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

En virtud de la figura de la acumulación de pretensiones a la cual alude el artículo 165 del C.P.A.C.A., en las demandas presentadas ante esta jurisdicción resulta procedente acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que sean conexas entre sí y se cumplan los siguientes requisitos (…) Se somete a consideración de la Sala tanto la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación del concurso de méritos No. 003 de 2014, el restablecimiento del derecho, como la nulidad del contrato de interventoría No. 164 del 17 de julio de 2014, celebrado como producto del mismo, pretensiones cuya acumulación resulta procedente a través de la presente demanda. (…) Habida consideración de que la Resolución en comento se profirió en vigencia de la Ley 1437 de 2012, el respectivo término de caducidad para su impugnación en sede judicial debe computarse con arreglo a lo dispuesto en la norma que se deja transcrita. En relación con la pretensión de nulidad absoluta del Contrato No. 164, también fue acatado el término previsto en el literal j) del artículo 164 del C.P.A.C.A, con apego al cual “Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento…”, toda vez que, para la fecha en que se radicó la demanda, no habían trascurrido los dos años contados desde el día siguiente a su suscripción, lo cual tuvo lugar el 17 de julio de 2014 .

**AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – Régimen jurídico – Concurso de méritos**

La Sala observa que el Concurso de Méritos No. 003 de 2014 que dio origen al acto y al contrato acusados de nulidad fue adelantado por la Autoridad Nacional de Televisión, entidad creada por la Ley 1507 de 2012 (…) se dispuso que, para efectos de sus actos y contratos, esa autoridad se asimilaría a un establecimiento público del orden nacional (…) Como consecuencia, en acopio de lo dispuesto en el artículo primero en concordancia con lo señalado en el literal a) del ordinal 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al hallarse la actividad contractual de los establecimientos públicos sometida el amparo de las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal

**CONCURSO DE MÉRITOS – Equipo de trabajo – Experiencia específica**

La Sala precisa que, aun cuando en el escrito de la impugnación la parte actora igualmente elevó cargos de reproche en relación con el puntaje otorgado al asesor administrativo y financiero ofrecido como parte del equipo de trabajo presentado por el consorcio adjudicatario, se evidencia que dicho planeamiento constituye un argumento nuevo que se adiciona en esta instancia a los discutidos en la causa petendi plasmada en la demanda, situación que, en acatamiento del principio de congruencia y en procura de la observancia del derecho de defensa de la entidad demandada, se impone a la improcedencia de su análisis de fondo por esta Corporación. Bajo esta precisión, el estudio de la apelación se restringirá a los puntos relacionados con la valoración de la experiencia del equipo de trabajo ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV, exclusivamente al director general y al asesor jurídico.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Requisitos habilitantes – Equipo de trabajo**

Como se aprecia de la lectura de las reglas de la convocatoria, la experiencia del equipo de trabajo ofrecido fue dotada de un doble rol. Por un lado, fue concebida como criterio habilitante que se activaría a partir del cumplimiento de unos requisitos de formación académica y de experiencia laboral general y específica, determinada en función del tipo de actividades ejecutadas, del tipo de cargo desempeñado y del tiempo servido. Simultáneamente, se contempló como factor de evaluación frente al cumplimiento de los mismos requisitos relacionados con la experiencia laboral, pero la calificación recaería sobre el período adicional que superara la experiencia temporal mínima habilitante y, en otros casos, sobre el número de contratos que excedieran el mínimo establecido para habilitar la propuesta. Dentro del equipo de trabajo requerido se encontraban el director general del proyecto y el asesor jurídico, que son los dos profesionales sobre cuya experiencia recayó la discusión por parte de la parte apelante y respecto de los cuales, se reitera, se circunscribirá el análisis de la presente controversia. Pues bien, del recuento efectuado, la Sala recuerda que la experiencia del equipo de trabajo fue ubicada en la categoría de requisito habilitante, mientras que la experiencia adicional que excediera la mínima exigida sería objeto de calificación.

**EXPERIENCIA – Factores puntuables – Subsanabilidad – Irregularidades**

En el caso del director de obra, la propuesta tendría 65 puntos por acreditar dos años o más adicionales en cargos directivos, en empresas de servicios públicos o entidades estatales correspondientes al sector de TIC, servicios públicos, entidades de control o Superintendencias y 65 puntos más por demostrar la participación en dos o más proyectos, adicionales a los habilitantes, de interventoría o consultoría a contratos estatales diferentes de obra pública; en total tendría un puntaje de 130 por el director de obra. Lo primero que hay que destacar en relación con este punto es que la manera en que fue diseñado el cumplimiento del requisito de experiencia de trabajo como factor puntuable se hallaba directamente ligado a la previa observancia del requisito habilitante, en tanto la calificación recaería sobre aquello que excediera el cumplimiento de este último. De ahí resulta claro que sí, de entrada, no se reunía el requisito de la experiencia del director de obra como factor habilitante, tampoco podía reputarse cumplido de inicio como factor puntuable. Se insiste en que se sometería a evaluación aquello que superara el mínimo habilitante, tanto en tiempo como en número de contratos intervenidos. Siguiendo ese mismo esquema de pensamiento, de aceptarse la subsanación de ese requisito en orden a habilitar el proponente, tal circunstancia habría de impactar de manera directa ese factor de calificación. la Sala observa que durante la etapa de subsanación y calificación de la oferta del consorcio interventoría Concesiones TV se configuraron ciertas inconsistencias en relación con el cumplimiento del requisito de la experiencia del director de obra. (… Una vez sometida su propuesta a la etapa preliminar de evaluación, el comité evaluador conceptuó que no cumplía con el requisito habilitante relativo a la experiencia general y específica mínima del director de la obra. (…) La Sala encuentra que no resultaba indispensable que el oferente subsanara los requisitos concernientes al director general ofrecido, relacionados con la explicación sobre la naturaleza del Fondo Nacional del Ahorro, ni con la postura jurisprudencial que considera a la actividad financiera un servicio público, como tampoco en lo asociado a las labores de interventoría desempeñadas por el jefe de informática de esa entidad, dado que así constaba en las resoluciones internas aportadas junto con la propuesta.

**EXPERIENCIA – Adjudicación del contrato – Presunción de legalidad –Principio de selección objetiva**

Por contera, la ausencia del requisito de habilitación impedía considerar apta de inicio la experiencia adicional a la mínima para otorgamiento de puntaje. A la inversa, al subsanarse la falta de acreditación del requisito de experiencia mínima, tal circunstancia impactó de manera directa el otorgamiento de puntaje a la experiencia adicional. Como conclusión de todo lo expuesto, es claro que la subsanación del requisito habilitante de experiencia del director general del proyecto afectó los factores de experiencia adicional susceptibles de calificación, tanto en su aspecto temporal, como en el número de proyectos ejecutados, contrariando lo dispuesto sobre el particular por el Estatuto de Contratación Estatal, dado que a pesar de que el oferente contaba con la experiencia habilitante desde antes del cierre del procedimiento de selección, la subsanación que sobre el mismo recayó incidió en la experiencia adicional requerida para otorgamiento de puntaje, lo que por contera, respecto de este último comportó un mejoramiento de la oferta. Retomando el aspecto relacionado con la improcedencia de otorgar puntaje por el factor de experiencia del director general ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV, la Sala evidencia que, incluso, en el escenario de restar el puntaje asignado por ese criterio de ponderación, su oferta, luego de ser calificada atendiendo a esa premisa, habría continuado ocupando el primer lugar en el orden de elegibilidad y, por tanto, no se habría concretado la vulneración del principio de selección objetiva (…) De ahí se concluye que en el supuesto de haberse abstenido de otorgar puntaje por la experiencia del director general presentado por el consorcio Interventoría Concesión TV, el orden de elegibilidad no se habría alterado y, en esa medida, no existe vocación para anular el acto de adjudicación demandado, debido a que no se materializó un desconocimiento al principio de selección objetiva que se alega transgredido. Como consecuencia, la sentencia apelada merece ser confirmada en cuanto negó las pretensiones de la demanda. En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00085-02(57936)**

**Actor: JAHV MACGREGOR S.A.**

**Demandado: AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - CONTRACTUAL (Ley 1437 de 2011)**

Temas: RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA ANTV / su actividad contractual se rige por la Ley 80 de 1993 – IMPROCEDENCIA DE SUBSANAR ASPECTOS QUE AFECTAN LA ASIGNACIÓN DE PUNTAJE / debe restarse el puntaje otorgado a aspectos subsanados - NO SE DEMOSTRÓ QUE LA DEMANDANTE TUVIERA LA MEJOR PROPUESTA / el acto de adjudicación debe conservar su presunción de legalidad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, el 22 de junio de 2016, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: Negar la objeción por error grave.*

*“SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.*

*“TERCERO: Las costas del proceso serán fijadas por el magistrado ponente, mediante auto susceptible de reposición.*

*“Los gastos del proceso serán liquidados por secretaría de la sección, con fundamento en los gastos debidamente demostrados, de conformidad con lo establecido en el art. 366 del Código General del Proceso”.*

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

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 13 de enero de 2015 por la sociedad Jahv Mcgregor S.A., en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141, en concordancia con el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV y de las sociedades Sertic S.A.S. y KBT S.A.S. miembros del consorcio Interventoría Concesión TV, con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 2077 del 11 de julio de 2014, por la cual se adjudicó el Concurso de Méritos No. 03 de 2014, al consorcio Interventoría Concesión TV; ii) se declarara la nulidad absoluta del Contrato No. 164 del 17 de julio de 2014, celebrado entre la Autoridad Nacional de Televisión – ANTV y el consorcio Interventoría Concesión TV; iii) se declarara que la sociedad Jahv Mcgregor S.A. presentó la mejor oferta y que le correspondía ser la adjudicataria del Concurso de Méritos No. 03 de 2014; iv) a título de restablecimiento del derecho, se condenara al Autoridad Nacional de Televisión ANTV a pagar a la demandante la suma de $473’978.690, por concepto de la utilidad que habría percibido, derivada de la ejecución del contrato producto del Concurso de Méritos 03 de 2014; v) se condenara a la demandada a pagar las costas del proceso.

**2. Los hechos**

En el escrito de demanda y en el de su subsanación, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

**2.1.** Mediante Resolución No. 1729 del 3 de junio de 2014, la Autoridad Nacional de Televisión ANTV ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. 003 de 2014, con el objeto de contratar (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“*la interventoría integral en aspectos jurídicos, financieros, administrativos y de programación y contenidos a los contratos de concesión de televisión abierta nacional privada No. 136 y 140 de 1997, a los contratos de concesión de espacios de televisión en el canal uno No. 085, 086, 087 de 2003, al contrato de concesión de televisión local con ánimo de lucro No. 167 de 1998, a los contratos de concesión de televisión por suscripción No. (…), a partir de las obligaciones pactadas en los contratos y sus respectivas prórrogas o ampliaciones y de conformidad con las normas reglamentarias y regulatorias del servicio público de televisión, con un presupuesto de dos mil ochocientos treinta millones quinientos dos mil novecientos noventa y seis pesos M/cte (2.830’502.996,oo), por un plazo comprendido entre la fecha de firma del acta de inicio hasta el 31 de diciembre de 2014*”.

**2.2.** A la invitación acudieron cuatro proponentes, entre ellos, el consorcio Interventoría Concesión TV y la sociedad Jahv Mcgregor S.A.

**2.3.** De conformidad con el informe de evaluación rendido por el comité, el consorcio Interventoría Concesiones TV ocupó el primer orden de elegibilidad con 810 puntos y la sociedad Jahv Macgregor se ubicó en el segundo con 635 puntos.

**2.4.** Mediante Resolución 2077 del 11 de julio de 2014, la Autoridad Nacional de Televisión ANTV adjudicó el concurso de méritos al consorcio Interventoría Concesión TV.

**2.5.** Se sostiene en la demanda que la propuesta del consorcio Interventoría Concesión TV no debió resultar favorecida con la adjudicación, por las siguientes falencias:

* Se presentaron certificaciones nuevas que acreditaban la experiencia del director del proyecto, con lo cual se permitió la mejora de su propuesta y se le asignó indebidamente puntaje a ese factor de ponderación.
* No acreditó la experiencia profesional del asesor jurídico exigida en el pliego de condiciones, por cuanto los contratos ejecutados no guardaban correspondencia con temas de contratación estatal o interventoría, como lo demandaban las reglas del concurso y, por tanto, solo acreditó 21 meses de los dos años que se requerían de experiencia profesional específica.

