

**CONTRATO ESTATAL – Nulidad y restablecimiento del derecho – Licitación pública
– Evaluación de la propuesta**

Para la Sala el hecho de no acreditar la propiedad no puede considerarse como parte de la exigencia aludida, porque, como se dijo, ella se entendía satisfecha con el ofrecimiento y la indicación de su propiedad o tenencia, último caso que exigía acompañar compromiso de alquiler; es decir, que ni siquiera en este evento se requería prueba en tal sentido. Además, entender la exigencia en los términos de la demandada, generaría la supresión del 2.14.1.4. el pliego de condiciones que establecía para ello la no puntuación de la propuesta. Se sigue, entonces, que lo realmente importante tenía que ver con el ofrecimiento del equipo requerido.

De otro lado, tampoco se puede considerar que la inexactitud atinente a reportar un bien arrendado como propio daba lugar al rechazo, toda vez que, probado el arrendamiento, se imponía su calificación en esas condiciones, tal como lo disponía el pliego de condiciones y lo exige el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Es decir la tenencia de la maquinaria, en lugar de su propiedad, no impedía su comparación, en tanto el error se aclaraba con los documentos allegados. Tal como lo advirtió la demandada al rechazar equivocadamente la propuesta. En tal sentido, la Sección tiene sentado:

Es necesario reiterar que lo esencial es que los documentos aportados en las ofertas permitan a la entidad hacer los estudios, evaluaciones y cotejos entre ellas, vale decir, que posibiliten la comparación en los precisos y detallados factores previstos en los pliegos de condiciones, tales como el precio, fijados de acuerdo con el objeto a contratar. Lo formal, como lo ha dicho la Sala, no incide o es bien susceptible de corrección en igualdad de condiciones y durante la evaluación, porque lo importante, es que, dentro de una consideración integral de la propuesta, aparezcan satisfechos los requisitos exigidos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-11346-01(26292)

Actor: SOCIEDAD MORA MORA & COMPAÑIA LIMITADA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Mora Mora & Cía. Ltda. en contra de la sentencia del 17 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda (fls. 331 a 341, c. ppal 2).

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 1 de septiembre de 1995 (fl. 35 rev., c. ppal), la sociedad Mora Mora & Cía. Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contenida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del departamento de Cundinamarca (fls. 2 a 35, c. ppal)¹.

1.1.1. Síntesis de los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 3 a 12, c. ppal):

1.1.1.1. El 22 de diciembre de 1994, mediante resolución 01300, la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca ordenó la apertura de la licitación pública SOP 21-94, para la pavimentación y mejoramiento de la carretera Bituina–Viani, por valor de \$908.068.407.68.

1.1.1.2. El 16 de febrero de 1995, día en que se cerró la licitación pública, se presentaron, además de la actora, las sociedades Pavicon Ltda. y Construcciones Cipocar Ltda; el Consorcio Jorge Díaz M. y R.M. Construcciones Ltda. y el señor Hermes García Blanco.

1.1.1.3. Surtida la etapa de evaluación jurídica de las propuestas, la firma Cipocar Ltda. fue eliminada; sin perjuicio de los reparos a las diferentes propuestas, particularmente, en lo que respecta a la presentada por la actora, la que, por lo demás, ocupó el primer lugar de elegibilidad. Se cuestionó la información suministrada respecto de los equipos mínimos solicitados, en especial, volquetas, bulldózer y retroexcavadora.

1.1.1.4. Rendidas las explicaciones del caso, por parte de la actora, la Oficina Jurídica de la Secretaría de Obras Públicas echó de menos la prueba de la propiedad de algunos de los bienes relacionados, entre los cuales se contaba con contratos de arrendamiento. De donde la demandada dispuso el rechazo de la

¹ Es preciso indicar que si bien la actora corrigió en tiempo la demanda (fls. 50 a 88 y 99, c. ppal), lo cierto es que la misma no fue aceptada sino que se abrió el proceso a pruebas (fl. 100 a 103, c. ppal). En ese orden, toda vez que frente a esta última decisión, la parte interesada no presentó el recurso pertinente, la demanda original es la contentiva de la posición de la parte accionante.

propuesta, pues encontró incumplidas las exigencias del pliego de condiciones que imponían el diligenciamiento preciso de los formatos de equipos mínimos solicitados y la demostración de la disponibilidad éstos, bien a título de propiedad o arrendamiento. Al final sólo la propuesta del ingeniero Hermes García Blanco superó la evaluación jurídica.

