**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA –** **Favorabilidad**

La selección objetiva prevista en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 , alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros previamente establecidos en el pliego de condiciones. (…) se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones. Así las cosas, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA –** **Alcance**

El principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista actúe de forma imparcial y objetiva, con sujeción a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en los pliegos de condiciones y la imposibilidad de que actúe de forma oculta o arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones de carácter subjetivo. (…) Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

**ACTO DE ADJUDICACIÒN – Nulidad – Precio como factor de selección**

Si bien el precio es uno de los factores que inciden en el principio de selección objetiva, no es el único que las entidades deben tener en cuenta para seleccionar el ofrecimiento que resulta más favorable a sus intereses, sino que dicho factor deberá ser evaluado junto con otros factores tales como la experiencia, capacidad financiera, entre otros, que también inciden al momento de determinar cuál será la propuesta más favorable. Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, un proponente pretende la declaratoria de nulidad de un acto de adjudicación con la consecuente indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados por la no adjudicación del contrato y logra demostrar la ilegalidad de ese acto pero para acreditar que su propuesta era la mejor sólo prueba que el valor de su propuesta era el más económico, es evidente que en ésta hipótesis no se puede tener como demostrado que su oferta sí era la mejor, pues para ello deberá demostrar su excelencia en otros factores tales como la experiencia, capacidad financiera, entre otros. (…) Es de precisar en éste punto, que con fundamento en el parágrafo primero del numeral 5º de la artículo 24 de la ley 80 de 1993, cuando la nulidad del acto de adjudicación se produce como consecuencia de la ilegalidad de un requisito o estipulación contenida en el pliego de condiciones, esa estipulación es ineficaz de pleno derecho, razón por la cual no debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de evaluar y calificar las respectivas propuestas.

**PLIEGOS DE CONDICIONES – Naturaleza vinculante**

Atendiendo a la naturaleza del pliego de condiciones como acto jurídico fundamental en el cual se establecen las reglas que rigen no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también el negocio jurídico que se proyecta celebrar, las reglas que en él se establezcan deben ser claras, objetivas, justas y completas, más aún frente a los diferentes factores de selección del contratista, de forma tal que se garantice una selección objetiva y no haya lugar a vacíos, dudas e interpretaciones. (…) Así lo disponen los literales b) y e) del numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, al establecer que en los pliegos de condiciones se deben establecer reglas que permitan la elaboración de propuestas de la misma índole por parte de los proponentes u oferentes; aseguren una selección objetiva, no induzcan a error al proponente e impidan la formulación de ofertas de extensión ilimitada.

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Normativa aplicable**

El principio de congruencia de las sentencias judiciales, antes previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y ahora previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, alude a aquel principio conforme al cual los fallos judiciales deben estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda y por consiguiente “no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

**FALLOS ULTRA PETITA O EXTRA PETITA – Incongruencia de los fallos judiciales**

De la lectura de la norma se deriva que la incongruencia puede presentarse en dos modalidades que son conocidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como fallos ultra petita, cuando se condena al demandado por más de lo pedido, o fallos extra petita, cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda. De lo anterior se deduce sin esfuerzo alguno que, por regla general, la existencia de éste vicio debe establecerse a partir del cotejo entre las pretensiones de la demanda o su causa petendi, o lo uno y lo otro, con lo contenido en la parte resolutiva de la sentencia, por lo que se descarta que, también por regla general, la inconsonancia como se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

**ACTO DE ADJUDICACIÒN – Declaratoria – Carga procesal en cabeza del actor**

La Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado que quién pretende la nulidad del acto administrativo de adjudicación con la consecuente condena a la indemnización de los perjuicios que le fueron causados por haber sido privado de su derecho a ser adjudicatario, para sacar avante sus pretensiones tiene a su cargo un doble compromiso procesal, pues de una parte, debe acreditar la ilegalidad que alega; y de otra debe demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración. (…) Tal carga probatoria se encontraba establecida en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y ahora en el artículo 167 del Código General del Proceso. Así que entonces es al proponente frustrado a quien le asiste el interés de demostrar tanto la ilegalidad del acto, como que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración, sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga.

**ACTO DE ADJUDICACIÒN – Nulidad del acto – Irregularidades en la selección de las propuestas**

En el presente asunto se demostró que el accionado vulneró el principio de transparencia y selección objetiva al no establecer en el pliego de condiciones reglas claras y objetivas para evaluar y calificar el factor de selección “programa de trabajo” contenido en el literal f del numeral 2.31 del pliego de condiciones, otorgarle a los proponentes puntajes disímiles en unos factores de selección sin exponer alguna motivación para ello y tener como cumplidos otros sin tener en cuenta las pruebas documentales que demostraban lo contrario, aspectos éstos que dieron lugar a que se declarara la nulidad del acto administrativo precontractual contenido en la Resolución No. 0119 de 1998.

**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Improcedente**

Si bien en el presente asunto la Sociedad accionante logró demostrar la ilegalidad de la Resolución No. 0119 de 1998, no demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración, carga probatoria sin la cual no podía abrirse paso a la pretensión de indemnización de perjuicios. En efecto, si bien Sepecol Ltda. aportó al expediente el pliego de condiciones, el informe de la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas y otras pruebas documentales a través de las cuales logró acreditar la ilegalidad del acto y que la oferta presentada por la sociedad adjudicataria no era la mejor ni las más favorable a los intereses de la administración, no allegó al expediente copia de las diferentes propuestas presentadas en la referida licitación pública No. 001 de 1998, ni ningún otro documento a través del cual pudiera acreditar que su oferta sí era la mejor entre todas ellas, omisión probatoria que en el presente asunto imponía un fallo denegatorio de las pretensiones indemnizatorias.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 08001-23-31-000-1998-02160-01(58362)**

**Actor: SEGURIDAD EL PENTÁGONO COLOMBIANO LIMITADA - SEPECOL LIMITADA**

**Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**

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

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia en el sentido de negar la indemnización de perjuicios porque la accionante no demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración Restrictor: El principio de selección objetiva/ Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones / Principio de congruencia de la sentencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad demandante contra la sentencia del 29 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. **ANTECEDENTES.**

**1. Lo pretendido.**

El 20 de noviembre de 1998[[1]](#footnote-1) la **Sociedad Seguridad el Pentágono Colombiano Ltda.-Sepecol Ltda.-** presentó demanda contra el **Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla** formulando las siguientes pretensiones:

En primer lugar, solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0119 del 3 de noviembre de 1998, mediante la cual la Alcaldía Distrital de Barranquilla le adjudicó la licitación Pública No. 001 de 1998 a la Compañía de Vigilancia Técnica Ltda.- Covitecnica Ltda.-

En segundo lugar, solicitó que se declarara la nulidad del No. 22 del documento de la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas de la licitación pública No. 001 de 1998, donde se le otorgaron 14 puntos a la firma Covitecnica Ltda., por no cumplir con el requisito legal previsto en los artículos 15,57 y 114 del Decreto reglamentario No. 2649 de 1993 y el artículo 36 de la Ley 222 de 1995.