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

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló que la resolución acusada incurrió en falsa motivación y desconoció el principio de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto la evaluación de la propuesta presentada por el consorcio Interventoría Concesión TV no se ciñó a las exigencias del pliego de condiciones respecto de la experiencia del director del proyecto y de su asesor jurídico. Adujo que la ANTV, al solicitar que se aclarara la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro en relación con la experiencia del ingeniero de sistemas ofrecido como director del proyecto, permitió que se acreditaran hechos posteriores e información nueva a la suministrada en la época del cierre y valoró certificaciones que hacían constar hechos posteriores a la fecha en que fueron expedidas. Precisó que la valoración de las certificaciones en cometo no solo concernía a la verificación de un requisito habilitante sino también a uno puntuable, por lo que al proceder en esa dirección transgredió las normas del pliego de condiciones.

Para el accionante, ante la existencia de inconsistencias en la información suministrada, la entidad debió rechazar la propuesta. Agregó que la entidad evaluó indebidamente la experiencia del asesor jurídico ofrecido por la adjudicataria, en razón a que las certificaciones aportadas daban cuenta de la ejecución de varios contratos que no guardaban relación con temas de contratación estatal o interventoría, como lo demandaba el documento precontractual.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Por auto de 11 de marzo de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y a los integrantes del consorcio Interventoría Concesión TV, en calidad de adjudicatario, por tener un interés directo en el resultado del proceso.

**4.2. Contestación de la demanda**

**Autoridad Nacional de Televisión – ANTV**

La entidad demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal. Se opuso a las pretensiones y a toda situación encaminada a deslegitimar la facultad de la entidad para adelantar el concurso de méritos y adjudicarlo. En ese sentido, señaló que el acto acusado y el contrato demandado fueron expedidos y celebrados con apego a las disposiciones legales aplicables al caso.

Frente a los hechos de la demanda refirió que el consorcio Interventoría Concesión TV presentó dos documentos de observaciones el 7 de julio de 2014 con los cuales: i) acreditó los requisitos de habilitación, ii) solicitó la corrección del informe preliminar, en razón a que se había escrito que no cumplía la experiencia habilitante del proponente, lo cual era un error mecanográfico porque desde un inicio sí cumplía; iii) aportó certificación relacionada con el director general de interventoría; iv) argumentó por qué debía tenerse en cuenta la certificación del Fondo Nacional del Ahorro, relacionada con el director general; v) solicitó que se le tuviera en cuenta la experiencia certificada por la Procuraduría General de la Nación al director general; vi) solicitó la asignación de puntaje como consecuencia de la habitación; vii) aportó certificaciones relacionadas con los asesores financiero y jurídico viii) aportó copia de la cédula de ciudadanía del asesor de contenidos.

Puso de presente lo ocurrido en la audiencia de adjudicación e indicó que los hechos debían leerse en contexto y no de manera fragmentada, como lo plasmaba el libelista.

Como argumento de la contradicción replicó que la asignación de puntaje a la propuesta de la adjudicataria por la experiencia del director general del proyecto se obtuvo como consecuencia de la documentación aportada inicialmente con la propuesta y que, incluso, de aceptar que fue con ocasión de la certificación expedida por KBT, igual en el caso de restar el puntaje correspondiente a la misma, la oferta de consorcio Interventoría Concesión TV continuaría ocupando el primer lugar en el orden de elegibilidad.

Respecto de la experiencia del asesor jurídico explicó que, desde el informe preliminar de evaluación, dicho profesional cumplió con los requisitos habilitantes, a pesar de lo cual en ese momento no se asignó puntaje, por cuanto la oferta en su integridad no se hallaba habilitada. Agregó que, para el momento del informe final de evaluación, la oferta del consorcio Interventoría Concesión TV estaba habilitada y resultaba procedente otorgarle puntaje al asesor jurídico presentado, a quien en efecto se le concedieron 50 puntos por acreditar su título de magister en derecho, hecho probado cuando se allegó la propuesta.

Por último, formuló las excepciones que denominó “*improcedencia de la acción por cuanto los actos demandados fueron expedidos con observancia de las disposiciones que regulan la materia*” y “*caducidad de la acción*”.

**Consorcio Interventoría Concesión TV**

El consorcio demandado presentó escrito de oposición dentro del término legal.

Esgrimió que las pretensiones carecían de fundamentos jurídicos y fácticos en razón a que su propuesta resultó ajustada al pliego de condiciones y la más favorable para la entidad contratante.

Adicionalmente, presentó las excepciones que se transcriben a continuación: “*caducidad de la acción*”, “*ineptitud formal de la demanda por indebida acumulación de pretensiones”, “falta de requisitos formales de la demanda por cuanto no se presentó el juramento estimatorio de cuantía*”, “*falta de invocación y sustentación de una causal específica de nulidad absoluta del contrato y del acto de adjudicación*”, “*la adjudicación se dio al proponente mejor calificado y habilitado*”, “f*alta de legitimación por activa*” y “*proceso de adjudicación surtido con todas las formalidades previstas en la ley y los pliegos de condiciones*”.

**4.3. Audiencia Inicial**

El 23 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en la cual tuvo lugar la etapa de saneamiento. En esa oportunidad, se puso de presente la inobservancia de vicio alguno que afectara de nulidad lo actuado. Las partes convalidaron lo dicho.

Luego se dio paso a la resolución de excepciones previas. Frente a la caducidad de la acción, se estimó que debía darse aplicación al término prescrito en el segundo inciso del artículo 141 del C.P.A.C.A., a partir de lo cual concluyó que el acto de adjudicación cobró ejecutoria el 11 de julio de 2014, y a partir de entonces se contaban cuatro meses para incoar la demanda en su contra, los cuales vencían el 12 de noviembre de la misma anualidad. Advirtió que, faltando 13 días para cumplirse, el término se interrumpió el 30 de octubre de 2014 por la solicitud de conciliación extrajudicial, trámite que se declaró fallido el 5 de diciembre siguiente, por lo que al día siguiente se reanudó el tiempo restante, el cual venció el 18 de diciembre. Se explicó que, sin embargo, en esa fecha la Rama Judicial atravesaba por un período de cese de actividades. De ahí que, al haberse interpuesto la demanda el 13 de enero del año siguiente, cuando se reiniciaron labores, concluyó que la acción se ejerció oportunamente.

Declaró probada parcialmente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, bajo la comprensión de que el restablecimiento solicitado debía circunscribirse al análisis de la actuación de la ANTV, por ser esa la entidad que expidió el acto fuente del daño, cuestión que no cobijaba al consorcio demandado.

Desestimó la excepción de falta de requisitos formales de la demanda, por considerar que la Ley 1437 del C.P.A.C.A no contemplaba el juramento estimatorio como un requisito para presentarla.

Después de hacer un recuento de los hechos en contienda, procedió a fijar el litigio y lo circunscribió a responder los siguientes interrogantes: ¿Cuáles fueron los documentos inicialmente presentados por todos los oferentes como soporte de sus ofertas, respecto del director de proyectos y el asesor jurídico de cada uno de los participantes en el concurso de méritos?; ¿si no estaba facultado para pedir aclaraciones, cómo quedarían las calificaciones?; ¿si esos documentos adicionales aportados alteraron los requisitos habilitantes o de ponderación?; ¿si la calificación o evaluación del director y el asesor jurídico se hizo de conformidad con el pliego de condiciones?; ¿si hubo o no falsa motivación del acto administrativo?; ¿si la evaluación de todos los proponentes se ajustó al pliego respecto del director del proyecto o asesor jurídico para verificar quien hubiera sido el ganador?.

Por último, la Sala Unitaria se pronunció frente al valor de las pruebas aportadas al plenario y decretó las solicitadas por las partes.

**4.4. Audiencia de pruebas**

El 14 de marzo de junio de 2016[[1]](#footnote-1) se llevó a cabo la audiencia de pruebas, en desarrollo de la cual se decretaron varias pruebas documentales, se corrió el traslado del dictamen solicitado por la parte actora y, luego de ser objeto de solicitud de aclaración, dicha petición fue absuelta por el perito en el curso de la diligencia.

**4.5. Alegatos de conclusión**

El 25 de abril de 2016, en continuación de la audiencia de pruebas[[2]](#footnote-2), el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

**4.6. La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Después de efectuarel recorrido probatorio, el operador de primer grado advirtió que los documentos habilitantes aportados por los oferentes fueron objeto de observación porque la ANTV estableció la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas.

Al analizar los argumentos expuestos en contra de la valoración de la experiencia del director del proyecto ofrecido por el consorcio adjudicatario, señaló que cuando la entidad revisó la certificación del Fondo Nacional del Ahorro evidenció que el lapso certificado no coincidía con el cuadro aportado en la propuesta, cuestión que llevó a la ANTV a solicitar a aclaración respecto de ese punto. Observó que esta falencia fue subsanaba por el consorcio, a través del escrito de aclaración, en el cual se indicó que la fecha a tener en cuenta era la de expedición de la certificación, es decir, el 30 de julio de 2010, período que en total sumaba 11.97 años de experiencia.

Con base en lo anterior, el *a quo* consideró que el director del proyecto cumplió las exigencias de la experiencia, pues, aun cuando fue necesario precisar el tiempo laborado, el certificado que aclaraba esa circunstancia fue aportado con la propuesta y, como consecuencia, fue apreciado como requisito habilitante, pero no así para efectos de asignación de puntaje.

Igualmente, estimó que la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro se ajustaba a lo solicitado en el pliego, en cuanto el objeto envuelto en el contrato certificado debía corresponder a un servicio público. Sobre esa misma certificación señaló que daba cuenta del ejercicio de un cargo directivo, tal y como lo establecía el documento precontractual.

Respecto de la certificación expedida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos para acreditar la experiencia del asesor jurídico, la cual, según el actor, no se refería a temas de contratación estatal o interventoría, señaló que ese profesional se encontraba habilitado con los documentos aportados con la propuesta y no obtuvo puntaje adicional derivado de la mencionada certificación.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que no se logró desvirtuar la legalidad del acto acusado.

**4.5. El recurso de apelación**

La parte actora presentó oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

1) En el primer punto de la apelación insistió en que en el fallo no se apreció como correspondía la valoración y calificación dada por la ANTV a la experiencia profesional del director del proyecto ofrecido por el consorcio adjudicatario.

En su criterio, la entidad aceptó documentos nuevos con posterioridad al cierre del concurso y, además, calificó la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, la cual no cumplía con los requisitos del pliego para recibir puntaje, pues presentaba inconsistencias. Indicó que, de conformidad con la aplicación de las reglas del procedimiento de selección los documentos aportados para acreditar experiencia del equipo de trabajo, como parte de los requisitos habilitantes, no debían ser tenidos en cuenta para la calificación de la experiencia.

Siguiendo su argumentación, explicó que, al ser tenida en cuenta la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro como requisito habilitante, luego de ser subsanada no podía considerarse para calificar la oferta, como en efecto procedió la entidad.

Para la recurrente, las certificaciones que ofrecían inconsistencias o falta de solidez y coherencia, como la del Fondo Nacional del Ahorro, debían rechazarse.

2) En relación con la valoración de la hoja de vida del asesor jurídico ofrecido por el consorcio adjudicatario, esgrimió que la certificación sobre su experiencia, expedida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, no se ajustaba a los requerimientos del pliego, habida consideración de que las labores certificadas no versaban sobre interventoría o contratación estatal, por lo que lo procedente era disponer su rechazo. Manifestó que las demás certificaciones aportadas para acreditar el cumplimiento de esos requisitos no sumaban la experiencia requerida, amén de que tampoco fueron aportadas con la propuesta sino con posterioridad.

3) Agregó que la ANTV no debió tener en cuenta la hoja de vida del asesor financiero y administrativo ofrecido por el consorcio adjudicatario, debido a que la experiencia certificada no se hallaba asociada a una consultoría sino a labores de tercerización, a través de un outsourcing que llevaba a cabo todas las labores materiales y de logística encomendadas.

**5. Actuación en segunda instancia**

**5.1.** Mediante providencia del 5 de octubre de 2016, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

**5.2.** Por medio de auto del 7 de diciembre del mismo año, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, los sujetos procesales presentaron su escrito de alegaciones, en el cual, en esencia, reiteraron los argumentos que soportaron la causa y la contradicción. El Ministerio Público guardó silencio.

