**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Precontractuales - Separables - Definición**

La Sala considera pertinente precisar que según la doctrina nacional, son actos administrativos precontractuales o separables del contrato “todas las decisiones o declaraciones unilaterales que se profieren al inicio, trámite y finalización del procedimiento de selección del contratista y, por ende, hasta antes de la celebración de un contrato estatal, pero con ocasión y para el nacimiento de ese contrato, en relación con lo cual produce un efecto jurídico directo e inmediato, preparando e impulsando su celebración. Se dan en la denominada etapa precontractual. Adquieren existencia propia e independiente de este”.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Impugnación - Acto que declara la no admisión de la oferta**

De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará lo decidido por el a quo, esto es, en el caso bajo examen procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, en cuyo análisis de legalidad se deberá estudiar lo correspondiente a la declaratoria de no admisibilidad de la oferta presentada por la parte actora y la consecuente determinación de la mejor propuesta. En efecto, si bien fue en la audiencia de adjudicación que la entidad tuvo por no admisible la oferta de la unión temporal demandante, esa decisión no fue definitiva, sin embargo, según el dicho de la demanda, incidió en la decisión final de adjudicación, de la que se desprende la presunta vulneración de los derechos a la parte actora, razones suficientes para continuar con el estudio de la acción, máxime porque no está acreditado en el expediente, la celebración del correspondiente contrato de manera previa a la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que para el año 2003, estaba en vigencia la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por la Ley 446 de 1998.

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Cómputo - Término de caducidad**

En concordancia con lo anterior, se tiene que frente a la caducidad de la acción, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos, como los que en esta oportunidad se demandan, es de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, notificación o publicación. En el caso bajo examen, se advierte que el 9 de septiembre de 2003 -fecha en la cual se adelantó la audiencia de adjudicación-, se comunicó a los oferentes que la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, tramo II, sería adjudicada a la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A. (acta de audiencia de adjudicación del 9 de septiembre de 2003, f.150-164 c.1). Por lo tanto, al contabilizar los 30 días hábiles con que contaba la parte actora para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que vencían el 22 de octubre de 2003 y dado que la demanda se presentó en esa fecha (f.1-44 c.1), es evidente que no había fenecido la oportunidad para incoar la acción, porque, se reitera, no obra constancia en el expediente de la suscripción del correspondiente contrato, razón por la cual, se continuará con el análisis de la controversia.

**PLIEGOS DE CONDICIONES - Condiciones - Términos de referencia**

La Sala reitera que los pliegos de condiciones o términos de referencia determinan los parámetros técnicos, jurídicos y financieros que deben observar, tanto la entidad que adelanta el proceso, como quienes participan en él, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines estatales a través de los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad. En ese sentido, los referidos pliegos contienen los derechos y deberes de los intervinientes durante la etapa previa, de ejecución y terminación del negocio jurídico, haciéndose parte integral de éste.

**MULTAS - Sanción ambiental - Reporte**

La Sala advierte que contrario a lo que sostuvo la parte actora, sí era necesario que se reportara la multa equivalente a 175 salarios mínimos mensuales legales vigentes, impuesta por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- a la Concesión Vial de Cartagena Ltda. , mediante la Resolución n.º 0660 del 19 de noviembre de 2001 que fue confirmada por la Resolución n.º 0062 del 12 de febrero de 2002 y, en consecuencia, se encontraba en firme –ver supra pár. 14.13, f.1420 c.4)-. En efecto, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, en las circunstancias que tuvo en cuenta para la imposición de la multa, sostuvo que la Concesión Vial de Cartagena Ltda. –de la que era parte la sociedad Álvarez y Collins S.A., integrante de la unión temporal demandante-, violó el ordenamiento jurídico ambiental ante el incumplimiento de la mayoría de las obligaciones de la Licencia Ambiental del proyecto Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la variante de Cartagena.

**PLIEGO DE CONDICIONES - Experiencia exitosa - No exitosa - Efectos de determinar el cumplimiento del oferente**

La jurisprudencia de la Sección señaló que la entidad está en la posibilidad de rechazar una oferta, en aquellos eventos en los que el incumplimiento de requisitos impida la comparación objetiva (…) la Sala advierte que el pliego de condiciones es claro y preciso respecto de la experiencia exitosa y no exitosa, para efectos de determinar el cumplimiento del oferente, razón por la cual no le asiste razón al recurrente frente al argumento de que tales numerales eran confusos y ambiguos, circunstancia que los llevó a concluir que no era necesario informar sobre ese punto en su propuesta, tal como quedó demostrado en líneas precedentes. En conclusión, para la Sala no está acreditado que en el caso en examen, se hayan quebrantado los principios de transparencia y selección objetiva dentro de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, en consideración a que la información inexacta contenida en la oferta de la Unión Temporal NQ SUR 2003, conllevaba a que fuera catalogada como no aceptable y, por lo tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por esos cargos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02200-00(37699)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL NQ SUR 2003**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –I.D.U.-**

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

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 18 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La parte actora solicitó la nulidad de la decisión adoptada por el Instituto de Desarrollo Urbano en la audiencia pública de adjudicación dentro de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, por medio de la cual, se consideró como “*NO ACEPTABLE”* la propuesta presentada por la Unión Temporal NQ SUR 2003. De igual forma, solicitó la nulidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó la referida licitación a la promesa de sociedad futura TRANSNQS SUR S.A.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2003 (f.1-44 c.1), las sociedades Álvarez y Collins S.A. y Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V Y C Ltda. y el señor Sergio Torres Reatiga, como integrantes de la Unión Temporal NQ SUR 2003, a través de apoderado, presentaron oportunamente demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Desarrollo Urbano – I.D.U.-, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“****PRIMERA.-*** *Decretar la nulidad de la decisión adoptada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” en la Audiencia de Adjudicación celebrada el día 9 de septiembre de 2003, mediante la cual se declaró que la oferta presentada por la Unión Temporal NQ SUR 2003, integrada por las sociedades Álvarez Collins S.A. y vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V y C Limitada y el ingeniero Sergio Torres Reatiga, era* ***NO ACEPTABLE*** *y, en consecuencia, no debía ser considerada admisible para participar en la evaluación económica que determinaba la adjudicación.*

***SEGUNDA.-*** *Decretar la nulidad, tanto del acto o decisión emanado del representante legal del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” en la Audiencia de Adjudicación, en el sentido de seleccionar como la propuesta más favorable la de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA TRANSNQS SUR S.A., así como la nulidad de la resolución n.º 7256 de 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-015-2003 a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA TRANSNQS SUR S.A., cuyo objeto consistió en la adecuación de la troncal NQS al Sistema Transmilenio, Tramo 2, en la ciudad de Bogotá D.C.*

***TERCERA.-*** *Que como consecuencia de la nulidad que se decrete, se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- a pagar a la UNIÓN TEMPORAL NQ SUR 2003, el monto de los perjuicios sufridos al no habérsele adjudicado el Tramo 2 de la licitación pública IDU-LP-DTC-015-2003, daño calculado en la suma de doce mil ciento cincuenta y nueve millones con cincuenta pesos ($12 159 000 050) moneda legal, que corresponde al valor de la UTILIDAD dejada de percibir por la referida UNIÓN, según su estimación razonada.*

*El verdadero valor de esta pretensión, resultará del dictamen que rindan los peritos en desarrollo de la prueba pericial solicitada en el acápite de pruebas de este libelo de la demanda.*

***CUARTA.-*** *Que las sumas pretendidas se actualicen a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la fecha en que se ocasionó el perjuicio, 9 de septiembre de 2003, y la época de la sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección.*

***QUINTA.-*** *Que las sumas pretendidas devenguen intereses corrientes a la tasa máxima permitida por el ordenamiento superior, para los contratos estatales, desde la fecha en que se ocasionó el perjuicio, 9 de septiembre de 2003, y la época de la sentencia que haga tránsito a cosa juzgada.*

***SEXTA.-*** *El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU- pagará a la UNIÓN TEMPORAL NQ SUR 2003, intereses moratorios, de acuerdo con lo establecido en el art. 177 del C.C.A.”*

2. La parte actora presentó como fundamento fáctico de su demanda lo siguiente:

2.1. En el marco del convenio interadministrativo suscrito por el Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.- y Transmilenio S.A., el 20 de septiembre de 2001, el primero de ellos expidió la resolución n.º 3836 del 5 de mayo de 2003, en la que ordenó la apertura de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, con el objeto de contratar la adecuación de la Troncal NQS-sector sur al sistema Transmilenio, de la calle 10 hasta la avenida Ciudad de Villavicencio.

2.2. El pliego de condiciones fue modificado en tres oportunidades a través de adendos y también fue objeto de aclaración en los términos allí señalados, sin que cambiara lo originalmente consignado frente a la “*experiencia exitosa”* y la “*experiencia no exitosa”.*

2.3. La Unión Temporal NQ SUR 2003 entre otros, presentaron ofertas en la referida licitación para el Tramo 2, respecto de las cuales la entidad solicitó aclaración.

2.4. La Dirección Técnica Legal -Subdirección de Licitaciones y Contratos- emitió la evaluación inicial, conforme a la cual, todos los oferentes cumplían con los criterios de orden legal, financiero y técnico, por lo que las propuestas eran hábiles o admisibles para participar en la media geométrica. Así, se afirmó en la demanda que la actora quedaba en el primer puesto del orden de elegibilidad, según la calificación del factor de escogencia relativo al precio.

2.5. Dicho informe fue revisado por el Comité Contractual Extraordinario, que determinó que los proponentes cumplieron con los requisitos de orden legal, financiero y técnico y aprobó la evaluación inicial para que pasara a la etapa de observaciones y contra observaciones de los participantes.

2.6. El proponente, promesa de sociedad futura TRANSNQS S.A., fue la única que formuló observaciones a los informes de evaluación de las ofertas presentadas por el consorcio TRONCAL NQS SUR Tramo 1 y la unión temporal demandante. Respecto de esta última, manifestó que uno de sus miembros –la sociedad Álvarez y Collins S.A.-, fue multado por la Dirección General Marítima de la Capitanía del Puerto de Cartagena y por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique “Cardique”, dentro del contrato n.º 0868804 de 1998, que fue relacionado por la proponente como experiencia exitosa.

2.7. En cumplimiento del pliego de condiciones, la entidad puso a disposición de los oferentes las observaciones, razón por la que la Unión Temporal NQ SUR 2003, desvirtuó los argumentos en que se fundamentaron las observaciones a su propuesta, bajo el entendido que *“las sanciones o multas que tornan la “experiencia en no exitosa”, corresponden a las originadas en virtud de un contrato, público o privado, y no a sanciones surgidas de otro tipo de relaciones”.*

2.8. Adicionalmente, el I.D.U. solicitó a la actora, la remisión de los soportes que acreditaran el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, que fueron allegados junto con las certificaciones expedidas por las cámaras de comercio donde estaban inscritos sus miembros, en los que se podía verificar que ninguno había sido reportado como moroso, según las exigencias establecidas en la Ley 789 de 2002.

2.9. No obstante lo anterior, la entidad ofició a las entidades recaudadoras de los aportes, para que entregaran los datos correspondientes de cada uno de los integrantes de la unión temporal. En la demanda se resaltó que tal trámite se hizo solo frente a la demandante.

2.10. El 5 de septiembre de 2003, el Comité Contractual Extraordinario del I.D.U., aprobó unánimemente el informe que concluyó que la propuesta presentada por la actora, era no aceptable.