En tercer lugar, pidió que se declarara la nulidad del No. 2.3 del informa de calificación técnica, jurídica y financiera de las propuestas de la licitación pública No. 001 de 1998, donde se le otorgó una calificación de 25 puntos a la Sociedad Covitecnica Ltda.

En cuarto lugar, solicitó que se declarara que la Sociedad adjudicataria Covitecnica S.A. presentó su propuesta sin cumplir con el requisito de elegibilidad exigido en el No. 3 ítem 2.31. del pliego de condiciones en el documento de evaluación jurídica, técnica y jurídica.

Que se declare que es nula la calificación de 25 puntos, otorgada a la firma Covitecnica Ltda., en el numeral 2.4 programa de seguridad propuesto del informe de evaluación técnico, jurídico y financiero.

Que se declare la nulidad de la calificación de cinco (5) puntos otorgada a la firma Covitecnica en la ponderación de las propuestas en el numeral 2.5.2. relativo al armamento del informe de evaluación y calificación técnica, jurídica y financiera.

Que se declare la nulidad de la calificación de 10 punto otorgada a la firma Covitecnica en el numeral 2.5.3. relativo al parque de automotor del informe de avaluación y calificación.

Que se declare que la Compañía de Vigilancia Seguridad El Pentpagono Colombiano Limitada SEPECOL LTDA. presentó la mejor propuesta.

Que se declare que la firma Covitecnica Ltda. presento su oferta sin cumplir el requisito de elegibilidad exigido en el Numeral 2.2. literal d) del pliego de condiciones.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones que se condene al demandado al reconocimiento y pago de las sumas de $2´000.000, por concepto de los dineros invertidos en la elaboración y presentación de la propuestas, más los intereses causados a la tasa prevista en la ley 80 de 1993 (valor de la póliza, pago de salarios de personal que elaboro la propuesta, gastos de transporte, gastos de papelería y demás); la suma de $81´600.000,00, por concepto del valor de la garantía de seriedad de la oferta; de $1.200´000.000,00, por concepto de las utilidades dejadas de percibir por las otras licitaciones que se le hubieran adjudicado de obtener la licitación No. 001 de 1998 (se le vulneró un derecho adquirido que tenía, al ser la mejor oferta y ser la única propuesta que cumplía con todos los requisitos del pliego debidamente actualizadas; la suma equivalente al 25% del valor total de la propuesta por concepto de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante que le fueron causados por no obtener ganancias comerciales

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

A través de la Resolución No. 56030 del 9 de marzo de 1998 la Secretaría General de la Alcaldía de Barranquilla ordenó la apertura de la licitación pública No. 001 de 1998 con el objeto de contratar la prestación del servicio de vigilancia en las instalaciones y dependencias de la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

La apertura a esa invitación pública se programó para el 6 de abril de 1998 y a la misma presentaron su propuesta la Sociedad Su oportuno Servicio – S.O.S. Ltda.-; La Compañía de Vigilancia técnica limitada- Covitecnica Ltda.; y Seguridad el Pentágono Colombiano Ltda.- Sepecol Ltda.

Manifiesta que si bien se señaló como fecha de cierre de la licitación el 20 de abril de 1998, sólo hasta el 6 de agosto el comité designado para la calificación y evaluación de las propuestas, puso a disposición de los oferentes el informe respectivo para su revisión y para la presentación de las observaciones pertinentes.

Dice que ante la excesiva demora del comité para evaluar las propuestas presentó un derecho de petición alegando la violación de su derecho fundamental al debido proceso y solicitando que la adjudicación se realizara en audiencia pública conforme al artículo 273 de la Constitución política.

El 12 de agosto de 1998 Sepecol Ltda. presentó sus observaciones frente al informe de evaluación y calificación argumentando, entre otros aspectos, que la sociedad adjudicataria no había cumplido el requisito relativo a la experiencia específica, pues sólo allegó 2 contratos de los 3 exigidos, el celebrado con Colcurtidos S.A. era nulo al no haberse suscrito por su Representante Legal y el celebrado con Felpas S.A. era inexistente; no presentó sus Estados financieros conforme a las normas y principios que rigen la contabilidad y sólo ofreció 19 armas cuando el mínimo exigido eran 37; requisitos éstos que aquella sí cumplió, pues presentó 3 contratos con 8 turnos las 24 horas y ofreció 37 armas para prestar el servicio de seguridad y 10 más en caso de imprevistos.

El 1º de septiembre de 1998 se llevó a cabo la audiencia pública de adjudicación, la cual se aplazó hasta el 3 de septiembre con el objeto de dar respuesta a las observaciones presentadas y posteriormente se suspendió en dos ocasiones, el 14 y el 16 de septiembre de 1998.

Agrega que si bien la demandada citó en diversas oportunidades a las partes para reanudar la audiencia respectiva, Sepecol Ltda. nunca fue notificada personalmente.

Finalmente en la audiencia que tuvo lugar el 3 de noviembre de 1998 el accionado resolvió adjudicarle la licitación pública No. 001 de 1998 para la prestación de servicios públicos de vigilancia a la Compañía de Vigilancia Técnica Ltda. Covitecnica Ltda.- decisión que confirmó a través de la Resolución No. 0119 de 1998.

