA incluido en el mencionado capítulo, generando utilidad sobre el impuesto al valor agregado IVA, administración sobre el IVA e imprevistos sobre el mismo impuesto, lo que genera automáticamente la no admisibilidad de la oferta.*

*(…) En la oferta del CONSORCIO HM CONSTRUCTORES, el proponente además de no incluir el IVA sobre el capítulo estudios y diseños, incluye el IVA sobre la utilidad desconociendo lo previsto en los artículos 15 de la Ley 17 de 1992 y 100 de la Ley 21 de 1992 en el cual se excluyen de IVA sobre la utilidad los contratos de obra pública celebrados con entidades territoriales y/o entidades descentralizadas del orden Departamental, Distrital y Municipal, lo que genera automáticamente la no admisibilidad de la oferta.”*

Según lo anterior, es claro que los demás proponentes efectivamente incluyeron el IVA en sus propuestas, pero incurrieron en errores que dieron lugar a la inadmisión de las mismas.

En consecuencia, no encuentra esta Sala que le asista razón al demandante al afirmar que la administración hizo incurrir en error a los proponentes al exigir la inclusión del IVA en el ítem de estudios y diseños y que la selección del contratista estuvo viciada puesto que al momento de la adjudicación se incluyeron criterios de carácter subjetivo para inadmitir la propuesta del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ.

**4.2.- Incumplimiento de los requisitos técnicos por parte del adjudicatario.**

Refiere el demandante que la propuesta presentada por GALVIS FRACASSI Y CÍA, S en C, no cumplía con las especificaciones técnicas plasmadas en el pliego de condiciones y, por ende, debió ser inadmitida. Al respecto, señala que dicho proponente omitió ofrecer el equipo mecánico exigido por los pliegos de condiciones, toda vez que solo ofertó dos de los tres cargadores exigidos.

Valga advertir desde ya que la Sala no se pronunciara sobre este cargo, puesto que el en acervo probatorio no obran los documentos pertinentes para verificar las aseveraciones del demandante. De la misma forma, no es posible evaluar las ofertas de forma comparativa, toda vez que las mismas no fueron anexadas en su totalidad.

Dado que era deber del demandante aportar los documentos pertinentes para probar los cargos esbozados en la acción, procederá esta Sala a negar las pretensiones atinentes a este punto.

**4.3.- Resolución del caso.**

De acuerdo con las consideraciones expuestas a lo largo de la presente providencia, considera la Sala apropiado confirmar la sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 11B del Tribunal Administrativo de Boyacá el 04 de septiembre de 2014. Lo anterior, por cuanto el demandante no logró desvirtuar la legalidad de la Resolución 210 del 30 de julio de 2007, proferida por el Departamento de Boyacá y, así mismo, tampoco logró demostrar que el CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ hubiese presentado la mejor propuesta en el proceso de Licitación Pública No. 023 de 2007.

Además de adherirse a los argumentos expuestos por el Tribunal, esta Sala le otorga razón a la entidad administrativa respecto de la inadmisión de la propuesta del demandante, puesto que una vez se realiza el ejercicio matemático para incluir el IVA y determinar el precio total de la propuesta, se evidencia un incremento sustancial en el valor de la misma:

|  |
| --- |
| **PROPUESTA CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ** (sin IVA) |
| **Estudios y diseños** (valor total sin IVA) | $57.600.000,00 |
| **Costo Directo** | $3.517.960.330,000 |
| **AIU 23%**  | $809.130.578,900 |
| Total presupuesto: | $4.327.091.205,900 |

|  |
| --- |
| **PROPUESTA CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ** (con IVA) |
| **Estudios y diseños** (valor total con IVA) | $66.816.000 |
| **Costo Directo** | $3.527.176.330,000 |
| **AIU 23%**  | $809.130.578,900 |
| Total presupuesto: | $4.336.307.205,900 |

De los cuadros anteriores se evidencia que con la inclusión del IVA, la oferta aumenta en $9.216.000, asunto que de ninguna forma es subsanable, pues está directamente ligado con la asignación del contrato. Así mismo, comparando la propuesta del CONSORCIO VÍAS DE BOYACÁ con la de GALVIS FRACASSI Y CÍA S en C, se encuentra que, de acuerdo al valor total de la oferta, el segundo proponente es quien plantea condiciones más favorables para la entidad frente al precio de la propuesta:

|  |
| --- |
| **PROPUESTA GALVIS FRACASSI Y CÍA S en C** |
| **Estudios y diseños** (valor total con IVA) | $50.112.000,00 |
| **Costo Directo** | $33.475.954.256,08 |
| **AIU 23%**  | $799.469.478,90 |
| Total presupuesto: | $4.325.535.734,98 |

Adicionalmente, es importante recordar que, como se expuso al inicio de esta providencia, el Departamento de Boyacá fijó en el numeral 3.8 de los pliegos de condiciones, los siguientes criterios para determinar la admisibilidad de la oferta:

* *Cuando en el presupuesto general de una propuesta no se presente alguna actividad o ítem, esta propuesta será descartada automáticamente.*
* *Si al corregir los productos de cantidades de obra por los precios unitarios y las sumas para obtener los valores corregidos de cada propuesta, resultan valores corregidos diferentes al ajuste al peso, por exceso o por defecto del valor sin corregir de la propuesta, ésta se eliminará inmediatamente.*
* *Una vez revisadas las propuestas se hará un cuadro que contenga los valores corregidos de cada una.*
* *Las propuestas que hayan aprobado la revisión de precios unitarios descrita seguirán concursando.* (Subrayas fuera del texto original).

En consecuencia, se confirmará integralmente el fallo proferido por el *a-quo.*

**5.- Costas**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera – Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de la Sala de Decisión No. 11B del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas.

**QUINTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrada Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente Sala Subsección C**

1. Folios 2-25, c1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 33, C2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 166-188, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)
5. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230. [↑](#footnote-ref-5)
6. Este asunto ha sido tratado previamente en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Expedientes: 25.592, 23.735, 25.751, 27.885, 54.069 y 51.376. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre el particular, vale la pena resaltar lo dicho por la Subsección C de la Sección Tercera de este Tribunal en sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 40.660, en la que se estableció lo siguiente, respecto de la naturaleza del pliego de condiciones y las características de las disposiciones que lo componían*: “Dichas reglas constituyen una garantía de objetividad en el proceso de selección, razón por la cual se exige que estas sean “claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título”* [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 8031 y [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp. 25.751. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp: 40.660 yConsejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Exp: 25.804. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp. 40.660. [↑](#footnote-ref-16)
17. Constitución Política de Colombia, artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 33 de la Ley 1150 de 2007: Artículo 33. Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6o que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación. [↑](#footnote-ref-18)