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

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales; **3)** legitimación en la causa; **4)** el régimen jurídico que informó el Concurso de Méritos No. 003 de 2014 adelantado por la ANTV; **5)** los límites del recurso de apelación; **5.1**) las exigencias previstas en el pliego de condiciones para habilitar y otorgar puntaje al equipo de trabajo ofrecido por los oferentes; **5.2)** la experiencia del director general del proyecto ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV; **5.3)** la valoración de la experiencia del asesor jurídico presentado por el consorcio Interventoría Concesión TV; **5.4)** la validez de la resolución de adjudicación por no desvirtuarse que la propuesta del consorcio Interventoría Concesión TV era la mejor oferta y **6)** costas.

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

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

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

El acto administrativo de adjudicación del Concurso de Méritos No. 003 de 2014, objeto de demanda, fue proferido por la Autoridad Nacional de Televisión ANTV y el contrato celebrado como el producto del mismo fue celebrado por el esa misma entidad, que concurre como demandada en la presente causa. Así las cosas, al ser la parte demandada, ANTV[[4]](#footnote-4), una agencia estatal de naturaleza especial y que para efectos contractuales se asimila a un establecimiento público, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998[[5]](#footnote-5) ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- En consideración que en el caso se presentaron pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de acto de adjudicación contenido en la Resolución 2077 del 11 de julio de 2004, y al consecuencial restablecimiento del derecho, por ser un acto proferido con ocasión de la actividad contractual del Estado, con fundamento en el numeral 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor[[6]](#footnote-6) resulta superior al monto equivalente a 300 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

A la misma conclusión se llega desde la óptica de la pretensión de nulidad absoluta del Contrato No. 1364 del 17 de julio 2014, celebrado como resultado del procedimiento de selección, formulada también en el escrito introductorio, en tanto que, en aplicación a lo dispuesto el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, y toda vez que el valor de la pretensión mayor[[7]](#footnote-7) excede al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes[[8]](#footnote-8) a la fecha de presentación de la demanda, se evidencia que esta Corporación tiene competencia funcional para asumir el conocimiento del caso en segunda instancia.

**2.- Procedencia y oportunidad del medio de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales**

En virtud de la figura de la acumulación de pretensiones a la cual alude el artículo 165 del C.P.A.C.A., en las demandas presentadas ante esta jurisdicción resulta procedente acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que sean conexas entre sí y se cumplan los siguientes requisitos:

“*1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*

*“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*

*“3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*

*“4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento*”.

El artículo 141 del CPACA, que regula el medio de control de controversias contractuales, establece que las partes de un contrato del Estado pueden pedir que “*… se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”*.

El inciso 2º del artículo en mención dispuso que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse a través de los medios de control de *nulidad* (artículo 137) o de *nulidad y restablecimiento del derecho* (artículo 138).

Se somete a consideración de la Sala tanto la declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación del concurso de méritos No. 003 de 2014, el restablecimiento del derecho, como la nulidad del contrato de interventoría No. 164 del 17 de julio de 2014, celebrado como producto del mismo, pretensiones cuya acumulación resulta procedente a través de la presente demanda.

Así, con el propósito de establecer la oportunidad en el ejercicio de la pretensión del acto precontractual impugnado, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), al tenor del cual “*Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”.*

Dicho esto, la Resolución 2077 del 11 de julio de 2014, por medio de la cual la ANTV adjudicó el Concurso de Méritos No. 003 de 2014, fue publicada en esa fecha en el SECOP[[9]](#footnote-9), a lo que se añade que el contrato de interventoría celebrado como resultado de esa convocatoria fue suscrito el 17 de julio del mismo año.

Habida consideración de que la Resolución en comento se profirió en vigencia de la Ley 1437 de 2012[[10]](#footnote-10), el respectivo término de caducidad para su impugnación en sede judicial debe computarse con arreglo a lo dispuesto en la norma que se deja transcrita. Así, dado que la publicación del acto enjuiciado se produjo el 11 de julio de 2014, la fecha inicial del conteo se ubica al día siguiente, esto es, el 12 de julio de 2014, por lo que los cuatro meses de caducidad se habrían de cumplir el 12 de noviembre de 2014.

En este punto, es imperativo señalar que el 30 de octubre de 2014, faltando trece días para vencerse el plazo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 137 Judicial II para Asuntos Administrativos[[11]](#footnote-11), trámite que culminó el 5 de diciembre del mismo año[[12]](#footnote-12), tras expedirse la constancia en la cual se daba cuenta de que la audiencia se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio[[13]](#footnote-13). A partir del día siguiente se reanudaron los trece días restantes para completar los cuatro meses, los cuales vencían el 18 de diciembre de 2014; sin embargo, según informó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[14]](#footnote-14), para esa fecha esa Corporación se encontraba en cese de actividades por paro judicial hasta el 13 de enero de 2015, día en que reiniciaron labores.

Habida cuenta de que la demanda se interpuso el 13 de enero de 2015, se concluye que su ejercicio para pretender la nulidad del acto precontractual fue oportuno.

En relación con la pretensión de nulidad absoluta del Contrato No. 164, también fue acatado el término previsto en el literal j) del artículo 164 del C.P.A.C.A, con apego al cual “*Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento…”*, toda vez que, para la fecha en que se radicó la demanda, no habían trascurrido los dos años contados desde el día siguiente a su suscripción, lo cual tuvo lugar el 17 de julio de 2014[[15]](#footnote-15).

**3.- Legitimación en la causa**

Le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Jahv Mcgregor S.A. para integrar el extremo demandante, en consideración a que, después de participar en el Concurso de Méritos No. 003 de 2014, no resultó favorecida con el acto de adjudicación de cuya legalidad se ocupa la Sala en esta oportunidad.

Igualmente, halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a la Autoridad Nacional de Televisión ANTV, en atención a que, en su calidad de entidad pre-contratante dentro del procedimiento de selección No. 003 de 2014, fue la que expidió el acto administrativo impugnado y suscribió el acuerdo que tuvo allí su génesis.

Por último, el consorcio Interventoría Concesión TV se encuentra legitimado en la causa por pasiva, como tercero con interés en el resultado del proceso, en calidad de favorecido con el Concurso de Méritos No. 003 de 2014, adjudicado mediante el acto acusado de nulidad y como contratista del negocio cuya nulidad se pretende.

**4. El régimen jurídico que informó el Concurso de Méritos No. 003 de 2014 adelantado por la ANTV**

La Sala observa que el Concurso de Méritos No. 003 de 2014 que dio origen al acto y al contrato acusados de nulidad fue adelantado por la Autoridad Nacional de Televisión, entidad creada por la Ley 1507 de 2012, por la cual “*se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión*…”, como una autoridad nacional estatal de carácter especial.

Igualmente, en el parágrafo del artículo primero de esta normativa se dispuso que, para efectos de sus actos y contratos, esa autoridad se asimilaría a un establecimiento público del orden nacional.

Como consecuencia, en acopio de lo dispuesto en el artículo primero en concordancia con lo señalado en el literal a) del ordinal 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al hallarse la actividad contractual de los establecimientos públicos sometida el amparo de las disposiciones del Estatuto de Contratación Estatal, resulta propio colegir que el concurso de méritos que centra la atención de la Sala fue regido por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-16), como por todas aquellas que la modificaron y la reglamentaron vigentes al momento en que se dio apertura a la convocatoria.

**5.- Los límites del recurso de apelación**

La censura estriba en cuestionar el otorgamiento de puntaje a la propuesta presentada por el consorcio Interventoría Concesión TV, en lo concerniente a la experiencia del director general ofrecido como parte del equipo de trabajo y la habilitación de la experiencia específica del asesor jurídico presentado como personal del proyecto.

En este punto, la Sala precisa que, aun cuando en el escrito de la impugnación la parte actora igualmente elevó cargos de reproche en relación con el puntaje otorgado al asesor administrativo y financiero ofrecido como parte del equipo de trabajo presentado por el consorcio adjudicatario, se evidencia que dicho planeamiento constituye un argumento nuevo que se adiciona en esta instancia a los discutidos en la *causa petendi* plasmada en la demanda, situación que, en acatamiento del principio de congruencia y en procura de la observancia del derecho de defensa de la entidad demandada, se impone a la improcedencia de su análisis de fondo por esta Corporación.

Bajo esta precisión, el estudio de la apelación se restringirá a los puntos relacionados con la valoración de la experiencia del equipo de trabajo ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV, exclusivamente al director general y al asesor jurídico.

**5.1. Las exigencias previstas en el pliego de condiciones para habilitar y otorgar puntaje al equipo de trabajo ofrecido por los oferentes**

Para abordar el examen de los argumentos de la apelación, la Sala partirá de realizar un breve recuento sobre lo probado en relación con los aspectos que interesan al debate.

Sobre el particular está acreditado que mediante de Resolución No. 1729 del 3 de junio de 2014, la Autoridad Nacional de Televisión ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. CM-003 de 2014, cuyo objeto consistió en (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“*la selección del proponente que se obliga a realizar la interventoría integral, en aspectos jurídicos, financieros, administrativos y de programación y contenidos, a los contratos de concesión de Televisión Abierta Nacional Privada No. 136 y 140 de 1997, de los Contratos de Concesión de Espacios de Televisión en el canal uno No. 085, 086 y 087 de 2003y del Contrato de Concesión de Televisión Local con Ánimo de Lucro No. 167 de 1998, de los Contratos de Concesión de Televisión por suscripción No. 005 de 1986, 012 de 1987, 057 de 1996, 106, 107, 110, 112, 113, 115, 117, 119, 120, 122, 132, 134, 141, 142, 143, 147, 148, 149, 151, 152, 155, 160, 163, 167, 172, 177, 181, 182, 183, 186, 189, 190, 200, 201, 203, 204, 205 y 206 de 1999, 017 de 2007, 013, 054, 055, 065, 066, 067, 068, 069, 070, 071, 072, 073, 074, 075, 076, 077, 078, 079 y 080 de 2012…*”[[17]](#footnote-17).

-. Del pliego de condiciones que gobernó el Concurso de Méritos Abierto No. 03 del 2014, se destaca el siguiente clausulado[[18]](#footnote-18):

En el numeral 4 se establecieron como requisitos habilitantes para participar en el concurso de méritos: la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la capacidad organizacional y la capacidad técnica.

Frente al contenido de la propuesta técnica se estableció (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

 *“4.4.3. La propuesta técnica deberá contener:*

1. *El plan de trabajo propuesto, que desarrolle los objetivos, alcance y actividades que son objeto de esta contratación.*
2. *El organigrama sobre la organización propuesta para ejecutar el contrato.*
3. *El cronograma para la ejecución del contrato, el cual deberá reflejar el cumplimiento de los objetivos y actividades descritas en el pliego.*
4. *Relación del personal ofrecido que es objeto de calificación, así como del personal adicional que se empleará para la ejecución del contrato, indicado los roles y actividades que desarrollará en la ejecución contractual.*

*“4.4.4. EQUIPO DE TRABAJO:*

*“El siguiente es el personal básico que debe ofrecer el proponente y sobre el cual se realizará la verificación de requisitos habilitantes y la asignación de puntaje, según se indica más adelante, el cual deberá relacionarse en los formatos del anexo 5 – Equipo de Trabajo del Pliego de Condiciones* (destaca la Sala).