**2.1. Cargos de nulidad.**

Manifiesta la sociedad accionante que con la expedición de la Resolución No. 0119 de 1998 se vulneraron tanto los artículos 2º, 6º, 13, 29, 90 y 209 de la Constitución Política; 1º, 3º, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30 y 51 de la Ley 80 de 1993; 15, 57 y 114 del Decreto No. 2649 y la Ley 222 de 1996; como el literal d) del numeral 2.2. relativo a los licitantes elegibles, el numeral 2.11 relativo al balance general y estado de pérdidas y ganancias, el ítem 3) relativo a la experiencia específica del numeral 2.31 de los factores de escogencia, el ítem 4) relativo al programa de seguridad propuesto, el ítem 5) relativo al armamento y el ítem relativo al parque automotor del pliego de condiciones.

Dice que la accionada se extralimitó en el ejercicio de sus funciones por adjudicar el contrato a una sociedad que no reunía los requisitos del pliego, representaba una mayor erogación, vulneró el principio de selección objetiva por no analizar cuidadosamente las propuestas, no aclarar ampliamente las dudas existentes frente a los contratos arrimados por la adjudicataria, no solicitar la documentación requerida para absolverlas y no dar respuesta a los derechos de petición presentados.

Vulneró el principio de igualdad, pues pese a que Covitecnica Ltda. no cumplió con algunos de los requisitos en su propuesta, no le redujo su puntaje y frente a otros le otorgó el mismo puntaje de la propuesta presentada por Sepecol, cuando las condiciones técnicas de una y otra propuesta eran muy diferentes.

Manifiesta que se vulneraron sus derechos al debido proceso y a la defensa por no requerir a Covitecnica S.A. para que allegara el original de los contratos suscritos con Colcurtidos S.A. y Felpas S.A. y darle credibilidad a las certificaciones por ésta arrimadas; no solicitar ante la Superintendencia información relativa a los procesos de investigación iniciados en su contra; no exponer de forma clara y precisa las razones por las cuales le otorgó un mayor puntaje a la adjudicataria frente al programa de seguridad ofertado y; no revelar el nombre de las otras personas que participaron en la calificación, tal como se derivaba de lo manifestado en la audiencia pública.

Agrega que con documentación falsa se le arrebató un *“derecho adquirido”* a que se le adjudicara el contrato.

Vulneró el interés general y los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa al favorecer la propuesta de una Sociedad que no reunía los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, ni las condiciones técnicas para la prestación de los servicios de vigilancia y que estaba siendo investigada por irregularidades al presentar documentación falsa.

En ese mismo sentido señala que los integrantes del Comité de evaluación y calificación de la Entidad no ostentaban ni la idoneidad, ni la capacidad para realizar dicha gestión y no allegaron ninguna certificación ni credencial de ser expertos en el tema de seguridad, circunstancia que evidenciaba lo subjetivo de la calificación de las propuestas, más aun teniendo en cuenta la delicada situación económica por la que atravesaba la sociedad Covitecnica S.A.

Afirma que se vulneraron los artículos 1º, 3º, 23, 24, y 30 de la Ley 80 de 1993 y más específicamente los principios de transparencia, economía y responsabilidad al seleccionar la propuesta de una sociedad que presentó contratos en ejecución cuando el pliego exigía que éstos se hubieran ejecutado dentro de los 3 años anteriores, allegó uno inválido y otro inexistente, ofertó 19 armas cuando se exigía un mínimo de 37, su propuesta representaba una mayor erogación para la administración teniendo en cuenta que exigió el pago de un anticipo equivalente al 25%, se encontraba en una situación de iliquidez tal como lo certificó la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad y retardar injustificadamente el proceso de selección del contratista.

Se vulneró el principio de selección objetiva del contrato al favorecer una propuesta en particular, que no era la más conveniente, de *“menos perfil”*, idoneidad, capacidad técnica y financiera.

Señala además que los actos administrativos son nulos por indebida motivación teniendo en cuenta que para adoptar su decisión el demandado no expuso sus argumentos de forma detallada y precisa sino con *“frases de comodín o sencillas”*, no atendió las peticiones de Sepecol Ltda., escondió documentos oficiales que daban cuenta de la precaria situación de la adjudicataria, dejo de lado las investigaciones penales iniciadas en su contra y no se pronunció sobre las quejas presentadas.

Pero además, dice que se configuró una desviación de poder teniendo en cuenta que para adoptar su decisión el demandado no tuvo en cuenta el interés general, existieron intereses ocultos, alejados de la buena administración y gestión pública, bajo el entendido de que existía una propuesta que reunía todos los requisitos y condiciones técnicas que era la más favorable de forma integral pero que se le termino adjudicando a Covitecnica que elaboro una cotización más alta y exigió un anticipo del 25%.

Por último, manifiesta que la accionada incurrió en una indebida calificación de los diferentes factores de ponderación del pliego de condiciones, pues le otorgó mayores puntajes a Covitecnica Ltda. sin que ella cumpliera las condiciones exigidas para cada uno de ellos.

**3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda[[2]](#footnote-2) y noticiado el demandado Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y éste le dio respuesta[[3]](#footnote-3) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Después de decretadas[[4]](#footnote-4) y practicadas las pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión[[5]](#footnote-5), oportunidad que no fue aprovechada por ninguna de ellas.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 29 de junio de 2016 el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad de la Resolución No. 0119 del 3 de noviembre de 1998 a través de la cual el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla le adjudicó la licitación pública No. 001 de 1998 a la Sociedad Covitecnica Ltda. y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para adoptar éstas decisiones expuso las siguientes razones:

Señala que si bien de los documentos visibles a folios 265 a 300 se podría considerar, que tanto la Sociedad Sepecol Ltda., como la adjudicataria, reunían los requisitos para acceder a la Licitación Pública No. 001 de 1998, el Distrito de Barranquilla no allegó el expediente administrativo completo relativo a la misma, no obstante haber sido requerida por el Tribunal para ello a través de las providencias del 16 de febrero de 1999 No. 4º; del 16 de septiembre de 1999 No. 1.1. y del 5 de diciembre de 2005 No. 1.2., circunstancia que impedía determinar a ciencia cierta si las calificaciones efectuadas por el comité evaluador se ajustaban a la realidad procesal.