2.11. La audiencia de adjudicación se celebró el 9 de septiembre siguiente, en la que se dio respuesta a las observaciones, ratificando la decisión de modificar el concepto legal y técnico de la propuesta de la actora, para tenerla como no aceptable. La Unión Temporal NQ SUR 2003, controvirtió dicha disposición, sin embargo, la misma se mantuvo, con lo que cambió el orden de elegibilidad y, en consecuencia, la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, Tramo 2, fue adjudicada a la promesa de sociedad futura TRANSNQS SUR S.A., que fue notificada personalmente el 16 de septiembre de 2003.

2.12. Con base en lo anterior, aseguró que el I.D.U. modificó el pliego de condiciones y aclaró el alcance de la cláusula de la “*experiencia exitosa*” y la “*experiencia no exitosa*”.

2.13. Finalmente, en la demanda se acusó la violación de los artículos 2 y 90 de la Constitución Política, 24 numerales 5 y 7, 26 numeral 3, 25 numeral 15, 29 y 50 de la Ley 80 de 1993 y 3 del Decreto 01 de 1984, bajo el entendido de que la propuesta presentada por la unión temporal NQ SUR 2003 era la más favorable conforme a los pliegos de condiciones de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, razón por la cual tenía el derecho a obtener la adjudicación. Agregó que los motivos aducidos por la entidad para no seleccionar la oferta, no estaban clara y expresamente establecidos en el referido pliego, máxime porque respecto de la multa impuesta a uno de los integrantes, se hizo una interpretación que no guardó relación con el criterio de experiencia no exitosa y lo mismo aconteció con los aportes parafiscales.

2.14. Agregó que el clausulado relativo a la experiencia exitosa y no exitosa, no fue claro ni completo como lo exige el principio de transparencia que rige la contratación estatal, lo que llevó a que tal requisito fuera interpretado según la voluntad del I.D.U. con lo que dejó de ser objetivo, muestra de ello era que en los procesos posteriores había modificado la redacción de esa exigencia. Puso de presente que de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Corporación, las cláusulas ambiguas o confusas, deben ser dilucidadas en contra de la entidad.

2.15. Señaló que la adjudicación a un proponente diferente a la unión temporal, violó el principio de selección objetiva, porque la decisión de declarar su propuesta como inadmisible, fue en contravía de lo dispuesto en el ordenamiento superior, sumado al hecho de que el requerimiento sobre información del pago de parafiscales en los términos de la Ley 789 de 2002, resultó desproporcionado y se convirtió en un trato desigual frente a los demás proponentes, respecto de quienes no recayó esa verificación. Sumando a lo anterior, resaltó que no era un factor de comparación, su ausencia no era causal de rechazo y los documentos que ya habían sido aportados en la propuesta, demostraban que al momento de presentación de la oferta, estaban a paz y salvo por ese concepto, circunstancia que debió prevalecer sobre un aspecto formal, como era el de “*no allegar con la propuesta un documento que se relacionaba con un acuerdo de pagos de dichos aportes”*.

**II. Trámite procesal**

3. El 29 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la demanda y citó como litisconsorte necesario por pasiva a las sociedades Construcciones El Cóndor y Construcciones Civiles S.A. y a los señores Luis Alberto González Torres y Ana María Jailler Correa, como integrantes de la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A. (f.54-55 c.1). Los demandados contestaron en los siguientes términos:

3.1. El Instituto de Desarrollo Urbano -I.D.U.-, se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que el numeral 4.1 del pliego de condiciones contenía el requisito de experiencia exitosa y no exitosa, que no fue objeto de discusión y se entendió por los demás proponentes en forma clara, mientras que los demandantes polemizaron el tema. Adicionalmente, se verificó que uno de los integrantes de la unión temporal, fue objeto de multa por incumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas de un contrato que referenciaron como experiencia exitosa. Aceptó que inicialmente, el resultado de la evaluación fue que todas las propuestas estaban habilitadas, sin embargo, esa situación se modificó con ocasión de las observaciones. Propuso como excepción la de *provisión de legalidad del trámite del proceso licitatorio* *y del acto administrativo de la licitación pública IDU-LP-DTC-015-2003,* con fundamento en que se dio aplicación al pliego de condiciones, razón por la cual no era posible tener como experiencia exitosa, un contrato en el que se impuso una multa derivada del aspecto ambiental (f. 124-190 c.1).

3.2. Construcciones El Cóndor S.A. y Ana María Jaillier Correa, indicaron que los pliegos de condiciones eran claros en lo referente a la experiencia exitosa o no exitosa. Agregaron que en virtud del principio de transparencia, la entidad estaba facultada para solicitar la información adicional que considerara necesaria, razón por la que, con base en las observaciones, el I.D.U. ofició a las autoridades correspondientes con el fin de verificar las sanciones que se alegaron como impuestas a uno de los integrantes de la unión temporal demandante, en un contrato anterior y que fue registrado como experiencia exitosa, de cuyo resultado y en aplicación del numeral 5.6 del pliego de condiciones, se evidenció que la propuesta de la parte actora contenía datos inexactos, convirtiéndose en no aceptable. De igual forma, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones: i) *falta de legitimación por pasiva,* en consideración a que los adjudicatarios no tuvieron participación alguna en la expedición del acto administrativo con el que se culminó el proceso de licitación, sumado a que de conformidad con la doctrina nacional y el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en el caso no se configuró un Litis consorcio necesario, porque lo que está en discusión es la resolución de adjudicación y no la relación sustancial derivada del contrato, evento que los convierte en intervinientes adhesivos en los términos del artículo 52 *ibídem*; ii) *legalidad de la resolución n.° 7256 del 9 de septiembre de 2003,*  porque no existían elementos que desvirtuaran la presunción que sobre aquella recaía, según los preceptos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo; iii) *ineptitud sustantiva de la demanda,* dado que no se podían alegar pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y ubicar el término de caducidad dentro de la acción contractual (f. 102-123 c.1).

3.2.1. Como razones de defensa, reiteraron lo concerniente a que la entidad salvaguardó los principios de selección objetiva y transparencia, bajo el entendido de que era claro el requisito de experiencia exitosa, por lo que con ocasión de las observaciones presentadas, el I.D.U. desplegó actividades tendientes a establecer las circunstancias en que se generaron las multas ambientales sobre uno de los integrantes de la unión temporal demandante, determinando que fue dentro de la relación contractual y que si bien, no fue impuesta por la entidad, sí devino de su ejecución.

4. En primera instancia se practicó el dictamen pericial solicitado por la parte actora (f. 196-198 c.1), cuyo objeto era (f. 40 c.1):

*[p]ara que peritos expertos en la materia dictaminen y establezcan, con fundamento en los documentos idóneos, a cuánto asciende la cuantía de la utilidad que hubiera percibido mi representada de haber sido adjudicataria del contrato correspondiente a la LICITACIÓN PÚBLICA IDU-LP-015-2003, así como determinar los ajustes, intereses y actualizaciones del respectivo monto al momento de rendir el peritaje solicitado y su proyección a la fecha de la sentencia.*

*Igualmente, en desarrollo del experticio, los peritos expertos deberán hacer la evaluación económica de que trata el numeral 7.4 del pliego de condiciones, aplicando las reglas y disposiciones contenidas en los numerales 7.4 “Factor Económico”, 7.4.2 Límite de Rechazo y Asignación de puntaje, 7.4.2.1 “Determinación de Límite de Rechazo para el Factor Económico” y 7.4.2.2 “Asignación de Puntaje”, considerando para efectos del dictamen como* ***ADMISIBLE o ELEGIBLE*** *la propuesta de mi representada y determinar en conjunto con los demás factores de evaluación señalados en el pliego de condiciones, el orden de elegibilidad correspondiente y cuál hubiera sido la oferta favorecida con la adjudicación.*

4.1. El dictamen fue realizado por un ingeniero civil (f. 128-381 c.2), quien concluyó que la posible utilidad total esperada por la actora era del 10%, cuantificada en $70 296 395 207 para marzo de 2005. Adicionalmente, señaló que si la propuesta de la unión temporal demandante hubiera sido tenida en cuenta, habría obtenido el puntaje máximo correspondiente a 995 puntos, con lo que ganaría la licitación (f.1-16 c.17).

4.2. El I.D.U. solicitó la aclaración y complementación del dictamen respecto de varios puntos; sobre los cuales, el auxiliar de la justicia se pronunció (f.215, 219-222 c.1). El tribunal corrió traslado de la aclaración, término dentro del cual, la entidad **objetó por error grave** el dictamen (f.225-232, 233-236 c.1).

4.3. Las razones en que el I.D.U. fundamentó su objeción al dictamen, consistieron en que para la cuantificación de los perjuicios económicos solicitados por la parte actora, el perito utilizó una fórmula de utilidad relacionada con proyectos similares, de donde se desprendía que sus cálculos eran hipotéticos, lo que les restaba certeza y objetividad, en concordancia con el hecho de que se trataba de un contrato de concesión de obra pública, en el que la regla general era que la remuneración del contratista se calculaba en términos de recuperación o retorno de su inversión en el proyecto. Adicionalmente, cuestionó que en el dictamen se presentaron las utilidades de las actividades de construcción, complementarias a la construcción y financiera. En lo referente a la calificación económica de la propuesta de la parte actora, contenida en el dictamen, reiteró que aquella no se llevó a cabo por la entidad porque resultó no aceptable en los términos del numeral 7.4. del pliego de condiciones.

5. Una vez se agotó el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se ***corrió traslado a las partes para alegar*** (f. 250 c. 1), oportunidad en la que reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones, respectivamente (f.251-262, 263-266, 267-273 c.1).

6. El 18 de junio de 2009, se profirió ***sentencia******de primera instancia*** (f. 304-326 c. ppal.)[[1]](#footnote-1), en la que el *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda.

6.1. El *a quo* señaló que en el caso de la referencia era procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a que se pretendía la anulación del acto administrativo de adjudicación del proceso licitatorio en que participaron los demandantes. Se advirtió que si bien, la decisión de declarar su oferta como no admisible era un acto de *“mero trámite”,* se realizaría el análisis correspondiente, bajo el entendido de que era parte integral del acto objeto de controversia. En la misma línea, señaló que dado que la acción se ejerció dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación del acto, estaba dentro del término previsto para el efecto, toda vez que no se acreditó en el expediente que el contrato hubiera sido suscrito con anterioridad a la presentación de la demanda. Finalmente, indicó que no prosperaba la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que los integrantes de la promesa de sociedad adjudicataria fueron vinculados en calidad de Litis consortes necesarios, porque las resultas del proceso podrían afectar eventualmente sus derechos, sumado a que la determinación de quién debe responder por el efecto dañino de un acto administrativo, escapaba de la ponderación de la legitimación de las partes.

6.2. Sobre el fondo del asunto, el *a quo* concluyó que la oferta de la actora era no aceptable de conformidad con las reglas fijadas en el pliego de condiciones de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, porque de su contenido, así como de la información remitida en el curso del proceso licitatorio por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, dentro del contrato n.º 0868804, en el que tuvo participación la sociedad Álvarez Collins S.A. y que se referenció como experiencia exitosa, se originó una sanción administrativa por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental, que si bien no fue impuesta por la entidad contratante, si se dio en el marco de la relación contractual.

6.2.1. Aclaró que contrario a lo afirmado por la parte actora, esa sanción era un aspecto relevante para efectos de acreditar la experiencia contractual, porque demostraba las calidades y la forma en que se ejecutó un contrato similar. Agregó que la unión temporal debió informar sobre esa particularidad en la propuesta y las razones por la cuales no consideraba que se afectaba la experiencia exitosa, toda vez que era requisito determinar la imposición o no de sanciones al contratista dentro de los negocios jurídicos con que se pretendía sustentar la oferta.