*“En todo caso, será responsabilidad del oferente contar con el personal adicional que requiera para ejecutar satisfactoria y oportunamente el contrato.*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***CARGO*** | ***DIRECTOR GENERAL***  | ***No. DE PERSONAS***  | ***1*** |
| *DEDICACIÓN*  | *Permanente y durante todo el tiempo de la ejecución del contrato.* |  |  |
| *PROFESIÓN*  | *Economista o Ingeniero o Administración de Empresas o Abogado o Profesional Financiero o Contador Público o Administrador Público* |  |  |
| *POSGRADO*  | *Especialización o maestría en Ciencias Económicas, Jurídicas, de Administración, de Auditoria, de Gestión de Calidad, particularmente:* * *Administración (de empresas, de negocios o pública) o*
* *Economía o*
* *Gerencia de proyectos o*
* *Alta gerencia o*
* *Contratación estatal o*
* *Derecho de Telecomunicaciones o administrativo o público o*
* *Servicios públicos o*
* *Finanzas públicas*
* *Telecomunicaciones*
* *Teleinformática*
* *Ciencias de la Información y las comunicaciones*
* *Derecho Financiero*
* *Gestión Pública*
 |  |  |
| *EXPERIENCIA GENERAL MÍNIMA Y MÁXIMA (EN AÑOS)* | *Mínimo 8 años en los últimos 12 años.* |  |  |
| *EXPERIENCIA ESPECIFICA*  | *Haber participado en calidad de Director o Coordinador o Gerente o en cargos de dirección equivalentes, en:*1. *a). Mínimos tres (3) proyectos de consultoría o interventoría a proyectos o contratos estatales diferentes de obra pública, ejecutados en sectores en TIC, servicios públicos, entidades de control, superintendencias, proyectos de política pública; y*
2. *b). Haber ejercido cargos directivos en empresas de servicios públicos o entidades estatales, cuyas funciones involucran o en desarrollo de las cuales haya realizado interventoría a proyectos o contractos estatales diferentes de obra pública, por un período mínimo de tres (3) años.*
 |  |  |
| *CARGO*  | *ASESOR FINANCIERO Y ADMINISTRATIVO*  | *1* |  |
| *DEDICACION*  | *Permanente y durante todo el tiempo de la ejecución del contrato.*  |  |  |
| *PROFESIÓN*  | *Economista o Administrador de Empresas o Ingeniero Financiero o Ingeniero Industrial o Profesional Financiero o Contador Público.*  |  |  |
| *POSGRADO*  | *Especialización o maestría en Ciencias Economista, Jurídicas, de Administración, o de Auditoría, de Gestión de Calidad, particularmente:* * *Administración (de empresas, de negocios o pública) o*
* *Finanzas o*
* *Gerencia de proyectos o*
* *Gerencia financiera o*
* *Ciencias financieras y de sistemas o*
* *Auditoría o*
* *Revisoría fiscal*
 |  |  |
| *EXPERIENCIA GENERAL MÍNIMA Y MAXIMA (EN AÑOS)* | *Mínimo 5 años en los últimos 10 años.*  |  |  |
| *EXPERIENCIA ESPECÍFICA*  | *Haber participado en calidad de Director o Coordinador o Gerente o Asesor, Consultor en cargos equivalentes de acuerdo con las funciones ejercidas, en:*1. *Mínimo dos (2) proyectos de consultoría o interventoría diferentes a obra pública; y*
2. *Haber ejercido cargos de Director, Gerente, Coordinador, Asesor o profesional en empresas de servicios públicos o entidades estatales por un período mínimo de dos (2) años, cuyas funciones se hayan relacionado con el manejo administrativo o financiero de la empresa o entidad.*
 |  |  |
| ***CARGO***  | ***ASESOR JURÍDICO***  | *1* |  |
| *DEDICACIÓN*  | *Permanente y durante todo el tiempo de la ejecución del contrato.* |  |  |
| *PROFESIÓN*  | *Abogado*  |  |  |
| *POSGRADO*  | *Especialización o maestría en:* * *Derecho administrativo o*
* *Derecho contencioso administrativo o*
* *Derecho de telecomunicaciones o*
* *Derecho público o*
* *Derecho público para la gestión administrativo o contratación estatal o*
* *Derecho contractual público o privado p*
* *Gestión pública o*
* *Servicios públicos o*
* *Afines a las anteriores*
 |  |  |
| *EXPERIENCIA GENERAL MÍNIMA Y MÁXIMA (EN AÑOS)* | *Mínimo 5 años en los últimos 10 años.* |  |  |
| *EXPERIENCIA ESPECÍFICA*  | *Haber participado en calidad de Director o Coordinador o Gerente o Asesor o Consultor o en cargos o roles equivalentes de acuerdo con las funciones ejercidas, en:**a) Mínimo dos (2) proyectos de consultoría o interventoría, y*1. *b) Haber ejercido cargos de Director, Coordinador, Gerente, o haber sido Asesor en temas de contratación estatal o interventoría en empresas de servicios públicos o entidades estatales por un período mínimo de dos (2) años.*
 |  |  |

*“(…).*

*“4.4.4.2. EXPERIENCIA DEL PERSONAL.*

*“Las experiencias certificadas y acreditadas deben corresponder en su totalidad a las relacionadas en los formatos 5 A y 5 C del Anexo No. 5 al pliego de condiciones.*

*“Para los efectos de contabilización tanto de la Experiencia General como Específica los años y los meses de experiencia profesional certificada se computarán como de 360 y 30 días, respectivamente.*

*“La certificación expedida por la entidad a la cual prestaron sus servicios debe identificar como mínimo los siguientes datos:*

1. *Nombre de la persona natural o jurídica contratante.*
2. *Nombre del contratista o empleado.*
3. *Numero de contrato o del acto administrativo de nombramiento.*
4. *Objeto del contrato o funciones /obligaciones y actividades específicas desarrolladas dentro del mismo.*
5. *Fecha de inicio del contrato (día, mes y año).*
6. *Fecha de terminación (día, mes y año).*

*“(…)”.*

Como factores de evaluación de las propuestas, se introdujeron los siguientes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *FACTOR DE EVALUACIÓN*  | *PUNTAJE*  |  |
|  | *PONDERACIÓN*  | *PUNTOS*  |
| *Experiencia específica del proponente*  | *40%* | *400* |
| ***Formación y Experiencia del equipo de trabajo*** | ***50%*** | ***500*** |
| *Apoyo a la Industria Nacional (Ley 816 de 2003)* | *10%* | *100* |
| *Total* | *100%* | *1.000* |

*“(…).*

*“5.1.2. FORMACIÓN Y EXPERIENCIA DEL EQUIPO DE TRABAJO (HASTA 500 PUNTOS).*

*“La ANTV le asignará el cincuenta (50%) de la calificación, hasta 500 puntos del total de la puntuación, al equipo de trabajo que posea mayores competencias para la ejecución de contrato (formación y experiencia adicional a la mínima habilitante), de la siguiente manera:*

*“(…).*

*“FORMACIÓN ADICIONAL DEL EQUIPO DE TRABAJO (HASTA 250 PUNTOS)*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *EXPERIENCIA ADICIONAL DEL EQUIPO DE TRABAJO*  |  |  |
| *CARGO*  | *REQUISITO* | *PUNTAJE*  |
| ***Director de Proyecto***  | ***Dos (2) años o más de experiencia (Adicional a la mínima habilitante) en cargos directivos en empresas de servicios públicos o entidades estatales, (ejecutados en los sectores TIC, servicios públicos, entidades de control o Superintendencias).******Haber participado en dos (2) o más proyectos (adicionales a los mínimos habilitantes) de consultoría o interventoría a proyectos o contratos estatales diferentes de obra pública; y cuyas funciones involucren o en desarrollo de las cuales haya realizado interventoría a proyectos diferentes de obra pública.***  | *65* *65* |
| ***Asesor Jurídico***  | ***Contar con una experiencia de dos (2) años (adicional a la mínima habilitante) en cargos de Director, Coordinador, Gerente o haber sido Asesor en temas de contratación estatal o interventoría, en empresas de servicios públicos o entidades estatales.***  | *40* |
| *Asesor Financiero*  | *Contar con experiencia de dos años (Adicional a la mínima habilitante) o en el ejercicio cargo de Director, Gerente, Coordinador, Asesor o Profesional de Empresas de servicios públicos o entidades estatales, cuyas funciones se hayan relacionado con el manejo administrativo o financiero de la empresa o entidad.* | *40* |
| *Asesor de Contenidos*  | *Haber participado en un (1) proyecto adicional al mínimo habilitante, de producción y programación de televisión* | *40* |
|  | *TOTAL*  | *250* |

El reseñado pliego de condiciones sufrió varias modificaciones en su cronograma, en los criterios de desempate, en el plan de trabajo y en lo referente a la inscripción en el sistema de clasificación de bienes y servicios UNSPSC, las cuales se instrumentaron en tres adendas expedidas los días 13, 17 y 19 de junio de 2014[[19]](#footnote-19).

Como se aprecia de la lectura de las reglas de la convocatoria, la experiencia del equipo de trabajo ofrecido fue dotada de un doble rol.

Por un lado, fue concebida como criterio habilitante que se activaría a partir del cumplimiento de unos requisitos de formación académica y de experiencia laboral general y específica, determinada en función del tipo de actividades ejecutadas, del tipo de cargo desempeñado y del tiempo servido.

Simultáneamente, se contempló como factor de evaluación frente al cumplimiento de los mismos requisitos relacionados con la experiencia laboral, pero la calificación recaería sobre el período adicional que superara la experiencia temporal mínima habilitante y, en otros casos, sobre el número de contratos que excedieran el mínimo establecido para habilitar la propuesta.

Dentro del equipo de trabajo requerido se encontraban el director general del proyecto y el asesor jurídico, que son los dos profesionales sobre cuya experiencia recayó la discusión por parte de la parte apelante y respecto de los cuales, se reitera, se circunscribirá el análisis de la presente controversia.

**5.2. La experiencia del director general del proyecto ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV**

La discrepancia de la parte actora, en síntesis, radicó en que la entidad aceptó documentación nueva con posterioridad al cierre del procedimiento de selección y, además, calificó la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro que no cumplía con los requisitos del pliego para recibir puntaje, pues presentaba inconsistencias. Indicó que, de conformidad con la aplicación de las reglas del pliego de condiciones, los documentos aportados para experiencia del equipo de trabajo para acreditar los requisitos habilitantes no serían tenidos en cuenta para calificación de la experiencia.

En ese sentido explicó que, al ser tenida en cuenta la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro como requisito habilitante, luego de ser subsanada, no podía considerarse para calificar la oferta, como, según afirmó, en efecto procedió la entidad. Señaló, además, que las certificaciones que ofrecían inconsistencias o falta de solidez y coherencia, como la del Fondo Nacional del Ahorro, debían rechazarse.

En orden a desatar este cargo, la Sala evidencia que:

Para atender el cumplimiento del requisito de experiencia del equipo de trabajo, en lo concerniente al director general ofrecido, ingeniero de sistemas Edgar Augusto Fuertes Puerto, tanto en su aspecto habilitante como también puntuable, el consorcio Interventoría Concesión TV, junto con su propuesta allegó las siguientes certificaciones:

* Certificación expedida el 8 de agosto de 2002 por el jefe de recursos humanos de Procálculo, en la cual hizo constar que el señor Edgar Augusto Fuertes Puerto laboró en esa empresa desde el 1 de noviembre de 2000 hasta el 9 de junio de 2002 como Gerente de Proyecto[[20]](#footnote-20).
* Certificación expedida el 25 de junio de 2002 por el jefe de división de la Procuraduría General de la Nación, en el que hizo constar que Edgar Augusto Fuertes Puerto laboró en esa entidad desde el 2 de agosto de 1990 hasta el 1 de noviembre de 2000, período en el que desempeñó el cargo de asesor grado 19 de la división de sistemas[[21]](#footnote-21).
* Certificación expedida el 30 de julio de 2010 por el presidente del Fondo Nacional del Ahorro, en la cual hizo constar que Edgar Augusto Fuertes Puerto “*desempeñó o está desempeñando las labores de Gerente del Proyecto y/o interventor de los siguientes proyectos en su calidad de Jefe de Oficina de informática durante el lapso comprendido entre el 22 de octubre de 2002 y la fecha de expedición de la presente”[[22]](#footnote-22)*.

A continuación del texto anterior, se plasmó un cuadro en el que se relacionaron treinta tres contratos, discriminando en sus columnas el número del contrato, el objeto del mismo, el período de ejecución y el valor del proyecto. De esa gráfica se extrae que la ejecución de actividades como interventor de los proyectos allí relacionados se llevó a cabo entre el 31 de diciembre de 2002 y el 5 de mayo de 2011.