Trae a cuento unas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación el 16 de abril de 2007 bajo el radicado No. AG-025 y el 16 de agosto de 2012 bajo el radicado No. 24.699, para luego concluir que se constituía en un indicio grave en contra del Distrito de Barranquilla no allegar el expediente completo del procedimiento de la licitación pública No. 001 de 1998, en virtud de los principios de lealtad procesal, comunidad de la prueba y carga dinámica de la prueba.

Luego de analizar el documento de *“Evaluación jurídica, técnica y financiera de las empresas que presentaron sus ofertas en la Licitación Pública No. 001 de 1998”* frente a la calificación otorgada a las propuestas presentadas tanto por Sepecol Ltda., como por Covitecnica Ltda., advirtió la presencia de serias irregularidades, las cuales concreto en i) Habérsele otorgado 15 puntos al programa de seguridad propuesto por Sepecol Ltda., sin efectuar ninguna motivación para ello y otorgarle 25 puntos al presentado por la sociedad Covitecnica Ltda., sin establecer ningún criterio de diferenciación entre uno y otro; ii) El valor económico de la propuesta presentada por la Sociedad adjudicataria resultaba mucho más costoso para la administración y ésta exigía el pago de un anticipo equivalente a $170.783.652, condición que no exigía Sepecol Ltda.; iii) Considerar que la Sociedad Covitecnica Ltda. cumplía con el factor de escogencia *“armamento”* y otorgarle el puntaje máximo, cuando a duras penas cumplía con las condiciones mínimas de equipo para la prestación del servicio de vigilancia.

Después de hacer referencia al Oficio del 1º de septiembre de 1998, a través del cual la Alcaldía Distrital de Barranquilla contestó las observaciones presentadas por Sepecol Ltda. al informe de calificación y evaluación de las ofertas, concluyó que existía una *“total subjetividad y una motivación precaria”* del accionado para justificar la decisión de adjudicar la Licitación pública a Covitecnica Ltda., más aun teniendo en cuenta que los integrantes del Comité evaluador no tenían la capacidad ni los conocimientos mínimos para realizar la respectiva evaluación y calificación.

Con fundamento en lo expuesto, encontró demostrados los cargos de nulidad consistentes en la “violación de las normas en que debería fundarse y la indebida motivación”; “programa de seguridad”; y “armamento” alegados por la Sociedad accionante y en consecuencia declara la nulidad de la Resolución No. 0119 del 3 de noviembre de 1998.

Niega el reconocimiento de los perjuicios reclamados a título de restablecimiento del derecho, al señalar que si bien la actora había logrado demostrar la ilegalidad del acto de adjudicación, no demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración y no podía tenerse como prueba idónea para ello el documento visible a folio 335 del expediente en el que se hacía constar que los miembros del comité no reunían la capacidad *“siquiera mínima”* para realizar la respectiva evaluación y calificación, para lo cual trae a cuento la Sentencia Proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación el 16 de marzo de 2015, bajo el radicado No. 30.759.

Por último, niega la pretensión de condena en costas por o encontrar acreditada alguna actuación temeraria o dilatoria.

**III EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Contra lo así resuelto la accionante Seguridad el Pentágono Colombiano-Sepecol Ltda. instauró el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Dice que Sepecol sí demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable a la administración al acreditar que era la más económica por una suma de $663´722.604, frente a la presentada por la sociedad adjudicataria cuyo valor ascendía a $693´134.608, aspecto que fue reconocido por el mismo Tribunal en la sentencia al afirmar que la oferta presentada por ésta era mucho más costosa teniendo en cuenta que exigió el pago de un anticipo equivalente a $170´783.652 que no exigió la sociedad actora, quién además ofreció comodidades de pago y descuentos.

Agrega que según el No. 2.31 del pliego de condiciones, el ofrecimiento más favorable sería aquel que una vez evaluado en su conjunto, resultara más ventajoso para la entidad teniendo en cuenta factores tales como el *“Precio”*, la capacidad financiera, experiencia específica y el programa de seguridad propuesto y que como el Tribunal no reconoció como prueba la evaluación del programa de seguridad y armamento el único factor para demostrar que la propuesta presentada por Sepecol Ltda., era la más favorable era el precio.

Manifiesta que hay una incongruencia entre la parte motiva y el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, pues mientras que en la parte motiva el Tribunal afirma que la propuesta presentada por Covitecnica Ltda., era la más costosa y que compartía los argumentos de nulidad alegados por la accionante porque no era la mejor y la más favorable para los intereses de la administración, a través del numeral segundo de la parte resolutiva niega las pretensiones de restablecimiento.

Afirma que teniendo en cuenta que en la licitación pública No. 001 de 1998 sólo habían dos proponentes, sí uno de ellos, en el caso Covitecnica Ltda., no cumplió con los requisitos previstos en el pliego de condiciones, automáticamente la propuesta presentada por Sepecol Ltda. pasaría a ser la mejor y la más favorable a los intereses de la administración.

Señala que contrario a lo que afirma el Tribunal, sí cumplió con la doble carga procesal a su cargo, pues de una parte, demostró que con la expedición del acto administrativo de adjudicación se vulneraron normas superiores del ordenamiento jurídico y que se encontraba indebidamente motivado; y de otra, que su propuesta era la mejor y la más conveniente para la prestación del servicio público de seguridad *“al ser calificada como elegible y más favorable”.*

Con base en lo expuesto, solicita que se revoque el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y que en su lugar se acceda al reconocimiento de las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público guardó silencio en ésta instancia.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

**V. CONSIDERACIONES.**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** El principio de selección objetiva del contratista; **2)** Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones; **3)** El principio de congruencia de las sentencias; **4)** La declaratoria de nulidad del acto de adjudicación- doble carga procesal en cabeza del actor.

1. **El principio de selección objetiva.**

La selección objetiva prevista enel derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007[[6]](#footnote-6), alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros previamente establecidos en el pliego de condiciones.

La disposición a la que se alude también dispone que el *“ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”* y que *“el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

De ésta forma, se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones.

Así las cosas, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la selección de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar, previamente, reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así las cosas, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista actúe de forma imparcial y objetiva, con sujeción a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en los pliegos de condiciones y la imposibilidad de que actúe de forma oculta o arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones de carácter subjetivo[[7]](#footnote-7).