6.3. Frente a la inconsistencia de pagos por seguridad social y parafiscales, se resaltó que en la propuesta de la parte actora, obraba un documento suscrito por el señor Sergio Torres Reatiga, conforme al cual declaró no haber tenido empleados a su cargo durante los meses de enero a mayo de 2003, sin embargo, con las contra-observaciones, se allegó el recibo de liquidación de aportes al SENA correspondiente a esa época, lo que permitió concluir a la entidad que el integrante de la unión temporal incurrió en una inconsistencia, sumado al hecho de que la sociedad Álvarez Collins S.A., no informó en su certificación que había suscrito un acuerdo de pago por ese motivo, circunstancias que permitieron que el I.D.U. en uso de las facultades contempladas en los numerales 5.5 y 5.6 del pliego de condiciones, tuviera como no admisible la oferta.

6.4. Señaló que la parte actora no desvirtuó la calificación obtenida por la adjudicataria, quien obtuvo el puntaje más alto permitido luego de la evaluación y verificación de requisitos, esto es, fue calificada plenamente, por lo que tampoco demostró que su propuesta era la mejor. En este punto, manifestó que se practicó un dictamen pericial que fue objetado por error grave respecto de la cuantificación de los perjuicios, en consecuencia, solo se evaluaría en el evento de que procediera la indemnización a favor de la parte actora, sumado a que en ese mismo experticio, se indicó que para determinar la admisibilidad de la propuesta, debían cumplirse una serie de requisitos de participación, los cuales no fueron superados por la unión temporal, como se acreditó en el expediente.

6.5. Con los argumentos esbozados de manera precedente, el *a quo* también negó la nulidad, al considerar que no se vulneraron los artículos 24, numerales 5 y 7, 25 numeral 15, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993 y 3 del Código Contencioso Administrativo, haciendo énfasis en que el pliego de condiciones señaló reglas claras para la determinación de experiencia y las circunstancias en que el I.D.U. podía excluir el análisis de una propuesta. Agregó que no era válida la interpretación del demandante, frente al alcance de la sanción ambiental y su incidencia en el estudio de la experiencia exitosa exigida, de modo que el reporte de la referida sanción en la oferta, era relevante para la comparación objetiva de las propuestas.

6.6. De igual forma, señaló que la parte actora no controvirtió el análisis de las demás propuestas admisibles para estructurar una falta de selección objetiva, sumado al hecho de que incurrió en inconsistencias u omisiones en el reporte de pagos parafiscales, por lo que era procedente tenerla como no aceptable, al comprobar que la información adjuntada no era veraz.

6.7. En consecuencia, concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad y veracidad inherente al acto administrativo, por lo que no se accedería a las pretensiones de la demanda.

7. La anterior decisión fue **apelada** en tiempo por la parte demandante (f. 328, 341-351 c. ppal.), que en síntesis sustentó su desacuerdo con la decisión de la siguiente forma:

7.1. Adujo que el *a quo* motivó la providencia impugnada, en que la decisión contenida en el acta de adjudicación era de trámite, razón por la que sostuvo que de conformidad con el artículo 32 de la ley 446 de 1998, todos los actos anteriores a la celebración del contrato son demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de modo que no se entendía el por qué la pretensión elevada no resultaba procedente, máxime si la segunda pretensión buscaba específicamente la nulidad de la resolución n.° 7256 del 9 de septiembre de 2003.

7.2. Manifestó que contrario a las conclusiones a que arribó el juzgador de primera instancia, la cláusula del pliego de condiciones que contenía los preceptos de experiencia no exitosa, carecía de claridad y reiteró los argumentos conforme a los cuales, la entidad no podía interpretarla para señalar que las sanciones podrían ser de todo tipo y emanadas de cualquier autoridad, porque llevaría a que infracciones de tránsito que se impusieran a las volquetas utilizadas para la ejecución de la obra contratada, tuvieran la relevancia de convertir la experiencia en no exitosa. Agregó que las cláusulas confusas del pliego de condiciones y por ende, del contrato, se deben dilucidar en contra de la entidad.

7.3. Señaló que estaba demostrado que la parte actora presentó la mejor propuesta y que el adjudicatario no debió obtener la máxima calificación, porque tal como se concluyó en el dictamen pericial, sin la decisión de no admisibilidad de la oferta, la suya habría quedado en el primer puesto del orden de elegibilidad, tal como lo concluyó el dictamen pericial.

7.4. Finalmente, manifestó que el I.D.U. sí contaba con toda la información necesaria en torno a los parafiscales y el acuerdo de pago de uno de los integrantes de la unión temporal demandante, derivados de los requerimientos a la oferente y a las entidades encargadas del registro de dichos pagos. Agregó que la razón aducida en la audiencia de adjudicación, para fundamentar la decisión de no aceptable en este tópico, era que las copias estaban ilegibles, pasando por alto que tal situación tenía el carácter de subsanable, por lo que podían aportarse con posterioridad.

7.5. Resaltó que la entidad aceptó en la audiencia de adjudicación, que el otro integrante de la unión temporal, de quien se reprochó el pago de aportes parafiscales, no se encontraba obligado a cancelarlos.

7.6. Finalmente, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y se concedieran las pretensiones de la demanda.

8. Luego de que se admitiera el recurso (f. 353 c. ppal.), se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 355 c. ppal.), oportunidad en la que el I.D.U. y la parte actora, reiteraron sus argumentos (f. 356-365, 366-389 c. ppal.). Sin embargo, la demandante agregó que no informó sobre la sanción ambiental como lo afirmó el *a quo,* porque no entendieron que eso debía hacerse, precisamente ante la falta de claridad del pliego de condiciones en lo concerniente a experiencia exitosa y no exitosa, sumado a que de conformidad con el dictamen pericial, sí estaba acreditado que su oferta era la mejor, porque tenía el factor económico más bajo presentado, sumado al puntaje obtenido en la evaluación de cumplimiento y aseguramiento de la calidad.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

9. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida para que un asunto sea conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, es la que exceda de 100 S.M.L.M, y en el presente caso, la mayor de las pretensiones asciende a la suma de $ 12 159 000 050,oo, por concepto de la utilidad dejada de percibir al no ser la adjudicataria de la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, razón por la cual, supera el monto exigido para el efecto (f. 25, 43 c. 1).

**II. De la procedencia y oportunidad para incoar la acción**

10. La Sala advierte que contrario a lo afirmado por el recurrente, el *a quo* no declaró la improcedencia de la acción frente a la pretensión de nulidad de la decisión de no admisibilidad de su propuesta en la audiencia de adjudicación, esto es, si bien indicó que se trataba de un acto de “*mero trámite”*, lo cierto es que analizó su contenido con ocasión de la solicitud de nulidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003.

10.1. En ese orden de ideas, la Sala considera pertinente precisar que según la doctrina nacional, son actos administrativos precontractuales o separables del contrato “*todas las decisiones o declaraciones unilaterales que se profieren al inicio, trámite y finalización del procedimiento de selección del contratista y, por ende, hasta antes de la celebración de un contrato estatal, pero con ocasión y para el nacimiento de ese contrato, en relación con lo cual produce un efecto jurídico directo e inmediato, preparando e impulsando su celebración. Se dan en la denominada etapa precontractual. Adquieren existencia propia e independiente de este*”[[2]](#footnote-2).

10.2. El alcance de dicho concepto fue precisado por esta Sección, bajo el entendido de que los actos que son impugnables como separables del contrato, son aquellos que resultan definitivos o impiden continuar con el proceso de selección. En efecto, se indicó[[3]](#footnote-3):

*1.1.4. Los actos precontractuales y su enjuiciamiento en vigencia de la Ley 446 de 1998*

*Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A, en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente “actos separables” (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión “según el caso”, con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.*

*(…)*

*La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección[[4]](#footnote-4), sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 del la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.*

*En otras palabras el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en tanto introdujo un segundo inciso al artículo 87 del C.C.A., no autoriza el simple ataque de la legalidad, frente a todos los actos que se expiden por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato, será la naturaleza del acto a enjuiciar, esto es su carácter principal o definitivo y la ausencia de efectos vulnerantes frente a un sujeto concreto de un derecho amparado en una norma, lo que determinará la procedencia del contencioso objetivo de anulación.*

*(…)*

*Así, el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y –desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.*

*(…)*

10.3. De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará lo decidido por el *a quo,* esto es, en el caso bajo examen procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, en cuyo análisis de legalidad se deberá estudiar lo correspondiente a la declaratoria de no admisibilidad de la oferta presentada por la parte actora y la consecuente determinación de la mejor propuesta.

10.4. En efecto, si bien fue en la audiencia de adjudicación que la entidad tuvo por no admisible la oferta de la unión temporal demandante, esa decisión no fue definitiva, sin embargo, según el dicho de la demanda, incidió en la decisión final de adjudicación, de la que se desprende la presunta vulneración de los derechos a la parte actora, razones suficientes para continuar con el estudio de la acción, máxime porque no está acreditado en el expediente, la celebración del correspondiente contrato de manera previa a la presentación de la demanda, teniendo en cuenta que para el año 2003, estaba en vigencia la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por la Ley 446 de 1998.

11. En concordancia con lo anterior, se tiene que frente a la caducidad de la acción, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos, como los que en esta oportunidad se demandan, es de treinta (30) días, contados a partir de su comunicación, notificación o publicación.

11.1. En el caso bajo examen, se advierte que el 9 de septiembre de 2003 -fecha en la cual se adelantó la audiencia de adjudicación-, se comunicó a los oferentes que la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, tramo II, sería adjudicada a la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A. (acta de audiencia de adjudicación del 9 de septiembre de 2003, f.150-164 c.1). Por lo tanto, al contabilizar los 30 días hábiles con que contaba la parte actora para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que vencían el 22 de octubre de 2003 y dado que la demanda se presentó en esa fecha (f.1-44 c.1), es evidente que no había fenecido la oportunidad para incoar la acción, porque, se reitera, no obra constancia en el expediente de la suscripción del correspondiente contrato, razón por la cual, se continuará con el análisis de la controversia.

**III. De la legitimación en la causa**

12. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido que respecto de la legitimación en la causa, existen dos clases a saber: i) la de hecho que se refiere al actuar en el proceso como demandante o demandado, cuando se ha iniciado en ejercicio del derecho de acción, en razón de la pretensión procesal y ii) la material, que corresponde a la participación o vínculo entre las personas –sean parte o no del proceso- con la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la demanda, esto es, los titulares de las relaciones jurídico sustanciales, por lo que puede suceder que quien está legitimado de hecho puede no estarlo materialmente. Sobre este tópico, se ha establecido[[5]](#footnote-5):

*En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra[[6]](#footnote-6). De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sala:*

«La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»[[7]](#footnote-7).

12.1. Es del caso advertir que la ausencia de legitimación en la causa no inhibe al juzgador para pronunciarse de mérito, en consideración a que ésta es un elemento de la pretensión y no de la acción*,* motivo por el cual, no se relaciona con un aspecto puramente procesal sino sustancial del litigio[[8]](#footnote-8). De esta manera, cuando no se encuentra acreditada la legitimación material en la causa de alguna de las partes procesales, el juzgador deberá denegar las pretensiones elevadas en la demanda puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o, el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados.

12.2. La Sala pone de presente que de conformidad con la demanda y el material probatorio que obra en el expediente, es evidente que las sociedades El Cóndor y Construcciones Civiles S.A. y los señores Luis Alberto González Torres y Ana María Jailler Correa, como integrantes de la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A., adjudicataria de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, tramo II, pueden verse afectados por la decisión que se adopte en el proceso de la referencia, en donde se está controvirtiendo la legalidad del acto administrativo que tuvo su propuesta como la mejor y más favorable para la entidad, razón para confirmar la decisión adoptada por el *a* quo y, en consecuencia, tenerlos por legitimados en la causa por pasiva, en consideración a que la relación material que dio origen a la relación procesal, deviene del acto de adjudicación aquí enjuiciado, en los términos descritos de manera precedente.