El 2 de julio de 2014, el comité evaluador de la ANTV rindió informe preliminar, en el cual se concluyó lo siguiente frente a la valoración técnica habilitante[[23]](#footnote-23) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *REQUISITOS HABILITANTES TECNICOS* | *UNION TEMPORAL INTERVENTORIA CONCESIONES* | ***CONSORCIO INTERVENTORIA CONCESIONES TV*** | *BDO AUDIT S.A.* | *WSP COLOMBIA S.A.S.* | *JAHV MACGREGOR S.A.*  | *APPLUIS NORCONTROL COLOMBIA LTDA.* |
| *EXPERIENCIA PROPONENTE* | *CUMPLE*  | *NO CUMPLE*  | *NO CUMPLE* | *NO CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE*  |
| ***FORMACIÓN Y EXPERIENCIA EQUIPO DE TRABAJO***  | *NO CUMPLE*  | ***NO CUMPLE***  | *NO CUMPLE* | *NO CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE* |
| *Director Proyecto*  | *NO CUMPLE*  | *NO CUMPLE*  | *CUMPLE*  |  *CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE* |
| *Asesor Financiero* | *NO CUMPLE* | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE* |
| *Asesor Jurídico*  | *NO CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE*  | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE* |
| *Asesor de Prog. y Contenidos*  | *CUMPLE*  | *CUMPLE* | *NO CUMPLE*  | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *NO CUMPLE* |
| *OFERTA TÉCNICA /Num. 4.4.3.)*  | *CUMPLE*  | *CUMPLE* | *NO CUMPLE*  | *CUMPLE* | *CUMPLE* | *CUMPLE*  |
|  |  |  |  |  |  |  |

*“NOTA: Acorde con lo señalado en el detalle de evaluación técnica publicado junto con el presente documento, los proponentes podrán subsanar aquellos requisitos de carácter habilitante según lo indicado en cada caso, dentro del término de traslado del informe de evaluación conforme lo establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.*

*“IV. ASIGNACIÓN DE PUNTAJE:*

|  |  |
| --- | --- |
| *ASIGNACION DE PUNTAJE*  |  |
| *PROPONENTE: JAHV MC GREGOR S.A.* |  |
| *CRITERIO*  | *PUNTOS*  |
| *EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL PROPONENTE*  | *300* |
| *EXPERIENCIA EQUIPO DE TRABAJO*  | *185* |
| *APOYO INDUSTRIA NACIONAL* | *100* |
| *TOTAL*  | *585* |

Mediante escrito del 7 de julio de 2014, el consorcio Interventoría Concesión TV presentó algunas aclaraciones, subsanaciones y observaciones en relación con el informe de evaluación preliminar que a continuación se destaca en lo pertinente[[24]](#footnote-24) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“2.1. En lo que respecta específicamente al factor habilitante experiencia general mínima y máxima (en años), solicitada para el director general:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***EXPERIENCIA GENERAL MÍNIMA Y MÁXIMA (EN AÑOS)*** | *Mínimo 8 años en los últimos 12 años.* |

*“El consorcio interventoría Concesión TV, se permite subsanar el factor habilitante experiencia general con las siguientes certificaciones laborales, complementarias y/o aclaratorias del señor Edgar Augusto Fuertes Puerto, identificado con cédula de ciudadanía No. 79’054.250 de Bogotá, el cual está propuesto para el cargo de Director General.*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| *Empresa y entidad certificante*  | *Cargo desempeñado*  | *Fecha de inicio*  | *Fecha de terminación*  | *Tiempo de servicio (en años)*  | *Observaciones*  |
| *KBT Sociedad por acciones Simplificadas con sigla KBYT SAS Anexo No. 2* | *Vicepresidente de servicios Tecnológicos Consultoría y socio*  | *Diecisiete (17) de noviembre de 2010* | *A la fecha de expedición de la presente certificación continúa laborando en la compañía (20 de junio de 2014)*  | *3,59* | *A esta certificación se tuvo en cuenta el tiempo entre el 17 de noviembre de 2010 y el 20 de junio de 2014* |
| *Fondo Nacional del Ahorro -FNA (Esta certificación confirma la fecha de retiro, toda vez que la certificación anexa a nuestra propuesta en folios 315 al 324 ya certificaba su vinculación al FNA desde el 22 de octubre de 2002 y su continuación laborando para la fecha de expedición de la certificación. (Anexo 3)*  | *Jefe de la Oficina Informática*  | *Veintidós (22) de octubre de 2002*  | *Cuatro de noviembre de 2010* | *8,04* | *A esta certificación se le tuvo en cuenta el tiempo entre el 22 de octubre de 2002 y el 4 de noviembre de 2010* |
| *Universidad de los Libertadores*  | *Profesor*  | *Veintitrés (23) de octubre de 1999*  | *Quince (15) de noviembre de 2002*  | *0,34* | *A esta certificación se le tuvo en cuenta el tiempo entre el 20 de junio de 202 y el 21 de octubre de 2002* |

*“Sumados todos los años laborados en el período comprendido entre el 20 de junio de 2002 y el 20 de junio de 2014, es decir, durante los últimos doce (12 años), el total es de años de experiencia general habilitante de nuestro candidato.*

*“SOLICITUD*

*“De acuerdo con lo establecido en los pliego de condiciones página 68 en lo que respecta a EXPERIENCIA GENERAL MINIMA Y MAXIMA (EN AÑOS), lo cual es un factor habilitante, solicitamos corregir la evaluación preliminar realizar por la ANTV en lo que respecta al total en años de Experiencia GENERAL con que cuenta nuestro candidato a Director General del Proyecto en los último doce (12) años, toda vez que como se soporta con las certificaciones, el tiempo de experiencia general de nuestro candidato a Director General del Proyecto es de (11,97) años.*

*(…).*

*“Como ya se había mencionado en la certificación anexa a la propuesta en los folios 0315 al 0324, certificación de fecha treinta (30) de julio de 2010 y firmada por el entonces Presidente y Representante Legal del Fondo Nacional del Ahorro en el folio 0315, aparece mencionado específicamente que el candidato ejerció el cargo o rol de Gerente y/o interventor en su calidad de jefe de la oficina Informática al Fondo Nacional del Ahorro – FNA.*

*“Vale mencionar que el cargo de jefe de la Oficina de Informática en el FNA durante todo el tiempo en el que lo desempeñó nuestro candidato a Director General del Proyecto y hasta la fecha, ha sido un cargo Directivo en el FNA, cargo que le reportaba y le sigue actualmente reportando al Presidente de la entidad.*

*“Dentro de las funciones propias del cargo que ostentó en el FNA, en los folios 325 a 327, se relacionó la resolución No. 215 del 4 de noviembre de 2003, por la cual el Presidente del Fondo Nacional del Ahorro de la época reglamentó las funciones de interventoría y supervisión de los contratos que suscribe el FNA.*

*“(…).*

*“También debemos aclarar que ninguno de los Proyectos o contratos relacionados en el anexo 5 folio 0301 de nuestra propuesta, para efectos de cumplimiento del habilitante establecido en los pliegos de condiciones en lo que respecta a la experiencia específica literal a) del Director General se encuentran sus fechas de inicio y de terminación fuera de las fechas de inicio y de terminación de la actividad laboral en el en el FNA de nuestro candidato a Director General.*

*“(…).*

*“De los treinta y tres proyectos o contratos, en los últimos seis (6) y relacionados en los folios 0322, 0323 y 0324 se supera la fecha de terminación de los contratos con respecto a la finalización de la actividad laboral de nuestro candidato a Director General.*

*“La razón que las fechas de terminación de estos seis (6) contratos sea posterior, significa que nuestro candidato a Director General fue el Gerente y/o interventor de los mismos hasta el último día de labores en el FNA, fecha a partir de la cual su sucesor continuo ejerciendo las labores de Gerente y/o interventor . Todas las entidades y/o empresas estatales de acuerdo con la legislación cada vez que haya cambio de un directivo presentan este tipo de situaciones.*

*“(…).*

*“En el certificado anexa a nuestra propuesta en los folios 0315 al 0324, en el encabezado de la certificación folio 0315, quedó claramente establecido que nuestro candidato a Director General desempeñó el cargo de jefe de la Oficina de informática del FNA en el lapso comprendido entre el veinte dos (22) de octubre de 2002 y el cuatro (4) de noviembre de 2010, es decir, por un lapso de 8 años y 13 días.*

*“(…).*

*“De igual forma en los folios 325 al 327 de nuestra propuesta, se relacionó la resolución No. 215 del 4 de noviembre de 2003, por la cual el Presidente del fondo Nacional de Ahorro de la época reglamentó las funciones de interventoría y Supervisión de los contratos que suscribe el FNA, es decir, el Jefe de la Oficina Informática del FNA tenía dentro de sus funciones la responsabilidad de los proyectos o contratos estatales.*

*“(…).*

*“Reafirma este requisito habilitante la certificación expedida el veinte y uno (21) de febrero de 2011 por la jefe de la División de Gestión Humana del FNA en donde consta que nuestro candidato a Director General laboró en el Fondo Nacional del Ahorro – FNA, empresa industrial y comercial del Estado, en el lapso comprendido entre el veinte y dos (22) de octubre de 2002 y el cuatro (4) de noviembre de 2010, es decir, laboró durante ocho (8) años y trece (13) días.*

*“Con la certificación anexa en los folios 0315 al 0324 de nuestra propuesta, no solo se cumple con lo solicitado como habilitante en el literal b) de los pliegos de condiciones, sino que se cumple con el factor calificable de experiencia adicional del equipo de trabajo solicitado para el director del proyecto en la página 78 del pliego de condiciones y que dice que se otorgaran 65 puntos adicionales, al director del proyecto que cuente con dos (2) años o más de experiencia (adicional a la mínima habilitante) en cargo directivos en empresas de servicios públicos o entidades estatales, (ejecutados en los sectores TIC, servicios públicos, entidades de control o Superintendencias).*

*“SOLICITUD*

*“Asignar los sesenta y cinco (65) puntos que indican en la página 78, se le asignarán al Director de proyecto que cuente con una experiencia de Dos (2= años o más de experiencia (Adicional a la mínima habilitante) en cargos directivos en empresas de servicios públicos, entidades de control o Superintendencias).*

*“SOLICITUD*

*“asignar los sesenta y cinco (65) puntos que indican en la página 79, se le asignaran al Director de proyecto que Haber participado en dos (2) o más proyectos (adicionales a los mínimos habilitantes) de consultoría o interventoría a proyectos o contratos estatales diferentes de obra pública; y cuyas funciones involucren o en desarrollo de las cuales haya realizado interventoría a proyectos diferentes de obra pública”.*

El anexo No. 3 anunciado correspondió a la certificación expedida el 21 de febrero de 2011 por el jefe de división de gestión humana del Fondo Nacional del Ahorro[[25]](#footnote-25) (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“Que el doctor EDGAR AUGUSTO FUERTES PUERTO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79’054.250, prestó sus servicios en esta Entidad desde el día 22 de octubre de 2002, de conformidad con el Contrato Individual de Trabajo No. 0063 de Igual fecha, hasta el día 4 de noviembre de 2010, en el cargo de Jefe de la Oficina de Informática, siendo este su último cargo en la Entidad.*

*“Que durante el tiempo en que estuvo vinculado a la Entidad, fue encargado de las funciones de Jefe de la Oficina de Planeación mediante Resolución No. 0276 de fecha 19 de diciembre de 2003, entre el 22 de diciembre de 2001 y el 14 de enero de 2004; y mediante Resolución No. 148 de fecha 16 de julio de 2009 entre el 23 de julio y el 13 de agosto de 2009.*

*“Que el doctor EDGAR AUGUSTO FUERTES PUERTO, fue encargado como Presidente de la Entidad desde el día 7 al 21 de mayo de 2010, según Decreto No. 0775 de fecha 22 de abril de 2010; desde el día 25 al 28 de mayo de 2010 según Decreto No. 0948 de fecha 19 de mayo de 2010; desde el 16 al 8 de junio de 2010 según Decreto No. 1072 de fecha 8 de junio de 2010. Desde el día 3 de agosto de 2010 fue encargado de las funciones del Despacho del presidente, de conformidad con el Decreto No. 2765 de 2010 de fecha 3 de agosto de 2010 hasta el día 14 de septiembre de 2010”.*

-. En documento del 9 de julio de 2014, la ANTV condensó las observaciones formuladas por los proponentes frente al informe preliminar de evaluación y las respuestas a las mismas, en los siguientes términos:

Respecto de las observaciones presentadas por el oferente consorcio Interventoría Concesión TV se lee (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

*“3.- En cuanto a la solicitud del numeral 2.1., sobre el cargo del Director General, entendiéndose que los documentos aportados por el proponente hacen referencia a requisitos habilitantes dentro del presente concurso de méritos, de conformidad con lo establecido en parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, los mismos serán objeto de valoración acorde con lo señalado en el pliego de condiciones.*

*“Por tanto, para efectos de habilitación y puntaje se tendrá en cuanto la certificación aportada por el proponente, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, dentro de los plazos señalados en la certificación, esto es entre el 22 de octubre de 2002 y el 04 de noviembre de 2010; en tanto que, en relación con la certificación expedida por sociedad KBT S.A.S., ésta será incluida en la evaluación solo para efectos habilitantes.*

*“4.- Respecto de la solicitud del numeral 2.2. sobre el cargo del Director General, una vez analizada la posición del proponente y verificada la perspectiva que al respecto ha sumido la honorable Corte Constitucional, se aceptan los argumentos presentados por el Consorcio Interventoría Concesión T.V.*