Y es que si no se establecen reglas claras, objetivas y completas en los pliegos de condiciones, se vulnera el principio de selección objetiva, pues se estaría dejando a la voluntad exclusiva de la administración tanto la evaluación y calificación de las propuestas, cómo la selección del contratista.

Otro de los factores que inciden en el principio de selección objetiva es el del precio del mercado, que es uno, aunque no el único, que deben tener en cuenta las entidades estatales al celebrar el contrato, pues éstas al definir el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta las diversas variables tales como cantidad, calidad especialidad, momento, lugar, etc., lo que procuran es que no se pague más ni menos de lo que verdaderamente cuestan para ajustarse así a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal[[8]](#footnote-8).

Pero se reitera, si bien el precio es uno de los factores que inciden en el principio de selección objetiva, no es el único que las entidades deben tener en cuenta para seleccionar el ofrecimiento que resulta más favorable a sus intereses, sino que dicho factor deberá ser evaluado junto con otros factores tales como la experiencia, capacidad financiera, entre otros, que también inciden al momento de determinar cuál será la propuesta más favorable.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, un proponente pretende la declaratoria de nulidad de un acto de adjudicación con la consecuente indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados por la no adjudicación del contrato y logra demostrar la ilegalidad de ese acto pero para acreditar que su propuesta era la mejor sólo prueba que el valor de su propuesta era el más económico, es evidente que en ésta hipótesis no se puede tener como demostrado que su oferta sí era la mejor, pues para ello deberá demostrar su excelencia en otros factores tales como la experiencia, capacidad financiera, entre otros.

1. **Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones.**

Ya en anteriores oportunidades ésta subsección había señalado al respecto que:

“*Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar[[9]](#footnote-9).*

*Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo[[10]](#footnote-10).*

*De ésta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.*

*En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual[[11]](#footnote-11).*

*Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas”[[12]](#footnote-12).*

Ahora, atendiendo a la naturaleza del pliego de condiciones como acto jurídico fundamental en el cual se establecen las reglas que rigen no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también el negocio jurídico que se proyecta celebrar, las reglas que en él se establezcan deben ser claras, objetivas, justas y completas, más aún frente a los diferentes factores de selección del contratista, de forma tal que se garantice una selección objetiva y no haya lugar a vacíos, dudas e interpretaciones.

En efecto, las reglas allí contenidas deberán estar desprovistas de toda consideración subjetiva y deben estar determinadas por las necesidades o intereses que la misma administración pretende satisfacer con el determinado proceso de selección.

Así lo disponen los literales b) y e) del numeral 5º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, al establecer que en los pliegos de condiciones se deben establecer reglas que permitan la elaboración de propuestas de la misma índole por parte de los proponentes u oferentes; aseguren una selección objetiva, no induzcan a error a los proponente e impidan la formulación de ofertas de extensión ilimitada.

Es de precisar en éste punto, que con fundamento en el parágrafo primero del numeral 5º de la artículo 24 de la ley 80 de 1993, cuando la nulidad del acto de adjudicación se produce como consecuencia de la ilegalidad de un requisito o estipulación contenida en el pliego de condiciones, esa estipulación es ineficaz de pleno derecho, razón por la cual no debe ser tenida en cuenta por el juez al momento de evaluar y calificar las respectivas propuestas.

1. **El principio de congruencia de las sentencias.**

El principio de congruencia de las sentencias judiciales, antes previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y ahora previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, alude a aquel principio conforme al cual los fallos judiciales deben estar en consonancia con las pretensiones y los hechos de la demanda y por consiguiente *“no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”*

De la lectura de la norma se deriva que la incongruencia puede presentarse en dos modalidades que son conocidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como fallos *ultra petita,* cuando se condena al demandado por más de lo pedido, o fallos *extra petita,* cuando se condena al demandado por objeto distinto al pretendido o por causa diferente a la invocada en la demanda.

De lo anterior se deduce sin esfuerzo alguno que, por regla general, la existencia de éste vicio debe establecerse a partir del cotejo entre las pretensiones de la demanda o su *causa petendi*, o lo uno y lo otro, con lo contenido en la parte resolutiva de la sentencia, por lo que se descarta que, también por regla general, la inconsonancia como se configure cuando haya discrepancia entre aquellas y las motivaciones de la decisión.

No otra cosa significa la perentoria expresión contenida tanto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, como en el inciso 2º del artículo 282 del Código General del Proceso al señalar que *“no podrá condenarse al demandado…”*

Pero aún más el vicio sobre el que aquí se discurre se presenta cuando la sentencia es condenatoria, y no cuando es absolutoria, pues no podría entenderse cómo una sentencia que niega las pretensiones de la demanda pueda incurrir en tal yerro por estar **condenando al demandado,** se resalta, *“por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda…”* o *“por causa diferente a la invocada en ésta.”*

1. **La declaratoria de nulidad del acto de adjudicación- doble carga procesal en cabeza del actor.**

Ya en anteriores oportunidades[[13]](#footnote-13) la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado que quién pretende la nulidad del acto administrativo de adjudicación con la consecuente condena a la indemnización de los perjuicios que le fueron causados por haber sido privado de su derecho a ser adjudicatario, para sacar avante sus pretensiones tiene a su cargo un doble compromiso procesal, pues de una parte, debe acreditar la ilegalidad que alega; y de otra debe demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración.

De ésta forma, se entiende que para que el proponente pueda acreditar que su propuesta era la mejor, no sólo debe demostrar que cumplió con todos los requisitos del pliego de condiciones, sino también que su propuesta reunía las mejores condiciones en términos de experiencia, capacidad financiera, capacidad organizacional, entre otros, para lo cual debe arrimar al expediente las pruebas pertinentes para ello, tales como el documento contentivo de los pliegos de condiciones del procedimiento de selección, su propuesta, la de los restantes oferentes, entre otras.

Tal carga probatoria se encontraba establecida en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y ahora en el artículo 167 del Código General del Proceso.

Así que entonces es al proponente frustrado a quien le asiste el interés de demostrar tanto la ilegalidad del acto, como que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración, sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga.

Luego, si quien pretende la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación nada prueba en torno a la excelencia de su propuesta, no podrá abrirse paso al reconocimiento de la pretensión indemnizatoria, pues tal como se señaló en líneas anteriores, para que ésta resulte procedente el actor no sólo debe demostrar la ilegalidad del acto del acto cuya nulidad pretende, sino también que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración.