**IV.** **De la validez de los medios de prueba**

13. La parte actora solicitó que se allegara copia de la totalidad de la investigación penal con ocasión de la denuncia presentada por el I.D.U. en los términos del Acta n.° 58 del Comité Contractual Extraordinario del 5 de septiembre de 2003 (f. 41 c.1).

13.1. Así las cosas, es posible valorar los documentos aportados con ocasión del decreto de la referida prueba, para efectos de verificar los supuestos fácticos del caso, pues conforme a la jurisprudencia, es contrario al principio de lealtad procesal que las partes acepten que una determinada prueba haga parte del acervo probatorio pero cuando la misma les resulta desfavorable, invoquen las formalidades legales para su inadmisión. Adicionalmente, frente al I.D.U., debe tenerse en cuenta que en aplicación del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil[[9]](#footnote-9), dicha investigación se adelantó con su audiencia[[10]](#footnote-10).

**V. Hechos probados**

14. De conformidad con lo anterior, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

14.1. El 5 de mayo de 2003, mediante resolución n.° 3836, el I.D.U. ordenó la apertura de la Licitación Pública IDU-LP-DTC-015-2003[[11]](#footnote-11), con el objeto de contratar la adecuación de la troncal NQS sector sur, al sistema Transmilenio y el mantenimiento por un término de 5 años, de la calle 10 hasta la avenida Ciudad de Villavicencio y se dividió el proyecto en dos tramos a saber, tramo I: calle 10 y la Escuela General Santander y Tramo II: Escuela General Santander y la avenida Ciudad de Villavicencio (copia de la referida resolución, en concordancia con el objeto discriminado en el correspondiente pliego de condiciones, f. 5-7, 16 c.2), con un plazo de ejecución de 91 meses contados a partir de la fecha de iniciación y un presupuesto oficial de $414 303 914 592,oo (copia de los adendos nº. 1 y 2, f. 19 y 80 c.3).

14.2. Para efectos de su participación en la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, el 31 de julio de 2003, las sociedades Álvarez y Collins S.A. y Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V y C Ltda. y el señor Sergio Torres Reatiga, constituyeron la Unión Temporal NQ SUR 2003 (copia del acto de constitución, f. 1480-1482 c.4).

14.3. Por su parte, en los aspectos concernientes al objeto de la controversia, el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, dispuso (f. 10-108 c.2, adendo n.° 1, f. 9 c.3, adendo n.° 3, f.110-112 c.3).

***3. REQUISITOS LEGALES DE LOS PROPONENTES***

*(…)*

***3.7. CERTIFICACIÓN DE PAGOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES***

*En caso de que el* ***Proponente*** *del presente proceso de selección, sea una persona jurídica, deberá tener en cuenta lo señalado en la Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”, especialmente lo consignado en el artículo 50; para el efecto deberá aportar con la* ***Propuesta****:*

*Certificación expedida por el Revisor Fiscal, cuando exista de acuerdo con los requerimientos de la Ley, o por el Representante Legal cuando no se requiera Revisor Fiscal, donde se certifique el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Dicho documento deberá certificar que, a la fecha de presentación de su oferta, ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses, contados a partir de dicha fecha, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de su constitución.*

*En caso de que el* ***Proponente*** *del presente proceso licitatorio, sea una persona natural, deberá tener en cuenta lo señalado en la Ley 828 de 2003, “por la cual se expiden normas para el control a la evasión del Sistema de Seguridad Social”, para el efecto deberá aportar con la* ***Propuesta:***

*Declaración juramentada, donde certifique el pago de los aportes a sus empleados a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Dicho documento debe certificar que, a la fecha de presentación de su oferta, ha realizado el pago de los aportes correspondientes a la nómina de los últimos seis (6) meses, contados a partir de la citada fecha, en los cuales se haya causado la obligación de efectuar dichos pagos.*

*(…)*

*El* ***IDU*** *verificará únicamente la acreditación del respectivo pago a la fecha de presentación de la oferta, sin perjuicio de los efectos generados ante las entidades recaudadoras por el no pago dentro de las fechas establecidas en las normas vigentes.*

*En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas, deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo.*

***Cuando se trate de Proponentes Plurales, cada uno de sus miembros integrantes que sea persona jurídica, deberá aportar el certificado aquí exigido.***

***Nota:*** *La omisión o la presentación incompleta de la información requerida, es subsanable en el término que para el efecto le señale el* ***IDU,*** *vencido el cual, si no se hubiere subsanado la omisión o complementado la información del documento, la* ***Propuesta*** *será considerada* ***no Elegible.***

*(…)*

***4. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LOS PROPONENTES CALIFICABLES COMO ACEPTABLE/NO ACEPTABLE***

*(…)*

*Los criterios de evaluación que permiten determinar si un* ***Proponente*** *ha presentado una* ***propuesta Aceptable*** *o una* ***Propuesta no Aceptable*** *son:*

*a) Experiencia, en los términos descritos en el numeral 4.1 de los presentes* ***Pliegos de Condiciones.***

*b) Capacidad Financiera, en los términos descritos en el numeral 4.2 de los presentes* ***Pliegos de Condiciones.***

*c) Manifiesto de interés, en los términos descritos en el numeral 4.3 de los presentes* ***Pliegos de Condiciones.***

***4.1. EXPERIENCIA***

*Para cada uno de los* ***Tramos*** *para los cuales formulare su* ***Propuesta,*** *el* ***Proponente*** *deberá acreditar bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación de la* ***Propuesta,*** *experiencia exitosa o no exitosa en las actividades que a continuación se presentan, según se define en los subnumerales siguientes.* ***Se entenderá por experiencia exitosa, aquella en cuyo desarrollo no se causó ningún tipo de sanción por incumplimiento al contratista, ni se hizo efectivo, con posterioridad a la terminación de los trabajos, ninguno de los amparos de la garantía única****.* (resalta la Sala)

*i) La ejecución de contratos cuyo objeto principal haya sido la construcción, adecuación, mantenimiento, rehabilitación y/o reconstrucción de (i) vías urbanas, (ii) túneles vehiculares urbanos, (iii) puentes vehiculares urbanos y (vi) metro (no se incluye el costo en la acreditación de (i) materiales rodante, (ii) la superestructura y (iii) el material tractivo) en los términos del numeral 4.1.2., con las características mínimas que adelante se establecen, a satisfacción del contratante respectivo. La acreditación de esta experiencia se hará de conformidad con las reglas presentadas en el numeral 4.1.2 de estos pliegos.*

*ii) La consecución efectiva de financiación para proyectos de construcción de obras civiles o sistemas de financiación privada de proyectos de infraestructura, tal como se define en los numerales siguientes, en las cuantías que adelante se determinan. La estructuración de créditos sindicados para la Nación, Municipios, Departamentos o el Distrito Capital o la estructuración de acuerdos de reestructuración financieros y de pasivos para proyectos viales o de infraestructura. La acreditación de esta experiencia se hará de conformidad con las reglas prestadas en el numeral 4.1.3 de estos pliegos.*

*(…)*

***Se entenderá por experiencia no exitosa aquella*** *obtenida en cualquiera de las actividades mencionadas en los numerales (i) y (ii) anteriores,* ***en las cuales se hayan impuesto multas o sanciones por incumplimiento al contratista, o en las que se hizo efectivo, con posterioridad a la terminación de los trabajos, alguno de los amparos de la garantía única****. Si el* ***Proponente*** *acredita experiencia no exitosa, sólo se tendrá en cuenta el setenta por ciento (70%) del valor del respectivo contrato que acredite como experiencia. En todo caso, sólo se podrá acreditar hasta el treinta por ciento (30%) de la experiencia con experiencia no exitosa.* (resalta la Sala)

*(…)*

***5.5. VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN***

*Si durante el término de evaluación de las* ***Propuestas*** *y hasta la fecha de* ***Adjudicación*** *del* ***Contrato*** *se evidencia que no es veraz la información o las declaraciones presentadas por el* ***Proponente*** *relacionadas con la validez jurídica de la misma o cualquiera de los documentos de evaluación, se podrá, a juicio del* ***IDU,*** *determinar que la* ***Propuesta*** *es* ***no Aceptable.***

*(…)*

***5.6. INFORMACIÓN INEXACTA***

*Si durante el término de evaluación de las* ***Propuestas*** *y hasta la fecha de* ***Adjudicación*** *del* ***Contrato*** *se evidencia que la información y las declaraciones presentadas por el* ***Proponente*** *contienen elementos de carácter relevante inexactos, la* ***Propuesta*** *será* ***no Aceptable.*** *(…)*

*Se entenderá que una información o declaración es un elemento relevante para efectos de este numeral, cuando ésta sea determinante en la adopción de las decisiones relacionadas con la* ***Adjudicación*** *de la* ***Licitación*** *y la suscripción del* ***Contrato.***

*(…)*

***5.13.3. Declaración de cumplimiento***

*Cada uno de los* ***Proponentes*** *al momento de elaborar su* ***Propuesta,*** *diligenciará el formulario contenido en el* ***Anexo 7*** *del presente* ***Pliego de Condiciones*** *denominado “Declaración de cumplimiento”.*

*En dicho formulario el* ***Proponente*** *(o cada uno de sus miembros en caso de tratarse de un* ***Proponente Plural****), indicará –bajo la gravedad de juramento- lo siguiente:*

*a) Contratos celebrados en los dos (2) años anteriores a la presentación de la* ***Propuesta****, con personas jurídicas de derecho público colombianas o extranjeras, en los cuales le han sido impuestas multas y/o le ha sido cobrada la cláusula penal o su equivalente según la legislación vigente y/o el contrato. Se entenderá que una multa ha sido impuesta o una cláusula penal cobrada, cuando su pago se ha constituido en una obligación clara, expresa y exigible.* (subraya la Sala)

*(…)*

*Cuando quiera que la imposición de la(s) multa(s) impuestas y/o el cobro de la(s) cláusula(s) penal(es) hubieran sido efectuadas a un* ***Consorcio****, o a uno de sus miembros, del cual formaba parte el* ***Proponente*** *o uno de sus miembros en caso de tratarse de* ***Proponentes Plurales****, el* ***Proponente*** *o miembro del* ***Proponente Plural*** *declarará el valor total de la(s) multa(s) impuestas y/o cláusula(s) penal(es) cobrada(s), al momento de diligenciar el formulario contenido en el* ***Anexo 7*** *del presente* ***Pliego de Condiciones.***

*Cuando quiera que la imposición de la(s) multa(s) impuestas y/o el cobro de la(s) cláusula(s) penal(es) hubieran sido efectuadas a una* ***Unión Temporal****, de la cual formaba parte el* ***Proponente*** *o uno de sus miembros en caso de tratarse de* ***Proponentes Plurales****, el* ***Proponente*** *o miembro del* ***Proponente Plural*** *declarará el valor total de la(s) multa(s) impuestas y/o cláusula(s) penal(es) cobrada(s), únicamente en el caso en el que la(s) multa(s) impuestas y/o cláusula(s) penal(es) le hubiera(n) sido directamente impuesta(s) o cobrada(s) a éste.*

*El valor total de la(s) multa(s) impuestas y/o cláusula(s) penal(es) cobrada(s) a un* ***Proponente*** *o el valor que resulte de la sumatoria simple de la(s) multa(s) impuestas y/o cláusula(s) penal(es) cobrada(s) a cada uno de sus miembros en caso de tratarse* ***Proponentes Plurales****, actualizado de la forma indicada en el presente numeral, constituirá la declaración de cumplimiento del* ***Proponente*** *y servirá como tercer factor de evaluación (F3), en los términos descritos en el numeral 7.6. del presente* ***Pliego de Condiciones.***