*“Lo anterior, toda vez que tal y como lo señale el proponente, en el pliego de condiciones no se definió para efectos del concurso de mérito la expresión “servicios públicos”.*

*“Así, considerando que en sentencia C-244 de 2009 la Corte calificó la actividad financiera, esfera dentro de la cual desarrollo sus actividades en el FNA, como un ‘servicio público’, la certificación expedida por esa Entidad será tenida en cuenta para el cumplimiento de lo establecida en el literal a) de la experiencia especifica exigida al Director del Proyecto.*

*“En cuanto hace alusión a la experiencia certificada PGN, aportada con el escrito de subsanación, esta no se incluirá en la experiencia general, por cuanto el lapso en ella certificado resulta anterior es decir al señalado en el pliego de condiciones, es decir, es anterior al 20 de junio de 2002. Tampoco será tenida en cuenta para el cómputo de la experiencia específica, por cuanto no reúne los requisitos establecidos en los literales a) y b) del aparte pertinente a la experiencia especifica del Director General.*

*“(…).*

*“7. En cuanto a la solicitud del numeral 3.1., sobre el cargo de Asesor Financiero y Administrativo, aunque se acepta el aporte de certificaciones tendientes a respaldar el cumplimiento de la experiencia mínima habilitante, no se incluyen las mismas, toda vez que con las certificaciones aportadas inicialmente, se reúnen los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones.*

 *“(…).*

*“9.- En cuanto a la solicitud del numeral 4.1 sobre el Cargo de Asesor Jurídico, procede igual comentario que el realizado frente al aporte de certificaciones del candidato al cargo de Asesor Financiero Administrativo, es decir, este profesional ya se encontraba habilitado, y solo se otorgara el respectivo puntaje en caso de que la propuesta resulte habilitada”.*

Pues bien, del recuento efectuado, la Sala recuerda que la experiencia del equipo de trabajo fue ubicada en la categoría de requisito habilitante, mientras que la experiencia adicional que excediera la mínima exigida sería objeto de calificación.

En el caso del director de obra, la propuesta tendría 65 puntos por acreditar dos años o más adicionales en cargos directivos, en empresas de servicios públicos o entidades estatales correspondientes al sector de TIC, servicios públicos, entidades de control o Superintendencias y 65 puntos más por demostrar la participación en dos o más proyectos, adicionales a los habilitantes, de interventoría o consultoría a contratos estatales diferentes de obra pública; en total tendría un puntaje de 130 por el director de obra.

Lo primero que hay que destacar en relación con este punto es que la manera en que fue diseñado el cumplimiento del requisito de experiencia de trabajo como factor puntuable se hallaba directamente ligado a la previa observancia del requisito habilitante, en tanto la calificación recaería sobre aquello que excediera el cumplimiento de este último. De ahí resulta claro que sí, de entrada, no se reunía el requisito de la experiencia del director de obra como factor habilitante, tampoco podía reputarse cumplido de inicio como factor puntuable. Se insiste en que se sometería a evaluación aquello que superara el mínimo habilitante, tanto en tiempo como en número de contratos intervenidos.

Siguiendo ese mismo esquema de pensamiento, de aceptarse la subsanación de ese requisito en orden a habilitar el proponente, tal circunstancia habría de impactar de manera directa ese factor de calificación.

Dicho esto, la Sala observa que durante la etapa de subsanación y calificación de la oferta del consorcio interventoría Concesiones TV se configuraron ciertas inconsistencias en relación con el cumplimiento del requisito de la experiencia del director de obra. Ciertamente, con el propósito de cumplir el requisito de experiencia del equipo de trabajo – director de obra, el consorcio interventoría Concesiones TV allegó con la propuesta tres certificaciones: una expedida por Procálculo, la segunda emitida por la Procuraduría General de la Nación y la tercera por el Fondo Nacional del Ahorro.

Una vez sometida su propuesta a la etapa preliminar de evaluación, el comité evaluador conceptuó que no cumplía con el requisito habilitante relativo a la experiencia general y específica mínima del director de la obra. Consideró que no podían tenerse en cuenta las certificaciones procedentes de Procálculo y de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto los períodos que en su contenido se hacían constar cobijaban un lapso cuya fecha de inicio no se encontraba dentro de los límites temporales previstos en el pliego para acreditar la experiencia mínima general (8 años durante los últimos 12 años).

Frente a la certificación expedida por el Fondo Nacional de Ahorro, la entidad advirtió inconsistencias en las fechas registradas sobre la ejecución de contratos, toda vez que la certificación databa del 30 de julio de 2010 y las labores certificadas se extendía a una fecha posterior a su expedición, esto es, hasta el 5 de mayo de 2011; igualmente, la entidad formuló reparo respecto de las actividades certificadas y su correspondencia con un servicio público, con el ejercicio de cargos directivos y con su identidad con labores de interventoría, como lo exigía el pliego

Ello motivó que, en el término de traslado del informe preliminar, el consorcio Interventoría Concesión TV presentara su escrito de observaciones a las demás propuestas y de subsanación y aclaración a la suya.

En desarrollo de su argumentación explicó: i) que el Fondo Nacional del Ahorro era una entidad de naturaleza pública, que las actividades financieras que desempeñaba eran concebidas como servicios públicos, en términos de la jurisprudencia constitucional; ii) que, de conformidad con el reglamento del Fondo, el director general propuesto, en su condición de jefe de informática, llevaba a cabo las funciones de interventoría y supervisión de los contratos celebrados por el Fondo; iii) que la razón por la cual en la certificación aportada con la propuesta se aludía a una fecha de ejecución de contratos posterior a la de su expedición era porque, si bien el director ofrecido finalizó su actividad en ese fondo el 4 de noviembre de 2010, su sucesor continuó ejerciendo las labores de interventoría hasta la fecha en que estaba prevista la terminación de esos contratos.

A su escrito de subsanación el consorcio acompañó una nueva certificación expedida el 21 de febrero de 2011 por el Fondo Nacional del Ahorro, en la cual consignó que el ingeniero de sistemas Edgar Augusto Puerto laboró en esa entidad entre el 22 de octubre de 2002 y el 4 de noviembre de 2010. Adicionalmente, en ese escrito se especificaron los demás cargos desempeñados por ese funcionario dentro de esa entidad, en calidad de encargado, tales como jefe de la oficina de planeación, vicepresidente de riesgos y presidente del FNA.

En esa misma oportunidad, el consorcio allegó una nueva certificación expedida por la sociedad KBT, en la cual hizo constar que el ingeniero Edgar Augusto Fuertes Puerto se encontraba vinculado a esa sociedad desde el 17 de noviembre de 2010 y hasta la fecha, como vicepresidente de servicios tecnológicos y de consultoría, desempeñando funciones de gerencia de proyectos de interventoría y consultoría, dirección de proyectos e implementación de servicios de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones.

Con base en lo anterior, la Autoridad Nacional de Televisión consideró que las aclaraciones y documentos aportados oportunamente por el consorcio permitían convalidar la ausencia de requisitos habilitantes relacionados con la experiencia del equipo de trabajo - director general y precisó que no se estaban aceptando esos documentos para efectos de otorgar puntaje, toda vez que para ese propósito se tendría en cuenta la certificación del Fondo Nacional del Ahorro de fecha 30 de julio de 2010, presentada por el oferente junto con la propuesta, e indicó que las precisiones derivadas de la nueva certificación aportada y procedente del Fondo Nacional del Ahorro y de aquella expedida por la sociedad KTB se tomarían en cuenta como requisitos de habilitación.

Con sustento en lo dicho procedió a calificar con 130 puntos la experiencia del equipo de trabajo – director general ofrecido por el consorcio nterventoría Concesión TV, discriminados en 65 puntos por los dos años de experiencia adicional y por los dos proyectos adicionales en labores de consultoría. Todo lo anterior, se evaluó con base en la certificación del 30 de julio de 2010, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro y allegada con la propuesta.

Al respecto la Sala observa que lo ocurrido transgredió lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 1150 a la luz del cual, “*todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación*”, que desarrolla el principio de selección objetiva.

La Sala encuentra que no resultaba indispensable que el oferente subsanara los requisitos concernientes al director general ofrecido, relacionados con la explicación sobre la naturaleza del Fondo Nacional del Ahorro, ni con la postura jurisprudencial que considera a la actividad financiera un servicio público, como tampoco en lo asociado a las labores de interventoría desempeñadas por el jefe de informática de esa entidad, dado que así constaba en las resoluciones internas aportadas junto con la propuesta.

Sin embargo, se llama la atención sobre las siguientes irregularidades relacionadas con la subsanación de requisitos que impactaron la asignación de puntaje:

* En relación con el requisito puntuable de experiencia del equipo de trabajo – director general, consistente en “*Dos (2) años o más de experiencia (Adicional a la mínima habilitante) en cargos directivos en empresas de servicios públicos o entidades estatales, (ejecutados en los sectores TIC, servicios públicos, entidades de control o Superintendencias”).*

Emerge con claridad que en la oportunidad otorgada por la entidad para subsanar las falencias de los requisitos habilitantes, el oferente, como se vio en precedencia, allegó una certificación nueva expedida por el Fondo Nacional del Ahorro en la que reposaba información distinta a aquella suministrada en el documento expedido por ese mismo Fondo el 30 de julio de 2010 y que fue adjuntado a su oferta.

En efecto, en la certificación presentada con la oferta y adiada el 30 de julio de 2010, el Fondo Nacional del Ahorro registró que el ingeniero de sistemas Edgar Augusto Fuertes laboraba en esa entidad desde el 22 de octubre de 2002 y hasta la fecha en que se expedía el documento, es decir, hasta el 30 de julio de 2010, época en la cual continuaba desempeñando las labores de jefe de informática y ejerciendo funciones de interventoría en los contratos celebrados por el FNA.

Del contenido de esa certificación, la cual, se reitera, fue la única, de las aportadas junto con la propuesta, que fue tenida en consideración por la entidad para efectos de habilitación, dado que las expedidas por la Procuraduría y por Procálculo no reunían las condiciones plasmadas en el pliego, se evidencia que no se acreditaba la experiencia habilitante requerida en el documento precontractual, pues el lapso certificado, comprendido entre el 22 de octubre de 2002 y 30 julio de 2010, no sumaba los ochos años demandados en el pliego como experiencia mínima.

A diferencia de lo advertido por el consorcio Interventoría Concesión TV en su oficio aclaratorio del 7 de julio de 2014, fue con la nueva certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro de fecha 21 de febrero de 2011, aportada en el término de subsanación de los requisitos habilitantes en la cual se indicó que el período laborado por ese profesional abarcó desde el 22 de octubre de 2002 hasta el 4 de noviembre de 2010 y con la que se acreditó, según la entidad, el cumplimiento de los 8 años exigidos como período mínimo de experiencia general.

Dicho esto, para la Sala no resultan de recibo las razones de defensa argüidas por la entidad pública, de acuerdo con las cuales el puntaje otorgado a la experiencia del director general se realizó con base en los documentos inicialmente aportados, los cuales no fueron modificados, pues, como se anotó, la forma en que se concibió el doble rol del requisito de experiencia del equipo de trabajo impedía que se entendiera cumplido el requisito puntuable sin antes estar configurado el requisito habilitante, de ahí que lo que ocurriera en relación con este último habría de irradiar de forma directa y decidida sobre aquel. Dicho de otro modo, si para el momento de presentación de las ofertas no se cumplía el requisito habilitante, la misma suerte corría como criterio de puntuación. Se deduce que con los documentos aportados con la propuesta del consorcio interventoría Concesión TV no se acreditó el cumplimiento de los ocho años de experiencia mínima general, la cual fue acreditada en el término de subsanación.

Siendo ello así, dentro de un esquema lógico de pensamiento no cabría afirmar que al presentar la oferta no se acreditó el requisito mínimo de experiencia, pero sí el período adicional al mismo que la hacía merecedora de puntaje. En estas condiciones, solo a partir de la subsanación de la experiencia mínima podría configurarse el cumplimiento del plazo adicional sobre el cual recaería la evaluación.

Por contera, la ausencia del requisito de habilitación impedía considerar apta de inicio la experiencia adicional a la mínima para otorgamiento de puntaje. A la inversa, al subsanarse la falta de acreditación del requisito de experiencia mínima, tal circunstancia impactó de manera directa el otorgamiento de puntaje a la experiencia adicional.