1. **Los hechos probados.**

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra que mediante la Resolución No. 0046 del 3 de febrero de 1997 el demandado dio apertura a la licitación Pública No. 001 de 1997, la cual tuvo por objeto contratar los servicios de vigilancia privada en las instalaciones y Dependencias de la Administración Central del Distrito de Barranquilla relacionados en los términos de referencia (Fols. 244 y 245 del C. No. 1).

En el Capítulo I No. 1.4 del pliego de condiciones se señaló que el plazo de la licitación iniciaría el 6 de abril de 1998 a las 9:00 am y vencería el 20 de abril de 1998 a las 4:00 pm (Fol. 269 del C. No. 1).

Mediante el **Capítulo II, Literal A Introducción**, relativo a las instrucciones a los licitantes del pliego de condiciones se estableció:

“***2.2. LICITANTES ELEGIBLES.***

*Esta invitación a presentar ofertas estará abierta a todas las personas jurídicas que reúnan los siguientes requisitos: a) Que tengan una existencia igual o mayor a tres años; b) Que tengan vigente la licencia de funcionamiento de la empresa, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada; c) Que se encuentren a paz y salvo en el cumplimiento de sus obligaciones laborales; d) Que hayan ejecutado contratos de vigilancia y seguridad en el curso de los (3) años anteriores a la fecha de apertura de la presente licitación, mediante los cuales se haya prestado servicio de vigilancia con un número mínimo de OCHO (08) turnos de 24 horas.*

*(…)”* (Fol. 270 del C. No. 1).

En el **numeral 2.30** del pliego de condiciones, relativo a la Evaluación y Comparación de las Ofertas se estableció que la Alcaldía Distrital de Barranquilla evaluaría las ofertas dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de cierre de la Licitación, que para garantizar el principio de selección objetiva podría modificarlo por otro que no excediera el inicialmente convenido y que una vez elaborados los informes de evaluación y calificación de las propuestas, permanecerían en la Secretaría General de la Alcaldía para que los proponentes presentaran sus respectivas observaciones (Fol. 279 del C. No. 1).

Mediante el Literal **F)** numeral 2.31. relativo a los Criterios para la adjudicación se estableció que la Alcaldía Distrital adjudicaría el contrato al proponente cuya oferta se ajustara a los documentos de la licitación y fuera evaluada como la más favorable; y que el ofrecimiento más favorable sería aquel que “*una vez evaluado en su conjunto, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como precio, capacidad financiera, experiencia específica y programa de seguridad, resulte ser el más ventajoso para la entidad(…)”* (Fols. 279 y 280 del C. No. 1).

Así mismo y en cuanto a los factores de escogencia se señaló:

“*Los factores de escogencia para la presente licitación son los siguientes:*

***(1). PRECIO (30 Puntos)***

*La variable de precio se evaluará de la siguiente manera:*

***Pm***

***P= ----------x30***

***Pi***

*Donde:*

*Pm= Valor presente neto de la Propuesta de menor precio.*

*Pi= Valor presente neto de la Propuesta evaluada.*

*P= Puntaje asignado al proponente.*

***(2) CAPACIDAD FINANCIERA (15 Puntos)***

*El puntaje por capacidad financiera se distribuirá de la siguiente manera:*

*Capital de trabajo: 5 Puntos*

*Endeudamiento: 5 Puntos*

*Capacidad de Pago: 5 Puntos*

*Con base en los estados financieros, se determinará el capital de trabajo restando del activo corriente el pasivo corriente; el endeudamiento se calculará dividiendo el Pasivo Total por el Activo Total y la Capacidad de Pago dividiendo el Activo Corriente por el Pasivo Corriente.*

(…)

**(3) EXPERIENCIA ESPECÍFICA (25 Puntos)**

*La experiencia específica se evaluará de acuerdo a los contratos de vigilancia ejecutados durante los últimos tres (3) años; y el puntaje se asignará de la siguiente manera:*

***VALOR DE CONTRATOS PUNTAJE***

*(Millones de pesos)*

*0 – 90´000.000 - 5*

*90´000.000- 180´000.000 10*

*180´000.001 – 270´000.000 15*

*270´000.001- 360´000.000 20*

*Más de 360´000.001 25*

***(4) PROGRAMA DE SEGURIDAD PROPUESTO (25 puntos)***

*El programa de seguridad constituye una parte importante de la evaluación de la propuesta y es un indicativo de la organización y la claridad conceptual que tiene el oferente sobre los requerimientos de seguridad de las dependencias e instalaciones del contratante. Contendrá un análisis sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones físicas que serán objeto de vigilancia, sobre las amenazas que se ciernen sobre las mismas y sobre los funcionarios que en ellos laboran, una formulación de las recomendaciones que se consideren pertinentes para minimizar riesgos y una exposición detallada de los métodos y procedimientos de seguridad, supervisión, control y vigilancia que serán implementados.*

***(5) PERSONAL Y DOTACIÓN (25 Puntos)***

*El personal y dotación hacen referencia al recurso humano que será utilizado, y a los equipos y elementos que serán empleados por el contratista en el desarrollo del contrato, tales como instrumentos de supervisión y control, armamento, infraestructura de transporte, comunicación y herramientas.*

*Puntaje:*

*Personal, uniformes y dotación personal 2.5 puntos*

*Armamento: 5 puntos*

*Parque automotor: 10 puntos*

*Sistemas de comunicación: 2.5 puntos*

*Elementos de control y supervisión: 5 puntos”* (Fols. 279 a 281 del C. No. 1).

Mediante la Resolución No. 0464 del 19 de junio de 1997 el Alcalde Distrital de Barranquilla designó como integrantes del comité de evaluación de las propuestas al señor Edilberto Escobar Cortez, Director de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda Distrital; Edgar Paredes Morales, Secretario de Servicios Administrativos y; la señora Angelina Yunez Pineda, Jefe Jurídica Administrativa de la Secretaría de Servicios Administrativos *“en cuanto a las condiciones Financieras, Técnicas y Jurídicas”* (Fols. 246 y 247 del C. No. 1).