*El IDU se reservará el derecho de verificar la información aportada por los* ***Proponentes*** *y de rechazar las* ***Propuestas*** *en las cuales se incluya información falsa, sin perjuicio de iniciar las demás acciones legales a que haya lugar.*

*(…)*

***7.6. EVALUACIÓN DE CUMPLIMIENTO***

*El puntaje de cada* ***Proponente*** *para el tercer factor de evaluación (F3), se obtendrá a partir de la tabla que se presenta a continuación, considerando el valor actualizado de las multas impuestas y/o de las cláusulas penales cobradas a cada uno de los* ***Proponentes***

|  |  |
| --- | --- |
| ***Valor de la multa*** | ***Puntaje*** |
| *0* | *50* |
| *Entre $ 1 y $ 100 000 000* | *45* |
| *Entre $ 100 000 001 y $ 200 000 000* | *40* |
| *Entre $ 200 000 001 y $ 300 000 000* | *35* |
| *Entre $ 300 000 001 y $ 400 000 000* | *30* |
| *Entre $ 400 000 001 y $ 500 000 000* | *25* |
| *Entre $ 500 000 001 y $ 600 000 000* | *20* |
| *Entre $ 600 000 001 y $ 700 000 000* | *15* |
| *Entre $ 700 000 001 y $ 800 000 000* | *10* |
| *Más de $ 800 000 000* | *0* |

*Este puntaje será asignado por el Comité de Evaluación durante la etapa de evaluación de las* ***Propuestas.***

*(…)*

***7.9. RECHAZO DE LA PROPUESTA***

*Sin perjuicio de lo establecido por la ley aplicable, serán rechazadas las* ***Propuestas*** *que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos:*

*1. Cuando se presente la* ***Propuesta*** *en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad.*

*2. Cuando se omitan requisitos, contenidos o* ***Anexos*** *que impidan la comparación objetiva de las* ***Propuestas.***

*3. Cuando no se entreguen, a satisfacción del* ***IDU*** *o dentro del término perentorio fijado para el efecto, los documentos o aclaraciones solicitadas.*

*Si un* ***Proponente*** *encontrare una contradicción o error en este* ***Pliego de Condiciones*** *durante la preparación de su* ***Propuesta,*** *deberá informarlo por escrito al* ***IDU****, para aclarar o corregir, de ser necesario, tal imprecisión.*

*(…)*

14.4. En el anexo 3 debía relacionarse la experiencia en construcción y consecución de financiación, en el que era necesario precisar, entre otras cosas, si el contrato relacionado se ejecutó como persona natural o jurídica, unión temporal o consorcio, en estos últimos, el porcentaje de participación y frente a proponentes plurales, indicar cuál de los miembros lo acreditaba (anexo 3, formulario de experiencia en construcción y consecución de financiación f. 316, 317-321 c.2).

14.5. En el anexo 7 se solicitaba la información referente a la declaración de cumplimiento, por lo que se requería identificar el correspondiente contrato que se pretendía validar para el efecto, si se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, si se impusieron multas y el monto (anexo 7, formulario de declaración de cumplimiento, f. 333 c.2).

14.6. De conformidad con el acta de cierre y apertura de urna, para el tramo 2 se presentaron propuestas por parte de la sociedad futura TRANS. NQS SUR, la promesa de sociedad futura METRO RED, la unión temporal Concesión El Porvenir y la unión temporal NQ SUR 2003 (f.265 y 266 c.3).

14.7. En la evaluación inicial, se catalogó a la unión temporal demandante en el primer puesto del orden de elegibilidad (informe de evaluación inicial, f.1079-1081, c.4), adicionalmente, según el estudio de experiencia aceptable del proponente, relacionó 10 contratos, de los cuales uno se tuvo en cuenta para acreditar experiencia (cuadro II, experiencia aceptable del proponente, f. 1086 c.4). De igual forma, su información financiera inicial fue aceptable y se consideró que cumplía con los requisitos de orden legal (informe de experiencia financiera inicial y evaluación legal, f. 1087-1088 c.4).

14.8. El Comité Contractual Extraordinario en sesión celebrada el 20 de agosto de 2003, aprobó las evaluaciones legal, financiera y técnica de todos los proponentes, porque ninguna de las propuestas fue rechazada y cumplían con los requisitos técnicos exigidos en el pliego de condiciones, en consecuencia, se recomendó presentar el documento de evaluación inicial para observaciones de los oferentes entre el 21 y 27 de agosto de 2003 y contra observaciones entre el 28 de agosto y el 1 de septiembre del mismo año (acta n.º 53 de 2003, f. 1094-1096 c.4).

14.9. En el término para presentar observaciones, la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A., indicó que la unión temporal NQ SUR 2003, relacionó el contrato n.º 0868804 para acreditar experiencia, sin embargo, omitió informar que en el mismo, la Dirección General Marítima de Capitanía del Puerto de Cartagena y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique -CARDIQUE-, impusieron multa al concesionario por efectuar obras sin autorización y por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental. De igual forma, solicitó que se verificara la información contenida en las certificaciones aportadas en la propuesta y suscritas por el revisor fiscal, referentes a los aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales (escrito de observaciones, f.1097-1118, c.4).

14.10. La unión temporal demandante respondió a las observaciones, alegando que de conformidad con el pliego de condiciones, un contrato se convertía en experiencia no exitosa, cuando las sanciones o multas provenían de la relación contractual y no de otro tipo de relaciones y ratificó la información sobre aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales (escrito de contra observaciones, f. 1119-1123 c.4). Adicionalmente, aportó un certificado conforme al cual, para el 16 de julio de 2003, la Concesión Vial de Cartagena S.A. no había sido objeto de sanciones por incumplimiento del contrato 0868804 del 31 de diciembre de 1998, denominado “CORREDOR DE ACCESO RÁPIDO A LA VARIANTE DE CARTAGENA” (copia de la certificación del 16 de julio de 2003, suscrita por el director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena, f.1124 c.4).

14.11. El I.D.U. solicitó a la unión temporal la remisión de la copia legible de pago de los recibos de aportes a seguridad social, I.C.B.F., SENA y caja de compensación familiar (copia del oficio IDU-134278 del 2 de septiembre de 2003, f. 1145-1146 c.4) y obtuvo respuesta con los correspondientes anexos (copia del oficio del 4 de septiembre de 2003, radicación 75371, f. 1147-1369 c.4), sin embargo, requirió la información a las entidades encargadas de esos recaudos (copia del oficio IDU-132583 del 1 de septiembre de 2003, f. 1370-1371 c.4). Como resultado de lo anterior, logró establecer que en el SENA, el señor Sergio Torres Reatiga se encontraba a paz y salvo con los aportes correspondientes al fondo de la industria y la construcción y la sociedad Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V y C Ltda. cumplió con los pagos de aportes y FIC para la vigencia 2003, mientras que la empresa Álvarez & Collins S.A., suscribió el pagaré 113 de junio de 2003, por el pago de aportes parafiscales y “*FIC*” de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2002 (certificaciones expedidas por el SENA, f. 1372, 1377-1380, 1394-1398 c.4).

14.12. Por su parte, el coordinador del grupo de recaudo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –I.C.B.F.-, indicó que la empresa Álvarez & Collins S.A. pagó sus aportes de enero a junio de 2003, por lo que se encontraba al día. Frente al señor Sergio Torres Reatiga, manifestó que era una persona natural que no figuraba en la base de datos como aportante ni como deudor (oficio n. 18050 del 1 de septiembre de 2003, f.1412 c.4).

14.13. La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, profirió la Resolución n.º 0660 del 19 de noviembre de 2001, por medio de la cual se cerró una investigación administrativa a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA S.A. y se sancionó con una multa equivalente a 175 salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual fue confirmada por la Resolución n.º 0062 del 12 de febrero de 2002, con fundamento en lo siguiente (información suministrada por el secretario general de CARDIQUE mediante oficio n.º 4321 del 3 de septiembre de 2003 y copia de los referidos actos administrativos, f.1420-1433 c.4):

*(…)*

*Que por Resolución n.º 0411 del 24 de junio de 2001, se abrió investigación administrativa en contra de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA LTDA. y se le formularon los siguientes cargos, por incumplir obligaciones que se desprende de la Licencia Ambiental otorgada para la construcción y ejecución del proyecto “Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la Variante de Cartagena”, así:*

*1. Las volquetas utilizadas para el transporte de materiales sobrantes no los cubren cuando los transportan, incumpliendo con lo dispuesto en la Resolución 541/94 del Ministerio del Medio Ambiente y numeral 6º del artículo 2º de la Resolución 0546 del 28 de agosto de 1998.*

*2. Inadecuada disposición material sobrante en los siguientes sitios:*

*(…)*

*3. Deficiente señalización en sectores como en la entrada de la avenida Crisanto Luque por el Bosque, donde las zanjas de los bordillos se encuentran abiertas sin medidas preventivas; en el depósito de San Felipe y en la avenida Crisanto Luque, lo que impide la orientación al conductor, incumpliéndose el numeral 6º del artículo 2º de la Resolución 0546 del 28 de agosto de 1998 (Plan de Manejo Ambiental, Programa de Seguridad Vial).*

*4. Incumplir con la realización de un muestreo de la calidad de aire en puntos estratégicos del proyecto, requerido en la Resolución nº 0851 del 29 de septiembre de 2000.*

***Aspectos relevantes a cumplir en el Plan de Manejo Ambiental***

***III. Programa de Conservación y mantenimiento de Drenajes***

*(…)*

*El encole y el descole del puente construido por la Concesión sobre la nueva vía de Ceballos, se encuentra sedimentado, por lo que el Concesionario deberá realizar la limpieza del mismo.*

***IV. Programa de Seguridad Vial***

*Señalización vial, construcción e instalación (Periodo de construcción de la obra).*

*Existe deficiente señalización de la obra, por ejemplo en el sector del Bosque, detrás del Banco Sudameris y diagonal al estadero “Mi ranchito” (Calle San Isidro), encontramos maquinaria y hombres trabajando sin ningún tipo de señalización*. (Subrayado original).

*(…)*

***Otras observaciones de la visita***

*(…)*

*La comunidad de San Isidro mediante oficios, ha manifestado preocupación por la construcción del Corredor de Acceso y su incidencia en las inundaciones que periódicamente sufren, en especial en la Transversal 53 con la Diagonal 22. Al respecto la Concesión Vial les ha comunicado que tienen ya una solución de los drenajes y la limpieza de otros, esto último observado en la visita técnica.*

*(…)*

*Que teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir lo siguiente:*

*1. En la ejecución de las obras del proyecto “Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la variante de Cartagena” por parte de la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA LTDA., se han incumplido en su mayoría las obligaciones que se desprenden de la Licencia Ambiental y de las posteriores modificaciones parciales de que ha sido objeto el citado proyecto.*

*(…)*

*3. La sociedad investigada ha implementado algunas medidas correctivas, pero no todas, así como tampoco, las suficientes para minimizar los impactos ambientales negativos que se han generado por la ejecución de dichas obras.*

*4. En términos generales, los impactos ambientales negativos generados por el incumplimiento de las obligaciones del Plan de Manejo Ambiental, han incidido especialmente de manera directa o indirecta en las comunidades asentadas a los alrededores donde se viene ejecutando el proyecto, por la inadecuada disposición de los escombros y materiales sobrantes en la vía, la no implementación de un buen sistema de drenajes pluviales, que no cause o provoque inundaciones en los sectores más críticos que abarca el proyecto, la deficiente señalización sin los equipos y sistemas adecuados que prevengan accidentes o eviten traumatismos tanto del flujo vehicular como peatonal.*

*(…)*

*Que en este orden de ideas, teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA LTDA., se hace acreedora a la imposición de sanciones por su conducta violatoria del ordenamiento jurídico ambiental invocado al imponer los cargos en este proceso administrativo sancionatorio, ya que está comprobado el incumplimiento de la mayoría de las obligaciones que se desprenden de la Licencia Ambiental del proyecto “Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la variante de Cartagena” y las posteriores modificaciones parciales de la misma.*

*Que además, se le exigirá que cumpla con las medidas y acciones necesarias para ajustar la ejecución del proyecto a los presupuestos ambientales previstos en el plan de manejo ambiental y a todas la demás acciones exigidas por Cardique con posterioridad y que han surgido como resultado de las labores de seguimiento y control ambiental de dicho proyecto.*

*(…)*

14.14. Por su parte, la Dirección General Marítima, Capitanía del Puerto de Cartagena, sancionó en un monto de $216 300 000.oo a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA LTDA. el 25 de abril de 2002, por haber efectuado obras en áreas de bajamar y cuerpos de agua bajo jurisdicción marítima sin las autorizaciones correspondientes, decisión que se encontraba en trámite de apelación para el 5 de septiembre de 2003 (copia de la resolución del 25 de abril de 2002, por medio de la cual se resolvió la investigación administrativa n.º 05-02 de la Dirección General Marítima del Puerto de Cartagena y del oficio n.º DIMAR-OFJUR-810 del 5 de septiembre de 2003, f.1104-1106, 1436 c.4, 129-136, c.6).