* En relación con el requisito puntuable de experiencia del equipo de trabajo – director general consistente en “*Haber participado en dos (2) o más proyectos (adicionales a los mínimos habilitantes) de consultoría o interventoría a proyectos o contratos estatales diferentes de obra pública; y cuyas funciones involucren o en desarrollo de las cuales haya realizado interventoría a proyectos diferentes de obra pública”.*

Algo similar aconteció con el requisito puntuable relativo a la experiencia adicional a la mínima consistente en acreditar la participación en dos proyectos o más a los adicionales de interventoría o consultoría a contratos estatales o proyectos diferentes de obra pública, pues se reitera que, de las tres aportadas inicialmente, la certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro el 30 de julio de 2010 fue la única que finalmente pudo valorarse, no obstante lo cual, en un principio, presentó inconsistencias en torno a las fechas de los contratos ejecutados, habida consideración de que varios de ellos daban cuenta de una ejecución posterior a aquella en que se expedía la constancia.

Esto último motivó igualmente que se aclarara la situación relativa a esas fechas y que se aportara una nueva certificación expedida por KBT para acreditar el cumplimiento del requisito de experiencia mínima habilitante en el ejercicio de proyectos de interventoría, auditoría e implementación de servicios de tecnologías de la información, la que, en todo caso, según la entidad, sería tenida en cuenta solo para efectos habilitantes, que, antes de que la misma se aportara, no se hallaba acreditada.

De ahí que la certificación inicialmente aportada para ese propósito no resultó idónea, como consecuencia de las inconsistencias de las que adolecían respecto de la fechas señaladas, lo que impedía igualmente considerar válido ese documento para efectos de otorgarle puntaje, cuestión que, al ser corregida, también impactó el contenido del factor de experiencia puntuable que de la misma certificación se desprendía.

La situación descrita ciertamente entrañó un mejoramiento de la oferta, pues, si bien no se refirió al cumplimiento de la experiencia habilitante, la cual se satisfizo antes del cierre de la licitación, su posterior acreditación sí impactó de manera directa la posibilidad de otorgamiento del puntaje que a la postre se le asignó sobre la experiencia adicional a la mínima habilitante.

Conclusión sobre la experiencia del director general del proyecto

Como conclusión de todo lo expuesto, es claro que la subsanación del requisito habilitante de experiencia del director general del proyecto afectó los factores de experiencia adicional susceptibles de calificación, tanto en su aspecto temporal, como en el número de proyectos ejecutados, contrariando lo dispuesto sobre el particular por el Estatuto de Contratación Estatal, dado que a pesar de que el oferente contaba con la experiencia habilitante desde antes del cierre del procedimiento de selección, la subsanación que sobre el mismo recayó incidió en la experiencia adicional requerida para otorgamiento de puntaje, lo que por contera, respecto de este último comportó un mejoramiento de la oferta.

Con todo, en cuanto la aclaración de las inconsistencias halladas resultaba procedente jurídicamente para convalidar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, la consecuencia derivada de dicho proceder orientaba a que, no obstante reunirse los requisitos de habilitación de las mismas por cuenta de su subsanación, en todo caso no podía otorgarse puntaje a los aspectos vinculados con esas aclaraciones y subsanaciones, cuestión que conducía a que la “*experiencia adicional del equipo de trabajo*” relacionada con el director general del proyecto no fuera merecedora de puntaje.

No obstante, se precisa que esto último no permite concluir que por los hechos narrados el acto de adjudicación acusado se encuentra automáticamente viciado de nulidad, para cuya conclusión resulta indispensable verificar, como en efecto se hará en acápite posterior, si al aplicar la consecuencia derivada del indebido otorgamiento de puntaje al factor de experiencia del director de obra, el orden de elegibilidad se habría alterar.

En defecto, en el evento de que la propuesta del consorcio Interventoría Concesión TV, sufriera la consecuencia de la sustracción del puntaje que no debió serle otorgado, continuaría ocupando el primer lugar en el orden de elegibilidad, es decir, no ser daría el supuesto para considerar que se transgredió el principio de selección objetiva y, con ello, que el acto de adjudicación adolece de nulidad, pues, en todo caso, la propuesta adjudicataria seguía considerándose la más favorable para la entidad.

**5.3. La valoración de la experiencia del asesor jurídico presentado por el consorcio Interventoría Concesión TV**

En relación con la valoración de la hoja de vida del asesor jurídico ofrecido por el consorcio adjudicatario, la apelante esgrimió que la certificación sobre su experiencia específica habilitante, expedida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, no se ajustaba a los requerimientos del pliego, en atención a que las labores certificadas no versaban sobre interventoría o contratación estatal, por lo que lo procedente era disponer su rechazo.

Explicó la apelante que las demás certificaciones aportadas para acreditar el cumplimiento de esos requisitos no sumaban la experiencia requerida, ya que, en su criterio, según lo evidenció el dictamen pericial practicado como prueba dentro de este proceso[[26]](#footnote-26), la única que podía ser tenida en cuenta era la procedente de Colciencias de 21 de meses y 27 días y no 24 meses como lo exigía el pliego, a lo que agregó que, según la experticia, aquella expedida por la Agencia Nacional de Hidrocarburos no era apreciable por cuanto sus funciones fueron solamente de apoyo a la estructuración y seguimiento de sus proyectos relacionados con estudios regionales en materia de hidrocarburos, asunto que no se refería a labores de interventoría o a contratación estatal, como se requería en el literal b) de la casilla de la experiencia específica habilitante.

Para resolver, la Sala advierte que, de forma semejante a lo acontecido frente al director general, la valoración de la experiencia del asesor jurídico cumplió simultáneamente una función habilitadora y otra de ponderación. Como aspecto habilitador se requería que se acreditara una experiencia profesional general de cinco años como abogado durante los últimos diez años y como experiencia específica se exigía que hubiera participado en calidad de director o coordinador o gerente o asesor o consultor o en cargos o roles equivalentes, de acuerdo con las funciones ejercidas, en:

*“a) mínimo dos (2) proyectos de consultoría o interventoría, y*

*“b) haber ejercido cargos de Director, Coordinador, Gerente, o haber sido Asesor en temas de contratación estatal o interventoría en empresas de servicios públicos o entidades estatales por un período mínimo de dos (2) años”.*

Para la asignación de puntaje se contempló que el asesor jurídico debía contar con una experiencia de dos (2) años, adicional a la mínima habilitante, en cargos de director, coordinador, gerente o haber sido asesor en temas de contratación estatal o interventoría, en empresas de servicios públicos o entidades estatales.

Planteado el marco de la exigencia de experiencia demandada al asesor jurídico, la Sala observa que el consorcio Interventoría Concesión TV presentó al profesional Julián Fabrizzio Huérfano Ardila para ejercer ese cargo, y con el propósito de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el pliego en relación con la experiencia habilitante, junto con su propuesta presentó las siguientes certificaciones:

* Certificación expedida el 10 de junio de 2014 por el representante legal de la Cooperativa de Profesionales de Colombia “*Creer en lo Nuestro*”, en la cual se indicó que el abogado Julián Fabrizzio Huérfano Ardila prestó sus servicios profesionales como asesor jurídico desde el 1 de noviembre de 2013 hasta el 30 de mayo de 2014, en tres contratos celebrados con la gobernación del Huilla y la alcaldía de Neiva para llevar a cabo labores de interventoría jurídica en contratos de suministro de alimentación[[27]](#footnote-27).
* Certificación del 20 de noviembre de 2012, emitida por el secretario general de Colciencias, en la cual hizo constar que Julián Fabrizzio Huérfano Ardila suscribió con esa entidad cinco contratos de prestación de servicios que se ejecutaron entre el 3 de enero de 2011 y el 6 de noviembre de 2012 y cuyo objeto consistió en asesorarla en procesos de contratación y en la representación judicial de ese organismo[[28]](#footnote-28).
* Certificación expedida el 25 de noviembre de 2010 por la oficina de asesoría jurídica de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, de conformidad con la cual se registró que Julián Fabrizzio Huérfano Ardila suscribió tres contratos con esa entidad que se relacionan a continuación[[29]](#footnote-29):

-. Contrato de prestación de servicios No. 07 del 27 de enero de 2009, cuyo objeto consistió en apoyar y asesorar a la oficina jurídica y ejercer el mandato judicial en defensa de los intereses de la ANH, el cual se ejecutó entre el 27 de febrero de 2008 y el 26 de enero de 2009.

-. Contrato de prestación de servicios No. 014 del 27 de febrero de 2008, con el objeto de apoyar y asesorar a la oficina jurídica de la ANH, el cual se ejecutó entre el 27 de enero de 2009 y el 26 de octubre de 2009.

-. Contrato de prestación de servicios No. 106 del 27 de octubre de 2009, cuyo objeto consistió en apoyar a la ANH en la estructuración, ejecución, control y seguimiento de sus proyectos relacionados con estudios regionales en materia hidrocarburífera, entre el 27 de octubre de 2009 y el 30 de octubre de 2010.

* Certificación expedida 17 de enero de 2007 por la directora territorial del Meta – Caprecom, en la cual registró que el abogado Julián Fabrizzio Huérfano Ardila celebró con esa entidad dos contratos entre el 1 de agosto de 206 y el 31 de diciembre del mismo año y el 10 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de esa anualidad, con el objeto de prestar sus servicios como profesional del derecho para esa entidad[[30]](#footnote-30).

Posteriormente, dentro del término de traslado del informe preliminar de evaluación, el oferente consorcio Interventoría Concesión TV presentó un escrito de subsanación de los requisitos habilitantes.

En esa oportunidad allegó varias certificaciones expedidas por IPES, la Unidad de Servicios, Carcelarios y Penitenciarios, el Seguro Social en Liquidación y el Fondo de Ventas Populares, relativas a la gestión desempeñada por el abogado Julián Fabrizzio Huérfano Ardila.

Sin embargo, al pronunciarse sobre las mismas, la ANTV, en el documento de respuesta a las observaciones al informe preliminar de evaluación, indicó: (se transcribe literal, incluso con posibles errores):

“*En cuanto a la solicitud del numeral 4.1. sobre el cargo de asesor jurídico, procede igual comentario que en el realizado frente al aporte de certificaciones del candidato al cargo de asesor financiero y Administrativo, es de, este profesional ya se encontraba habilitado y solo de otorgar el respectivo puntaje en caso de la propuesta resulte habilitada*”.

Luego, en la etapa final de evaluación, la experiencia del equipo de trabajo, específicamente en el caso del asesor jurídico ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TC fue valorada, como se aprecia en la siguiente gráfica:

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| No. | CONTRATANTE | CARGO OCUPADO O PROYECTO REALIZADO  | FOLIO DONDE SE ENCUENTRA LA EXPERIENCIA | EXPERIENCIA GENERAL  |  |  | TIPO DE EXPERIENCIA APORTADA  |  |  |
|  |  |  |  | FECHA DE INICIO  | FECHA DE TERMINAICON  | SUBTOTAL AÑOS  | GENERAL  | LITERAL A)  | LITTERAL B)  |
| 1 | Cooperativo de Profesionales de Colombia “Creer los nuestro” | Profesional  | 367 | 01/nov/13 | 30/may/14 | 0,58 | x |  |  |
|  |  | Proyecto: interventoría técnica y administrativa al contrato suministro 240 de 2013 | 367 |  |  | 0,00 |  | x |  |
|  |  | Proyecto: interventoría técnica, administrativo, contable, jurídica, y fiunanciera al contrato de 379 de 2013 | 367 |  |  | 0,00 |  | x |  |
|  |  | Proyecto: interventoría técnica y administrativa al contrato de suministro  | 367 -368 |  |  | 0,00 |  | x |  |
| 2 | Departamento Administrativo de Ciencias, Tecnología e Innovación – Colciencias | Asesor C336-10 | 369 | 03/ene/11 | 02/feb/11 | 0,08 | x |  | x |
|  |  | Asesor C010-11 | 369 | 03/feb/11 | 02/ago//11 | 0,50 | X |  | X |
|  |  | Asesor C192-11  | 369 | 5/Ago/11 | 04/dic/11 | 0,34 | X |  | X |
|  |  | Asesor C316-11 | 370 | 05/dic/11 | 31/may/12 | 0,49 | X |  | X |
|  |  | Asesor C316-11 | 370 | 05/jun/12 | 6/nov/12 | 0,43 | X |  | X |
| 3 | Agencia Nacional de Infraestructura [Hidrocarburos] | Asesor CPS-07-08 | 371 | 27/feb/08 | 26/ener/09 | 0.93 | X |  |  |
|  |  | Asesor CPS14-09 | 371 | 27/ener/09 | 26/oct/09 | 0,76 | X |  |  |
|  |  | Asesor CPS 106-09 | 371-372 | 27/oct/09 | 30/oct/10 | 1,02 | X |  | X |
| 4 | Caprecom  | Profesional C111-06 | 373 | 01/ago/06 | 31/dic/06 | 0,42 | X |  |  |
|  |  | Profesional C015-07 | 373 | 10/ene/07 | 31/dic/07 | 0,99 | X |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  | Total de años experiencia general  | 6,54 |  | CUMPLE con el mínimo de experiencia habilitante gn |
|  |  |  |  |  |  | Total de proyectos de consultoría o interventoría a proyectos (literal a) |  | 3 | CUMPLE con el mínimo habilitante literal a. |
|  |  |  |  |  |  | Total de años en cargos directivos o de asesor (literal b)  |  | 2,86 | CUMPLE con el mínimo habilitante literal b. |