En el informe de evaluación y calificación de las propuestas (Fols. 62 a 85 del C. No. 1) el comité evaluador precisó en cuanto al valor económico de la propuesta presentada por Sepecol Ltda., que éste ascendía a $663´772.604 anuales y $55´310.217 mensuales y que dicha sociedad ofrecía facilidades de pago tales como que la entidad contratante podía realizar el pago dentro de 30 días siguientes a la presentación de la factura, caso en el cual se le realizaría un descuento del 2% y que sí lo realizaba dentro de los 15 días siguientes se le realizaría un descuento del 5%, por lo que la oferta de menor precio ascendía a 471´216.449, razón por la cual le otorgó un total de 30 puntos (puntaje máximo).

En lo relativo al valor económico de la oferta presentada por la Sociedad Covitecnica Ltda. precisó que éste ascendía a la suma de $693´134.608 anuales y $56´927.884 mensuales y que ésta exigió el pago de un anticipo equivalente al 25% del valor total de la propuesta ($170´783.652) el cual se amortizaría con el pago de cuotas mensuales equivalentes a $14´231.970, por lo que el menor precio de su propuesta ascendía a $538´644.807, razón por la cual le otorgó 26 puntos.

En cuanto al factor de armamento señaló que la Sociedad Sepecol Ltda. contaba con 46 escopetas marca Indumil, 393 revólveres calibre 38” y 32” marca Llama Indumil, 106 revólveres y 3 escopetas más por la cesión que hiciera la Caja de Crédito Agraria al Oferente, por lo que le otorgó el máximo puntaje por dicho ítem (5 puntos).

De otro lado, señaló que la sociedad Covitecnica Ltda. relacionó y aportó salvoconductos de 51 armas tipo revolver, calibre 38 largo, marcas Smith y Wesson, Ruby, Indumil y 5 escopetas calibre 12 y 16 marcas Indumil y Remington, razón por la cual resolvió otorgarle el máximo puntaje (5 puntos).

Por último, resolvió otorgarle 15 puntos a la Sociedad Sepecol Ltda. por el *“programa de seguridad propuesto”* (Fols. 75 a 77 del C. No. 1)y a la Sociedad Covitecnica Ltda. 25 puntos sin efectuar ninguna motivación para ello (Fols. 81 a 84 del C. No. 1).

El 12 de agosto de 1998 a través del Oficio No. 00829 GS-BQ-98 (Fols. 107 a 113 del C. No. 1) Sepecol Ltda. presentó sus observaciones frente al informe de evaluación y calificación de las propuestas, señalando que en el pliego de condiciones no se habían fijado reglas objetivas para calificar el factor de selección *“Estudio de Seguridad”*, que el comité no explicó el por qué le otorgó 25 puntos a la adjudicataria por ese factor y 15 a Sepecol Ltda. e incurrió en equivocación al otorgarle 25 puntos por el factor de experiencia específica teniendo en cuenta que aquella no cumplió con el requisito de allegar los 3 contratos de vigilancia ejecutados dentro de los 3 años anteriores.

Agregó que no se le podía otorgar el máximo puntaje a la Sociedad adjudicataria por concepto del factor armamento, pues el pliego exigía un número mínimo de 37 armas y la adjudicataria sólo relacionó 19, ni por el factor de capacidad financiera teniendo en cuenta que los Estados financieros fueron arrimados sin sus respectivas notas y sin ser dictaminados (Fols. 111 a 112 del C. No. 1).

A través del Oficio sin fecha ni número la Alcaldía Distrital de Barranquilla dio respuesta a las observaciones presentadas por Sepecol Ltda.(Fols 331 a 339 del C. No. 1) señalando que no le asistía la razón al afirmar que no se habían fijado reglas claras y objetivas en el pliego de condiciones, que el programa de seguridad presentado por Covitecnica Ltda. era el más claro y específico y que la diferencia en los puntajes otorgados en una y otra propuesta por dicho factor se sustentaba en la *“claridad conceptual”* del programa de la adjudicataria (Fol. 334 del C. No. 1)

Agregó que si bien le asistía parcialmente la razón al objetante al señalar que el estudio del programa de seguridad propuesto no había sido realizado por un experto en la materia *“desde el punto de vista legal, ese tipo de evaluación realizada por un experto no constituye un requisito sine quanon”,* quesi bien había contabilizado 51 armas por el factor de armamento en favor de Covitenica Ltda., en realidad eran 42, número que superaba el mínimo exigido (37); y señaló como fecha para llevar a cabo la audiencia de adjudicación el 1º de septiembre de 1998(Fol. 335 del C. No. 1).

El 1º de septiembre de 1998 tuvo lugar la audiencia pública de adjudicación la cual se suspendió (Fols. 87 a 90 del C. No. 1), se reanudó el 16 de septiembre de 1998, fecha en la que nuevamente se suspendió (Fols. 100 al 103 del C. No. 1), reanudándose nuevamente el 16 de septiembre de 1998.

A través del Oficio No. 2000/DIC-119 de agosto de 1998 la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad privada hizo constar que a 31 de julio de 1997 la Sociedad Covitecnica Ltda. Tenía 39 armas y que la firma Colcurtidos S.A. figuraba dentro de las sociedades reportadas por ésta (Fol. 153 del C. No. 1).

En Oficio sin número del 14 de septiembre de 1998 y en atención a la visita practicada por miembros de la Policía Nacional a las instalaciones de la Sociedad Covitécnica Ltda. se hace constar que dicha firma poseía un total de 58 armas, 33 municiones, 6 escopetas y 19 extraviadas (Fols. 182 a 183 del C. No. 1).

Mediante el acta de audiencia pública de adjudicación que tuvo lugar el 3 de noviembre de 1998 se resolvió adjudicar la Licitación Pública No. 001 de 1998 a la Sociedad Covitécnica Ltda., decisión que se confirmó a través de la Resolución No. 0119 de esa misma fecha (Fols. 104 al 106 del C. No. 1).

1. **La solución del caso concreto.**

Pues bien de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se encuentra demostrado que el comité evaluador incurrió en una serie de irregularidades al evaluar y calificar las propuestas presentadas en la licitación pública No. 001 de 1998, lo que dio lugar a que ésta se le adjudicara a la Sociedad Covitecnica Ltda. para la prestación del Servicio de seguridad en las instalaciones de la Alcaldía de Barranquilla.