14.15. El Comité Contractual Extraordinario del I.D.U., en sesión del 5 de septiembre de 2003, decidió modificar la evaluación técnica y legal de la unión temporal demandante, para catalogarla como no aceptable, con fundamento en lo siguiente (copia del acta n.º 58 de 2003, f. 1440-1442 c.4):

*(…)*

*Como primera medida, se señala que las sanciones de que trata el pliego de condiciones, son aquellas que se hayan impuesto durante la ejecución de contrato y como consecuencia directa de la ejecución del mismo, independiente de quién haya impuesto la sanción. En efecto, el concepto no se limita a las sanciones impuestas por el contratante, ya sea público o privado sino que incluye aquellas sanciones impuestas por terceros, siempre y cuando dichas sanciones se deriven de la ejecución del contrato que se acredita en la licitación. En este caso concreto,* ***Unión Temporal NQS Sur 2003, acreditó experiencia en construcción acudiendo a la modalidad de otras figuras de asociación, en la medida en que la experiencia en construcción fue acreditada por la sociedad Álvarez y Collins S.A., en su calidad de accionista de la sociedad Concesión Vial de Cartagena S.A.,*** *con una participación en dicha sociedad del 20 por ciento (20%). Luego****, las sanciones que se hayan impuesto a dicho contrato, sí deben ser tenidas en cuenta para efectos de catalogar la experiencia como exitosa o no exitosa, en la medida en que se impusieron sanciones a la Sociedad Vial de Cartagena S.A. como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión acreditado,*** *la experiencia resultaría* (sic) *en no exitosa. (negrilla de la Sala)*

*(…)*

*Ahora bien, el numeral 5.5 “Información inexacta” de los Pliegos de Condiciones establece en su aparte pertinente:*

*(…)*

*Teniendo en cuenta que la información relacionada como experiencia en construcción es información de carácter relevante, en la medida en que se relaciona con criterios objetivos para la evaluación de las propuestas, la propuesta presentada por la UNIÓN TEMPORAL NQS SUR 2003* ***es no Aceptable*** *en los términos señalados en los Pliegos de Condiciones. Así mismo, teniendo en cuenta que la información contenida en el Anexo 3 de los Pliegos de Condiciones resultó inexacta y dicha información se presentó bajo la gravedad del juramento, la entidad oficiará a la Fiscalía General de la Nación para que inicie la investigación correspondiente.*

*(…)*

14.16. En respuesta a la observación presentada a la propuesta de la Unión Temporal NQ Sur 2003, frente a la verificación de los pagos parafiscales por parte del I.D.U., la entidad indicó en la audiencia pública de adjudicación que se adelantó el 9 de mayo de 2003, lo siguiente (anexo 1 Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, respuesta a las observaciones presentadas en desarrollo de la referida licitación, para la adecuación de la troncal NQS sur al sistema Transmilenio, f. 1443-1448 c.4):

*(…) Sin embargo, cabe anotar que el numeral 3.7 de los pliegos de condiciones establece lo siguiente:*

*“En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo”.*

*Teniendo en cuenta que la sociedad Álvarez y Collins S.A. no señaló en su certificación que había suscrito un acuerdo de pago en el SENA, dicha certificación es inconsistente y por lo mismo, la propuesta es no elegible, toda vez que no cumple con los criterios de elegibilidad establecidos en los pliegos de condiciones. Ahora bien, la entidad considera importante aclarar qué entiende por “inconsistente” y qué entiende por “incompleta”, toda vez que de acuerdo a los pliegos de condiciones la omisión o afirmación incompleta de la certificación es subsanable.*

*Cuando la información está incompleta, la entidad entiende que el proponente omitió alguna información necesaria y obvia, en este caso podría ser, por ejemplo, omitir en la certificación alguna de las entidades como el SENA o el ICBF, mientras que la información es inconsistente cuando prima facie, la información contenida en el documento es acorde con los requerimientos de los pliegos de condiciones, pero por indagaciones o hechos constatados, dicha información no se ajusta a la realidad del proponente que la remite. Teniendo en cuenta que este caso, no se trata de información incompleta sino de información inconsistente no es posible subsanarla en los términos del pliego de condiciones de esta licitación.*

*(…)*

*Finalmente, se observa una inconsistencia adicional en cuanto a los aportes del señor Sergio Torres Reatiga, en la medida en que en documento suscrito por él mismo, de fecha 3 de septiembre de 2003, declara no haber tenido empleados a su cargo durante los meses de enero a mayo, motivo por el cual no relaciona ni aporta documentos que soporten los pagos de seguridad social y parafiscales para esos meses. Sin embargo, se adjuntó al escrito de contra-observaciones el recibo de liquidación de aportes al SENA-FIC n.º 1564 por los meses de enero a mayo de 2003, lo que permite concluir a la entidad que el señor Torres sí tuvo a su cargo empleados durante los meses de enero a mayo y por lo mismo, se concluye que no se encuentra al día con el pago de sus aportes.*

*Por lo tanto, la observación es procedente en la medida en que (i) existen inconsistencias en la situación de aportes del señor Sergio Torres Reatiga, (ii) la información de la certificación remitida por el revisor fiscal de la sociedad Álvarez y Collins S.A. es inconsistente y (iii) no se pudo verificar de manera completa la información, en la medida en que ciertos recibos o formularios no eran legibles cuando expresamente la entidad solicitó que lo fueran.*

14.17. Frente al tema de los pagos realizados por el señor Torres Reatiga, la entidad señaló que con base en los documentos aportados por el apoderado de la unión temporal demandante, se realizarían los ajustes correspondientes (copia del Acta del 9 de septiembre de 2003, f.150-164 c.1, 86 c.6), razón por la que se rectificó la posición de la entidad respecto del rechazo de ese integrante y mantuvo lo concerniente a la sociedad Álvarez y Collins S.A. (copia del informe sin fecha efectuado por el I.D.U. dentro de la Licitación Pública n.º IDU-LP-015-2003, f.95 c.6).

14.18. En la evaluación final del tramo II –Escuela General Santander y la avenida Ciudad de Villavicencio-, se registró a la promesa de sociedad futura “TRANSNQS SUR S.A” en el primer puesto del orden de elegibilidad, mientras que a la Unión Temporal NQ SUR 2003, se le tuvo como no aceptable, por lo que no se le efectuó la evaluación económica (documento de evaluación final de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, tramo II, f. 1453-1457 c.4).

14.19. La Dirección General del I.D.U. profirió la resolución n.º 7256 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual adjudicó la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, tramo II, a la promesa de sociedad futura TRANSNQS SUR S.A., la cual se notificó personalmente, a través de apoderada, el 16 de septiembre de 2003 (copia del referido acto administrativo y de la diligencia de notificación personal, f.1466-1473 c.4).

14.20. La Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos del I.D.U., presentó escrito ante la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual, puso en conocimiento lo acontecido en el marco de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, respecto de la oferta de la Unión Temporal NQ SUR 2003 (f. 1-8 c.6)[[12]](#footnote-12), razón por la que el ente investigador, luego de adelantar la etapa de averiguación, resolvió la situación jurídica de los señores Carlos Guillermo Collins Espeleta, Sergio José Torres Reatiga y Alfonso Vergel Hernández, con la preclusión extraordinaria de la investigación (resolución del 23 de abril de 2004, proferida por la Fiscalía 60 ante la Unidad Primera de Delitos contra la Administración Pública y la Administración de Justicia, f. 247-270 c.6).

14.21. La referida decisión fue confirmada el 24 de enero de 2005 por el Fiscal 24 Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá (copia de la correspondiente resolución, f.3-12 c.28).

**VI. Problema jurídico**

15. Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso debe declarar la nulidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, expedida por la Dirección General del Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.-, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, a la promesa de sociedad futura TRANSNQS SUR S.A. y, en consecuencia, si procede el reconocimiento de los perjuicios solicitados por las sociedades Álvarez y Collins S.A. y Vergel y Castellanos Ingenieros Asociados V Y C Ltda. y el señor Sergio Torres Reatiga, como integrantes de la Unión Temporal NQ SUR 2003.

15.1. Para el efecto, deberá analizarse lo siguiente: i) si la propuesta de la parte actora era no aceptable de conformidad con los pliegos de condiciones, por la presunta omisión en la que habría incurrido al no reportar las sanciones derivadas de procedimientos administrativos ambientales en el curso del contrato reportado como experiencia exitosa, así como las inconsistencias en los certificados de pagos de aportes parafiscales y seguridad social de uno de sus integrantes y ii) en caso de que fuera aceptable, si era la mejor oferta y, en consecuencia, debía ser la adjudicataria de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003.

**VII. Análisis de la Sala**

**16. De la nulidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de** **2003**

16.1. La Sala reitera que la parte actora insistió en el recurso de apelación, en que a su propuesta debió realizarse la evaluación económica, toda vez que de conformidad con el pliego de condiciones, un contrato se convertía en experiencia no exitosa, cuando las sanciones o multas provenían de la relación contractual y no de otro tipo de relaciones, por lo que las sanciones ambientales impuestas dentro del contrato n.° 0868804 de 1998, no lo convirtieron en experiencia no exitosa, de modo que la oferta por ellos presentada era la mejor y debía ser la adjudicataria, máxime porque en la evaluación inicial se le otorgó el primer puesto del orden de elegibilidad. De igual forma, insistió en que los numerales sobre la experiencia eran confusos y carecían de claridad, circunstancia que los llevó a concluir que no era necesario informar sobre ese punto en su propuesta.

16.2. Con el fin de resolver los argumentos esbozados por la parte actora, es necesario indicar que en eventos como el presente, para la prosperidad de las pretensiones se requiere la comprobación de que el acto de adjudicación es ilegal, que no recayó sobre la mejor oferta y que el demandante fue quien presentó la propuesta que, cumpliendo todos los requisitos del respectivo pliego de condiciones y aplicando los criterios de calificación contenidos en el mismo, fue la más favorable para la administración y a pesar de ello, fue injusta e ilegalmente privado de la adjudicación[[13]](#footnote-13). Sumado a lo anterior, la Sala reitera que los pliegos de condiciones o términos de referencia, determinan los parámetros técnicos, jurídicos y financieros que deben observar, tanto la entidad que adelanta el proceso, como quienes participan en él, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines estatales a través de los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad. En ese sentido, los referidos pliegos contienen los derechos y deberes de los intervinientes durante la etapa previa, de ejecución y terminación del negocio jurídico, haciéndose parte integral de éste[[14]](#footnote-14).