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Formación adicional del perfil | POSGRADO (Adicional al mínimo habilitante) en temas relacionados con derecho administrativo, derecho de las telecomunicaciones, derecho público, derecho público para la gestión administrativa, derecho contractual, derecho contractual público o privado, o gerencia pública, servicios públicos | Posgrado obtenido  | si | Magister en derecho | Puntaje obtenido criterio 1 | 50 |
| Experiencia adicional de perfil | Contar con una experiencia de dos (2) años (adicional la mínima habilitante) en cargo del director, coordinador, gerente, o haber sido asesor en temas de contratación estatal o interventoría, en empresas de servicios públicos o entidades estatales. |  |  |  | Puntaje obtenido criterio 2 | 0 |

Establecido lo anterior, la Sala encuentra que con las certificaciones aportadas por el proponente inicialmente con su oferta se cumplió el requisito de experiencia tanto general como específica exigida para efectos de habilitar la propuesta, dado que:

Se demostró una experiencia general de cinco años durante los últimos 10 años anteriores a la apertura de la convocatoria -3 de junio de 2014-. En efecto, se acreditó un desempeño profesional como abogado de, al menos, 6 años, según certificación de Caprecom y de la Cooperativa “*Creer en lo nuestro*”.

Igualmente, frente a la experiencia específica se demostró que durante ese lapso se desempeñó como asesor jurídico de entidades, ejerciendo funciones de interventoría en al menos tres contratos, como se extrae de la certificación expedida por de Cooperativa “Creer en lo nuestro” y que fungió como asesor en temas de contratación estatal en entidades públicas durante al menos dos años, de conformidad con la certificación de Colciencias y de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Al respecto, la Sala no estima de recibo el cargo de apelación según el cual no resultaba procedente aceptar la experiencia certificada por la Agencia Nacional de Hidrocarburos con el argumento de que, según el peritazgo practicado en esta instancia a petición de la demandante, el Contrato No. 106 del 27 de octubre de 2009, cuyo objeto consistió en apoyar a la ANH en la estructuración, ejecución, control y seguimiento de sus proyectos relacionados con estudios regionales en materia hidrocarburífera, no daba cuenta del cumplimiento de la exigencia habilitante prevista en el literal b) de la casilla de experiencia específica mínima, por cuanto las labores fueron de apoyo a la estructuración, ejecución y control de proyectos de relacionados con estudios regionales en materia de hidrocarburo, lo cual no tenía que ver con interventoría o contratación estatal.

Si bien es cierto que en el dictamen rendido por el abogado Mauricio Acero Montoya en la etapa probatoria de la primera instancia, sobre el contenido de la certificación expedida por el Agencia Nacional de Hidrocarburos, señaló que no se evidenciaba si las labores en calidad de asesor incluían temas de contratación estatal[[31]](#footnote-31), cabe precisar que, según los cánones del artículo 238 del Código General del Proceso, el dictamen pericial es un medio de prueba cuya procedencia se justifica en la necesidad de verificar los hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Adicionalmente, ese estatuto prescribe que serán inadmisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.

En esas circunstancias, su práctica resultaba improcedente para demostrar y menos valorar aspectos jurídicos, tales como la determinación de si ciertas actividades se encuentran o no vinculadas con la actividad contractual del Estado o con el objeto de la tipología de interventoría, en la medida en que, por tratarse de un asunto de derecho, en manera alguna las conclusiones que en desarrollo del mismo se obtuvieran en relación con esa materia, podrían desplazar el criterio jurídico que con base en las probanzas del proceso correspondiera adoptar al juez de la causa. Dicho en otras palabras, la Sala considera que no concernía al peritazgo entrar a definir si la experiencia certificada se asociaba a la contratación estatal o actividades propias de un contrato de interventoría, pues ese era un aspecto de derecho cuya determinación corresponde a la esfera de competencia del juez de la causa.

En segundo lugar, la Sala encuentra que del contenido de la certificación emanada de la Agencia Nacional de Hidrocarburos es propio colegir que la experiencia que allí se hace constar resulta ajustada a aquella solicitada en el literal b) del recuadro del factor habilitante, en la cual se exigió “*haber ejercido cargos de director, coordinador o gerente o haber sido asesor en temas de contratación estatal o interventoría en empresas de servicios públicos o entidades estatales por un período mínimo de dos años”*.

Se aprecia en el texto de la constancia en comento que los servicios prestados por el abogado Julián Frabizzio Huérfano se orientaron a apoyar a la Agencia Nacional de Hidrocarburos en la estructuración, ejecución, control y seguimiento de sus proyectos relacionados con estudios regionales en materia hidrocarburífera.

Para la Sala no resulta alejado del principio de selección objetiva o de aquel que impone la prevalencia de la sustancia sobre la forma admitir la interpretación según la cual dichas funciones de “*apoyo*” podían equivaler a una verdadera asesoría o labor orientadora -como la exigida en el pliego-, la cual, según se certificó por la ANH, recaía sobre los proyectos adelantados por esa agencia en desarrollo de su cometido misional vinculado a la exploración y explotación de hidrocarburos.

Concatenado con lo anterior, se tiene que, a partir de la vigencia del Decreto 1760 de 2003, la administración de los recursos hidrocarburíferos del Estado, así como la suscripción de los contratos de exploración y explotación del petróleo con los particulares interesados en realizar dichas actividades se trasladó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. En ese contexto, con arreglo a lo dispuesto en la mencionada normativa correspondía a la ANH ejercer, entre otras, las siguientes funciones: i) administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación; ii) evaluar el potencial hidrocarburífero del país y iii) diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.

Lo anterior permite hallar la relación existente entre la Agencia Nacional de Hidrocarburos, cuya naturaleza corresponde a la de una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio Minas y Energía y, que por contera, hace parte de la estructura del Estado y las funciones esenciales relacionadas con la contratación estatal que la misma en materia de hidrocarburos, a través de su oficina jurídica y de sus funcionarios y asesores, ejerce, la cual, no solo abarcaba la extracción y procesamiento del recurso natural sino todas las actividades preparatorias y conexas encaminadas a ese objetivo.

En esa medida, la Sala no encuentra ajustado el pedimento del censor encaminado a cuestionar la habilitación de la propuesta del consorcio Interventoría Concesión TV relacionada con la experiencia mínima específica del asesor jurídico presentado, pues, según se explicó, los documentos acompañados a su propuesta resultaron idóneos y suficientes para ese cometido.

Adicionalmente, frente a la presentación de documentos posteriores por parte del consorcio Interventoría Concesión TV alusivos a la experiencia del asesor jurídico ofrecido, la Sala observa que los mismos no fueron tenidos en cuenta por la ANTV para su habilitación y menos aún para otorgarle puntaje; se reitera que este aspecto no fue merecedor de puntaje.

Con sujeción a las consideraciones expuestas, el cargo de la apelación analizado no tiene vocación de prosperidad.

**5.4. La validez de la resolución de adjudicación por no desvirtuarse que era la propuesta del consorcio Interventoría Concesión TV era la mejor oferta**

Retomando el aspecto relacionado con la improcedencia de otorgar puntaje por el factor de experiencia del director general ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV, la Sala evidencia que, incluso, en el escenario de restar el puntaje asignado por ese criterio de ponderación, su oferta, luego de ser calificada atendiendo a esa premisa, habría continuado ocupando el primer lugar en el orden de elegibilidad y, por tanto, no se habría concretado la vulneración del principio de selección objetiva, con base en las razones que pasan a explicarse.

De conformidad con el informe consolidado de evaluación del concurso de méritos No. 003 de 2014, la asignación de puntaje a las propuestas habilitadas obedeció al siguiente orden:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| CRITERIO | CONSORCIO INTERVENTORIA CONCESIÓN TV | JAHV MCGREGOR S.A.  |
| EXPERIENCIA ESPECIFICAD DEL PROPOENTE  | 300 | 300 |
| FOMACION Y EXPERIENCIA EQUIPO DE TRABAJO  | 410 | 235 |
| APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL  | 100 | 100 |
| TOTAL  | 810 | 635 |

Así, al restar los 130 puntos concedidos a la experiencia del director general ofrecido por el consorcio Interventoría Concesión TV como parte de su equipo de trabajo, a razón 65 puntos correspondientes al factor de experiencia adicional en su aspecto temporal y de 65 puntos más derivados del número adicional de proyectos ejecutados, la calificación de ese proponente habría ascendido a 680 puntos.

De ahí se concluye que en el supuesto de haberse abstenido de otorgar puntaje por la experiencia del director general presentado por el consorcio Interventoría Concesión TV, el orden de elegibilidad no se habría alterado y, en esa medida, no existe vocación para anular el acto de adjudicación demandado, debido a que no se materializó un desconocimiento al principio de selección objetiva que se alega transgredido.

Como consecuencia, la sentencia apelada merece ser confirmada en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

En estas circunstancias, se impone despachar desfavorablemente los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirmar la sentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B.

**6.- Costas**

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

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

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

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

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

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la parte actora fundamentó la apelación en argumentos que han sido desestimados y, en segundo, que además de que la defensa adelantó gestiones de manera activa en la segunda instancia, debido a que alegó de conclusión, por cuenta de la interposición de la alzada, el proceso se prolongó por un término superior, lo que condujo a que la vigilancia procesal ejercida sobre el mismo se extendiera en el tiempo.

Con base en lo dicho, la Sala procede a fijar tres (3) S.M.L.M.V por concepto de agencias en derecho.

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

##### F A L L A

**PRIMERO.- CONFIRMAR** lasentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENAR** a la parte actora a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a tres (3) SMLMV.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIAN MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 325 a 331 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 675 a 679 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo****.*** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

*“(…).*

*“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 1 de la Ley 1507 de 2012. “*Créase la Autoridad Nacional de Televisión en adelante ANTV, como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones”*.

“(…). [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 489 de 1998**.** “*Artículo 2º.- Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas”.*

 “***Parágrafo. -****Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”.*

“***Artículo 14º.-****Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuado en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.*

“*Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos*”. [↑](#footnote-ref-5)
6. $ 473’978.690, folio 4 del cuaderno 1. Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal vigente de 2015 ($644.350 X 300 = $193’305.000). [↑](#footnote-ref-6)
7. $473’978.690, Folio 4 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2015 ($644.350 X 500 = $322’175.000). [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 209 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró e regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 96 a 98 del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 550 a 551 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-12)
13. A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación extrajudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

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

*“Parágrafo único. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción*”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 231del cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. La demanda deberá ser presentada:

“(…).

 “*j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*“Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Según se informa en la página oficial de la Autoridad Nacional de Televisión. <https://www.antv.gov.co>, así lo ha acatado dicha entidad al señalar “*Teniendo en cuenta que la contratación de la ANTV está sujeta al régimen de contratación pública, toda esta información puede encontrarse en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 3 a 6 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 7 a 27 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 28-34 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 313 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 314 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 315 a 324 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 110-112 del cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 79 a 94 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 112 del cuaderno 5. [↑](#footnote-ref-25)
26. En este argumento de la apelación, la parte actora se refiere al dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia como consecuencia de la solicitud probatoria elevada por la demandante y decretada por el Tribunal de origen, el cual fue rendido por el abogado Mauricio Acero y el ingeniero Lázaro Pardo Silva con el fin de determinar la cuantía de la utilidad esperada, realizara la evaluación de las ofertas y determinara que la presentada por el sociedad Javh Macgregor era la más favorables. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 367 a 368 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 369 a 370 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 371 a 372 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 373 del cuaderno 6. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 90 del cuaderno 7. [↑](#footnote-ref-31)