En el presente asunto se demostró que el accionado vulneró el principio de transparencia y selección objetiva al no establecer en el pliego de condiciones reglas claras y objetivas para evaluar y calificar el factor de selección *“programa de trabajo”* contenido en el literal f del numeral 2.31 del pliego de condiciones, otorgarle a los proponentes puntajes disímiles en unos factores de selección sin exponer alguna motivación para ello y tener como cumplidos otros sin tener en cuenta las pruebas documentales que demostraban lo contrario, aspectos éstos que dieron lugar a que se declarara la nulidad del acto administrativo precontractual contenido en la Resolución No. 0119 de 1998.

Ahora, si bien en el presente asunto la Sociedad accionante logró demostrar la ilegalidad de la Resolución No. 0119 de 1998, no demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración, carga probatoria sin la cual no podía abrirse paso a la pretensión de indemnización de perjuicios.

En efecto, si bien Sepecol Ltda. aportó al expediente el pliego de condiciones, el informe de la evaluación jurídica, técnica y financiera de las propuestas y otras pruebas documentales a través de las cuales logró acreditar la ilegalidad del acto y que la oferta presentada por la sociedad adjudicataria no era la mejor ni las más favorable a los intereses de la administración, no allegó al expediente copia de las diferentes propuestas presentadas en la referida licitación pública No. 001 de 1998, ni ningún otro documento a través del cual pudiera acreditar que su oferta sí era la mejor entre todas ellas, omisión probatoria que en el presente asunto imponía un fallo denegatorio de las pretensiones indemnizatorias.

No es cierto, cómo equivocadamente lo afirma la recurrente, que a la licitación pública No. 001 de 1998 únicamente presentaron su propuesta la Sociedad Sepecol Ltda. y la Sociedad Covitécnica Ltda., pues a la misma también presentó su propuesta la Sociedad Su oportuno Servicio – S.O.S. Ltda.

Si bien la sociedad accionante demostró que el valor de su propuesta era el más económico y favorable para la prestación del servicio de seguridad, es claro que éste no es el único factor a tener en cuenta para evaluar y calificar una determinada propuesta, sino que también se deben tener en cuenta otros factores tales como la experiencia específica, capacidad económica, capacidad organizacional, entre otros, razón por la cual para que la Sociedad accionante pudiera sacar avante sus pretensiones indemnizatorias también debía demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable en cuanto a capacidad financiera, experiencia específica, el programa de seguridad propuesto, personal, uniformes y dotación, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

No le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que por el sólo hecho de que en la sentencia apelada se haya afirmado que la propuesta presentada por la Sociedad Covitecnica Ltda. no era la mejor ni la más favorable a los intereses del accionado, la suya era la mejor, pues se reitera quien pretende la declaratoria de nulidad de un acto de adjudicación no sólo debe acreditar su ilegalidad, sino que su propuesta era la mejor, razón por la cual al no cumplir con ese doble compromiso procesal debe asumir la consecuencia de su incumplimiento, que es precisamente un fallo adverso a sus pretensiones de indemnización.

Luego si quien pretende la declaratoria de nulidad de un acto de adjudicación únicamente logra acreditar la ilegalidad del mismo pero no demuestra que su propuesta es la mejor, esa omisión probatoria impone que sus pretensiones de indemnización se encuentren totalmente destinadas al fracaso.

Y ello es así porque lo que se indemniza es la privación ilegal e injusta del derecho del proponente a ser adjudicatario de un determinado contrato y a percibir las utilidades derivadas del mismo, razón por la cual para que se abra paso a esa indemnización se debe tener la certeza de que ese proponente frustrado efectivamente las iba a percibir de no haberse adjudicado el contrato a quien no tenía derecho, por lo que sería ilógico que se ordenara su reconocimiento al proponente que no demostró que su propuesta era la mejor, pues no habría certeza de que efectivamente iba a percibir las referidas utilidades.

No es cierto que el Tribunal de primera instancia haya vulnerado el principio de congruencia de la sentencia, pues se reitera, el sólo hecho de que éste hubiera afirmado en la parte motiva de la sentencia que la propuesta presentada por la Sociedad Covitécnica Ltda. no era la mejor, esa afirmación no daba lugar a que necesariamente tuviera que declarar que la presentada por Sepecol Ltda. sí lo era, ni mucho menos que por tal razón se viera compelido a reconocer a su favor la respectiva indemnización.

Atina el Tribunal al señalar que si bien se logró acreditar que los miembros del comité evaluador no tenían ni la experiencia, ni los conocimientos requeridos para realizar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas dentro de la licitación No. 001 de 1998 para la prestación de servicios de seguridad en las instalaciones de la Alcaldía Municipal, dicha prueba no resulta suficiente para tener como acreditado que la propuesta presentada por Sepecol Ltda. era la mejor.

En conclusión, teniendo en cuenta que la Sociedad accionante no logró demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración, las pretensiones indemnizatorias se encuentran totalmente destinadas al fracaso.

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser confirmada en el sentido de declarar la Nulidad del acto administrativo precontractual contenido en la Resolución No. 0119 de 1998 y negar la pretensión de reconocimiento de los perjuicios solicitados.

Corolario de lo anterior es que es nulo el acto administrativo precontractual contenido en la Resolución No. 0119 de 1998 y que no hay lugar a reconocer los perjuicios solicitados por no encontrarse acreditado que la propuesta presentada por la accionante era la mejor y la más favorable a los intereses de la administración.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada,

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sección Tercera**

1. Folios 1 a 54 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 226 a 227 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 229 a 234 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 394 a 397 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 664 del C. No. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 ***“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”***

   ***Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar.****Modifíquese el*[*numeral 2*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#5.2)*del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:*

   *"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

   *En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*

   *a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*

   *b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

   ***Parágrafo.****Adiciónese un*[*parágrafo 6º*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#2.P.6)*en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:*

   *"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".* [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp: 17.783. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de marzo de 2012 Exp: 22.471. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 8031(Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041 (Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de mayo de 2013, Exp. 25.592 (Original del texto citado). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 19.056; Sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 13206; Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 14169; Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 17783; Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16041; Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp. 13355; Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8.071, Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp: 19.258, Subsección A, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)