**17. Del deber de reportar las sanciones ambientales impuestas en la ejecución del contrato n.° 0868804 de 1998.**

17.1. La Sala debe estudiar si de conformidad con el pliego de condiciones de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, era deber de la Unión Temporal NQ SUR 2003, reportar las sanciones ambientales que se impusieron en el contrato n.° 0868804 de 1998, con el que se pretendía acreditar experiencia exitosa (f. 384 c.3, anexo 3: experiencia en construcción y consecución de financiación)[[15]](#footnote-15). Tal requisito estaba consagrado en el numeral 4.1 en el que se señaló que se entendería por “*experiencia exitosa, aquella en cuyo desarrollo no se causó ningún tipo de sanción por incumplimiento al contratista, ni se hizo efectivo, con posterioridad a la terminación de los trabajos, ninguno de los amparos de la garantía única”*  y por experiencia no exitosa *“aquella obtenida en cualquiera de las actividades mencionadas en los numerales (i) y (ii) anteriores, en las cuales se hayan impuesto multas o sanciones por incumplimiento al contratista, o en las que se hizo efectivo, con posterioridad a la terminación de los trabajos, alguno de los amparos de la garantía única”* –ver supra pár. 14.3.-.

18. No obstante lo anterior, la Sala advierte que esa exigencia debe ser analizada en armonía con los preceptos del numeral 5.13.3. del mismo pliego, en el que se requirió el diligenciamiento del anexo 7 denominado “*Declaración de cumplimiento*”, para efectos de relacionar los contratos celebrados con personas jurídicas de derecho público, colombianas o extranjeras en los dos años anteriores a la elaboración de la propuesta, en los cuales *“le han sido impuestas multas y/o le ha sido cobrada* *la cláusula penal o su equivalente según la legislación vigente y/o el contrato”*, declaración que serviría como tercer factor de evaluación (f. 95,333 c. 2).

19. Adicionalmente, el numeral 7.6 –evaluación de cumplimiento-, dispuso que ese tercer factor de evaluación se obtendría con base en la tabla allí contenida, considerando el valor actualizado de las “*multas impuestas”* –supra pár. 14.3.-*.* El puntaje derivado de dicho factor, sería asignado por el Comité de Evaluación en la etapa de evaluación de las propuestas (f. 105-106 c. 2).

20. En el pliego de condiciones, también se previó lo concerniente a información inexacta, en los siguientes términos (f. 88-89 c. 2):

***5.6. INFORMACIÓN INEXACTA***

*Si durante el término de evaluación de las* ***Propuestas*** *y hasta la fecha de* ***Adjudicación*** *del* ***Contrato*** *se evidencia que la información y las declaraciones presentadas por el* ***Proponente*** *contienen elementos de carácter relevante inexactos, la* ***Propuesta*** *será* ***no Aceptable.*** *(…)*

*Se entenderá que una información o declaración es un elemento relevante para efectos de este numeral, cuando ésta sea determinante en la adopción de las decisiones relacionadas con la* ***Adjudicación*** *de la* ***Licitación*** *y la suscripción del* ***Contrato.***

21. En el numeral 7.9, sobre rechazo de la propuesta, se estipuló que procedería cuando su contenido impidiera la selección objetiva y, además, “*cuando se omitan requisitos, contenidos o* ***Anexos*** *que impidan la comparación objetiva de las propuestas”* (f. 107-108 c. 2).

22. De conformidad con lo anterior, se pone de presente que la Ley 99 del 22 de diciembre de 1993[[16]](#footnote-16), vigente en la época de los hechos en que se suscribió el contrato n.° 0868804 de 1998, disponía entre otras cosas:

*Artículo 31º.- Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:*

*(…)*

*11. Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos naturales no renovables, incluida la actividad portuaria con exclusión de las competencias atribuidas al Ministerio del Medio Ambiente, así como de otras actividades, proyectos o factores que generen o puedan generar deterioro ambiental. Esta función comprende la expedición de la respectiva licencia ambiental. Las funciones a que se refiere este numeral serán ejercidas de acuerdo con el artículo 58 de esta Ley;*

*(…)*

*17.* ***Imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de los daños causados.*** (negrilla de la Sala)

23. Por su parte, el Decreto 1753 del 3 de agosto de 1994[[17]](#footnote-17), señaló:

***Artículo 2º.-****Concepto. La licencia ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.*

24. En ese orden de ideas, la Sala advierte que contrario a lo que sostuvo la parte actora, sí era necesario que se reportara la multa equivalente a 175 salarios mínimos mensuales legales vigentes, impuesta por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- a la Concesión Vial de Cartagena Ltda.[[18]](#footnote-18), mediante la Resolución n.º 0660 del 19 de noviembre de 2001 que fue confirmada por la Resolución n.º 0062 del 12 de febrero de 2002 y, en consecuencia, se encontraba en firme –ver supra pár. 14.13, f.1420 c.4)-[[19]](#footnote-19).

25. En efecto, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, en las circunstancias que tuvo en cuenta para la imposición de la multa, sostuvo que la Concesión Vial de Cartagena Ltda. –de la que era parte la sociedad Álvarez y Collins S.A., integrante de la unión temporal demandante-, violó el ordenamiento jurídico ambiental ante el incumplimiento de la mayoría de las obligaciones de la Licencia Ambiental del proyecto Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la variante de Cartagena, “*por la inadecuada disposición de los escombros y materiales sobrantes en la vía, la no implementación de un buen sistema de drenajes pluviales, que no cause o provoque inundaciones en los sectores más críticos que abarca el proyecto, la deficiente señalización sin los equipos y sistemas adecuados que prevengan accidentes o eviten traumatismos tanto del flujo vehicular como peatonal”,* entre otras cosas.

26. De lo anterior se desprende que la multa devino de la ejecución del contrato n.° 0868804 de 1998, que se pretendía acreditar como experiencia exitosa por parte de la demandante, esto es, la multa se impuso según la “*legislación vigente”* en temas ambientales por las obras adelantadas por la Concesión Vial de Cartagena Ltda. para el cumplimiento del proyecto, razón por la que es evidente que su omisión, influía en la evaluación de cumplimiento y su comparación objetiva con las demás ofertas, toda vez que su monto determinaba el puntaje de dicho factor.

27. Es del caso precisar que la ejecución de los contratos, en especial, los estatales, no solo están sujetos a las estipulaciones del negocio contractual, sino también al ordenamiento jurídico, razón por la cual, en eventos como el que es que es objeto de controversia, se tiene que la vulneración y/o incumplimiento de las obligaciones legales referentes a las licencias ambientales, pueden llegar a interpretarse como un incumplimiento contractual y, en consecuencia, un contrato en el que se impusieron multas por ese aspecto, no puede tenerse como exitoso.

28. No obstante, la propuesta de la demandante contiene el anexo 7 de la referida declaración de cumplimiento por cada uno de sus integrantes, formularios en los que se observa que el señor Sergio Torres Reatiga y la sociedad Álvarez y Collins S.A., señalaron “*declaro bajo la gravedad de juramento que no hemos sido multados ni sancionados, por ninguna entidad oficial, por incumplimiento en contratos estatales”.* Por su parte, la sociedad Vergel y Castellanos Asociados V y C Ltda., reportó el contrato IDU-066 de 2002 –de la UT V&C-, con la anotación de la imposición de una multa por valor de $35 751 554 (f.349-351 c.3).

29. En consecuencia, es evidente que la propuesta de la demandante contenía elementos relevantes inexactos, que eran determinantes en la evaluación y, por ende, en la adjudicación del contrato, de donde se desprende que fue acertada la decisión de declararla como no aceptable.

30. En otros términos, del análisis conjunto y armónico del pliego de condiciones bajo los preceptos del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993 –vigente para el momento de los hechos-[[20]](#footnote-20) , la razón de ser del requisito de reportar los contratos en los cuales se habían impuesto multas y/o había sido cobrada la cláusula penal o su equivalente *según la legislación vigente*, era establecer el cumplimiento del proponente, dado que servía como factor de evaluación según el numeral 7.6 del pliego de condiciones.

31. Sumado a lo anterior, con ocasión de un caso similar al aquí resuelto, la jurisprudencia de la Sección, señaló que la entidad está en la posibilidad de rechazar una oferta, en aquellos eventos en los que el incumplimiento de requisitos impida la comparación objetiva, el cual se cita *in extenso*[[21]](#footnote-21):

En criterio de esta Subsección la lectura que se puede hacer del numeral 4.3 del pliego de condiciones puede resultar muy amplia y ambigua, lo que *per se* no la hace ilegal, razón por la cual es obligatorio en esta sede hacer una interpretación armónica con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 –sin la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007, la cual no es aplicable al presente caso-, en esos términos dice el referido numeral:

*“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.”*

Respecto a esto, en reciente pronunciamiento[[22]](#footnote-22) la Sala sostuvo lo siguiente:

*“Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla.”* Subrayado fuera del texto.

De acuerdo con lo anterior, pone de presente la Sala que no cualquier informalidad insustancial tiene como consecuencia inmediata el rechazo de la oferta, pues, resultaría ello anti técnico y desproporcionado desde cualquier punto de vista.

*Sin embargo, en el caso sub examine, se trata de la ausencia de un requisito sobre el cual recae la imposibilidad de evaluar las propuestas, porque al incluir la parte demandante dentro de su propuesta y más específicamente en la experiencia, un contrato que sabía que no era exitoso porque sobre el recaía una sanción, contravenía flagrantemente lo incorporado en el pliego de condiciones.*

*Cabe anotar, que el argumento planteado por la parte actora cuando señala que la sanción a ellos impuesta no es una sanción como tal, sino que es una simple compensación de árboles que no tiene mayor importancia, no es de recibo para la Sala, simple y llanamente, porque como se expuso ut supra los pliegos de condiciones enmarcan la relación jurídica de un proceso contractual, y en ese sentido las parte se deben ceñir estrictamente –en el marco de la Constitución y la Ley por supuesto- a lo que ahí se indica, entonces, al hacer la lectura legal de las cláusulas 3.7 y 4.3 del mismo, es evidente que el proponente debía acreditar como experiencia un contrato que hubiese sido “exitoso”, es decir, que en desarrollo del mismo no se hubiesen presentado inconvenientes de ninguna clase (sanciones, incumplimientos, garantías, etc.).*

*Bajo ese entendido: ¿es razonable que la información inexacta proporcionada en la oferta implique el rechazo de la misma?, para dar respuesta a esta pregunta, es preciso traer a este escenario el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 “del principio de transparencia”, que rige las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal, en virtud del cual se definen las reglas justas, claras y completas que permitan la escogencia objetiva del contratista.*

*De acuerdo a lo anterior, no solo a la administración se le obliga a dirigir procesos claros y objetivos para seleccionar contratistas, sino que también compete y es obligación de los proponentes brindar información, clara, cierta, completa y objetiva en sus ofertas, para que de esa manera se le proporcione a la administración las herramientas y conocimientos sobre los cuales proceden a hacer una selección objetiva que más convenga y proteja los intereses públicos.*

*Entonces, no es simplemente porque la cláusula de rechazo estipulada en el pliego de condiciones así lo mande, sino porque en armonía con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, se encuentra ajustada a la legalidad. Así pues, obsérvese que con el dato impreciso –experiencia- el resultado es completamente diferente a si se hubiese obtenido la información verdadera, ósea* (sic)*, que si está incidiendo en la comparación de ofertas, lo cual inmediatamente se traduce en una causal justificada de rechazo.*

*Al estudiar el caso concreto, nos encontramos que el proponente U.T. Américas Banderas 101, incluyó en su propuesta información relevantemente imprecisa e incorrecta, al certificar como experiencia exitosa el contrato No. 089 de 2000, cuando este no ostentaba dicha calidad, por cuanto dentro del mismo se profirieron unas sanciones correspondientes a daños ambientales por el daño de árboles destinados a permanecer, es más, el hecho que dicha sanción no se haya registrado en el RUP, no quiere decir que no se le haya impuesto y hecho efectiva.*

*Se debe reiterar, que la experiencia en el pliego se condicionó a que fuera “exitosa” y en ese contexto si era relevante saber con precisión si la que acreditaba la parte actora cumplía o no en su totalidad con dicho requisito, tanto así, que si no lo era, de entrada la oferta era inadmisible. Razón por la cual el numeral 4.3 del pliego cumplía la función de castigar la imprecisión y el error que consignaran los proponentes en sus ofertas.*

*Se reitera, que la Administración está facultada para descalificar o rechazar las ofertas, entre otros eventos:* ***i) Cuando las propuestas no cumplan con los requisitos necesarios para efectuar las comparaciones y en consecuencia resulta imposible asignar los puntajes establecidos en el pliego de condiciones*** *(artículo 25-15, Ley 80 de 1993). ii) cuando los ofrecimientos hechos, cotejados con los precios del mercado resulten artificialmente bajos, y* ***iii) en aquellos eventos explícitamente estipulados en el pliego de condiciones siempre que éste no se contradiga con la ley.*** (negrilla del texto)

*(…)*

32. Adicionalmente, la Sala advierte que el pliego de condiciones es claro y preciso respecto de la experiencia exitosa y no exitosa, para efectos de determinar el cumplimiento del oferente, razón por la cual no le asiste razón al recurrente frente al argumento de que tales numerales eran confusos y ambiguos, circunstancia que los llevó a concluir que no era necesario informar sobre ese punto en su propuesta, tal como quedó demostrado en líneas precedentes.

33. En conclusión, para la Sala no está acreditado que en el caso en examen, se hayan quebrantado los principios de transparencia y selección objetiva dentro de la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, en consideración a que la información inexacta contenida en la oferta de la Unión Temporal NQ SUR 2003, conllevaba a que fuera catalogada como no aceptable y, por lo tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por esos cargos.

**34. Sobre las *“inconsistencias”* en la certificación de pagos de seguridad social y aportes parafiscales de la sociedad Álvarez y Collins S.A.**

34.1. En este punto, la Sala pone de presente que centrará su estudio en la información que al respecto suministró la sociedad Álvarez y Collins S.A., en consideración a que la entidad rectificó su posición frente al señor Sergio Torres Reatiga –supra pár.14.17.-.

34.2. Se reitera que en el término para presentar observaciones, la promesa de sociedad TRANSNQS SUR S.A., solicitó que se verificara la información contenida en las certificaciones aportadas en la propuesta de la Unión Temporal NQ SUR 2003, sobre aportes al sistema de seguridad social y aportes parafiscales, razón por la cual, el I.D.U. requirió información al proponente y luego a las entidades encargadas de tales recaudos –supra pár. 14.9. y 14.11-, de donde se desprende que, contrario a lo afirmado en la demanda, no fue un trato desigual ni desproporcionado, porque fue el resultado de la referida observación y de la facultad de verificar información según el numeral 5.5 del pliego de condiciones.

34.3. En el mismo sentido, si bien la parte actora alegó que con base en los documentos aportados con las contra observaciones, los requerimientos de la entidad y las respuestas de las recaudadoras, se desprendía que la sociedad Álvarez y Collins S.A. estaba a paz y salvo por concepto de pagos a seguridad social y aportes parafiscales, circunstancia que debió prevalecer sobre un aspecto formal, como era el de “*no allegar con la propuesta un documento que se relacionaba con un acuerdo de pagos de dichos aportes”*, la Sala advierte que del análisis conjunto de los numerales 3.7 y 5.5 del pliego de condiciones[[23]](#footnote-23), esa circunstancia tenía la virtualidad de convertir la oferta en no aceptable.

35. Lo anterior, en consideración a que fue en virtud de las observaciones y las gestiones desplegadas por la entidad con el fin de verificar la información contenida en la certificación que allegó la sociedad Álvarez y Collins S.A., que se conoció del pagaré n.° 113 a favor del SENA por aportes parafiscales y “*FIC*” de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2002 –supra pár.14.11-. Es del caso precisar, que si bien el acuerdo de pagos obedeció a una vigencia anterior, el pliego de condiciones no dispuso límite temporal, sino que indicó que en caso de existir, debía manifestarse y encontrarse al día.

36. En otros términos, la exigencia del pliego de condiciones sobre dicha circunstancia era clara, por lo que independientemente de que la sociedad Álvarez y Collins S.A. estuviera al día con el acuerdo de pago derivado de aportes parafiscales, así como con las obligaciones legales derivadas de la Ley 789 de 2002, lo que se reprochó fue la ausencia de esa manifestación en su oferta.

37. En conclusión, la demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de la resolución n.º 7526 del 9 de septiembre de 2003, por medio de la cual la Dirección General del Instituto de Desarrollo Urbano –I.D.U.-, adjudicó la Licitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003, a la promesa de sociedad futura TRANSNQS SUR S.A.; adicionalmente, debe tenerse en cuenta, que de conformidad con la evaluación de la adjudicataria, su oferta se catalogó como la mejor y obtuvo un puntaje de 1000 (acta de audiencia de adjudicación del 9 de septiembre de 2003, f.150-164 c.1), sin que obren en el expediente, elementos materiales de prueba que permitan desvirtuarlo.

38. Debe recordarse que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar los hechos planteados y en el presente caso, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos controvertidos y aun en el evento contrario, tampoco demostró que su oferta debía ser la beneficiaria de la adjudicación[[24]](#footnote-24), por lo que corresponde también negar las pretensiones que buscaban que se declarara que su propuesta era la mejor[[25]](#footnote-25).

39. Finalmente, dado que no prosperaron las pretensiones de la demanda, tal como lo indicó el *a quo*, resulta inane resolver la objeción por error grave que presentó el I.D.U. contra el dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia, toda vez que aquel hace referencia a la cuantificación de los perjuicios alegados por la parte actora, partiendo del supuesto de hecho de que a su propuesta debía hacerse la evaluación económica. No obstante, se reitera que la misma no se adelantó porque incumplió con un factor de comparación objetiva y, por lo tanto, resultó no aceptable en los términos del pliego de condiciones de laLicitación Pública n.º IDU-LP-DTC-015-2003. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por las razones aquí consignadas.

**VIII. Costas**

40. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

#### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de junio del 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala de la Subsección**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. En la parte resolutiva de la decisión se consignó (f.325-326 c. ppal.): “***PRIMERO.-*** *Declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por la sociedad Construcciones El Cóndor y la señora Ana María Jaillier Correa, litisconsortes necesarios, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia. //* ***SEGUNDO.-*** *Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la sociedad Construcciones El Cóndor y la señora Ana María Jaillier Correa, litisconsortes necesarios, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia. //* ***TERCERO.-*** *Negar las pretensiones. //* ***CUARTO.-*** *Sin condena en costas. // (…)* [↑](#footnote-ref-1)
2. Berrocal Guerrero. Luis Enrique. *“Manual del Acto Administrativo”*. 6ª ed. Librería Ediciones El Profesional. Bogotá, 2014, p. 199. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente n.º 19936, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-3)
4. [12] *El control judicial de los actos administrativos está circunscrito a los que tengan el carácter de definitivos, actos éstos que corresponden a aquellos a través de los cuales se ha puesto fin a una actuación administrativa o a aquellos que constituyendo una actuación en principio de trámite, se erigen en definitivos en la medida en que impiden la culminación normal del procedimiento a través de una decisión contenida en el acto principal, según lo tiene establecido el inciso final del artículo 50 del C. C.A.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente n.º 37434, C.P.: Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-5)
6. [25] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).* [↑](#footnote-ref-6)
7. [26] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), C.P. Mauricio Fajardo Gómez y, sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.* [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 27223, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-10)
11. La apertura de la Licitación Pública IDU-LP-DTC-015-2003, se programó para el 21 de mayo de 2003 y el cierre para el 4 de agosto de 2003 (adendo n.º 2, f. 81 c.3), en cuya apertura de urna, se contabilizaron 5 propuestas, entre las que se encontraba la de la unión temporal NQS SUR para el tramo 2 (copia del acta de cierre y apertura de urna del 4 de agosto de 2003, f.265-266 c.3). [↑](#footnote-ref-11)
12. En el mismo escrito, la entidad puso en conocimiento del ente investigador, que en la Licitación Pública IDU-LP-DTC-001-2003, también se reportó el contrato 0868804 para acreditar experiencia, sin embargo, en esa oportunidad sí fue considerado, porque no se conocía de las sanciones impuestas por las autoridades ambientales (f. 8 c.6). [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, expediente n.º 27507, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente n.º 28239, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-14)
15. La sociedad Álvarez y Collins S.A., señaló el contrato n.º 0868804, que tenía como objeto los estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras y el mantenimiento y operación durante el periodo de concesión del proyecto denominado “CORREDOR DE ACCESO RÁPIDO A LA VARIANTE DE CARTAGENA”, localizado en Cartagena (Bolívar), participación como persona jurídica en un porcentaje de 42%. [↑](#footnote-ref-15)
16. ***Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.*** [↑](#footnote-ref-16)
17. *Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Se reitera que dicha sociedad fue la contratista en el contrato n.° 0868804 de 1998, denominado “Corredor de Acceso Rápido del Puerto a la variante de Cartagena” –ver supra pár.14.10. y 17.1.-. [↑](#footnote-ref-18)
19. La Sala no desconoce la multa impuesta el 25 de abril de 2002 a la sociedad CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA LTDA. por la Dirección General Marítima, Capitanía del Puerto de Cartagena, en monto de $216 300 000.oo, por haber efectuado obras en áreas de bajamar y cuerpos de agua bajo jurisdicción marítima sin las autorizaciones correspondientes –supra pár.14.14.-, sin embargo, en el expediente no obran documentos que brinden certeza sobre su ejecutoria para la fecha de presentación de la propuesta. [↑](#footnote-ref-19)
20. ***Artículo******25º.-****Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (…) 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. (…)* [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, expediente n.º 37463, C.P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-21)
22. *[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, Exp.:25.804, M.P. Enrique Gil Botero.*  [↑](#footnote-ref-22)
23. ***3.7. CERTIFICACIÓN DE PAGOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES //*** *En caso de que el* ***Proponente*** *del presente proceso de selección, sea una persona jurídica, deberá tener en cuenta lo señalado en la Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”, especialmente lo consignado en el artículo 50; para el efecto deberá aportar con la* ***Propuesta****: //* (…) // *En caso de presentar acuerdo de pago con las entidades recaudadoras respecto de alguna de las obligaciones mencionadas, deberá manifestar que existe el acuerdo y que se encuentra al día en el cumplimiento del mismo. //* (…) ***5.5. VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN //*** *Si durante el término de evaluación de las* ***Propuestas*** *y hasta la fecha de* ***Adjudicación*** *del* ***Contrato*** *se evidencia que no es veraz la información o las declaraciones presentadas por el* ***Proponente*** *relacionadas con la validez jurídica de la misma o cualquiera de los documentos de evaluación, se podrá, a juicio del* ***IDU,*** *determinar que la* ***Propuesta*** *es* ***no Aceptable.***  [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, sentencia del 11 de junio de 2015, expediente n.º 29671, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de marzo 9 de 2011, exp.15550, C.P. Hernán Andrade Rincón; de 5 de abril de 2013, exp. 25.591, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y de 3 de mayo de 2013, exp. 25595, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-25)