1.1.1.5. El 31 de marzo de 1995, mediante resolución 0103, la demandada culminó el proceso de selección en comento con la adjudicación al ingeniero antes nombrado.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en la situación fáctica antes expuesta, la actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 2 y 3, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 103 del 31 de marzo de 1995 expedida por la Gobernación de Cundinamarca, por medio de la cual se adjudica a HERMES GARCÍA BLANCO la licitación Pública SOP.21.94 cuyo objeto es la pavimentación y mejoramiento de la carretera Bituima-Viani con recursos de crédito por valor de novecientos ocho millones sesenta y ocho mil cuatrocientos siete pesos con 68/100 (\$908.068.407.68), incluido el reajuste.

SEGUNDA: Que se declare que la sociedad MORA MORA & CÍA. LTDA cumplía con todos los requisitos exigidos en los Pliegos de Condiciones para presentar su propuesta y para que éste fuera evaluada y, que desde el punto de vista jurídico, no existió fundamento legal alguno para su descalificación.

TERCERA: Que se declare que la sociedad MORA MORA & CÍA LTDA., como quiera que presentó la mejor propuesta, tenía el mejor derecho a celebrar el aludo Contrato, y que lo sigue teniendo, de conformidad con las evaluaciones realizadas por la Sección de Estudios y Diseños de la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca, y que con la decisión de la Gobernadora de Cundinamarca este derecho fue violado.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se restablezca en su derecho a la sociedad MORA MORA & CÍA. LTDA., representada por el señor Francisco Javier Mora Jaramillo, condenándose al Departamento de Cundinamarca al reconocimiento y pago por esa entidad de los perjuicios, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, ocasionados por la no adjudicación del contrato, esto es, el valor de las utilidades propias de esta clase de negocio y las demás que se demuestren.

QUINTA: Que la indemnización de los perjuicios sea pagada debidamente actualizada e incluya los intereses moratorios, calculados

desde el momento en que la sociedad demandante hubiera desarrollado la ejecución contractual hasta la fecha de pago de la misma, acorde con lo previsto en el artículo 4 numeral octavo de la Ley 80 de 1993.

SEXTA: Que se condene al Departamento de Cundinamarca al pago de las costas y gastos del proceso y a las agencias en derecho en la cantidad que determine esa H. Corporación.

SÉPTIMA: Que para el caso en que el Departamento de Cundinamarca no diere cumplimiento inmediato a la sentencia que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 177 del C.C.A.

1.1.3. Concepto de la violación

La actora sostuvo que en el numeral 2.14.1.4. del pliego de condiciones se exigió ofrecer un equipo alquilado o propio sobre el cual debía acreditarse su disponibilidad, al tiempo que se advirtió que el incumplimiento de lo anterior daba lugar a que la inclusión del bien no diera lugar a puntaje, empero no al rechazo de la propuesta; agregó que (i) ofreció dos retroexcavadoras más de las exigidas; (ii) el equipo excluido figura inscrito como propio en el Registro Único de Proponentes; (iii) se demostró la propiedad del bulldozer, tal como da cuenta la certificación de la sociedad Nieto-Ortiz-Ramírez Ltda. y (iv) las volquetas aunque recibidas a título de leasing lo fueron *“más como un contrato de compraventa que de arrendamiento”* (fl. 18, c. ppal). Sumado a que, en todo caso, la prueba de la propiedad sobre bienes muebles no se encuentra sujeta a solemnidad.

Expuso, también, la falta de motivación del acto de adjudicación, toda vez que no se conocen ni pueden conocerse las razones de la decisión, pues no se encuentra con el escrito ni se hace referencia a documentos anexos que las contengan. En este orden, la sociedad actora adujo que, siendo la primera en el orden de elegibilidad y demostrados los reparos expuestos, los actos administrativos demandados deben anularse y los perjuicios reclamados indemnizarse.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El departamento de Cundinamarca, por su parte (fls. 83 a 88, c. ppal), suscribió su defensa en que la propuesta de la actora fue rechazada, porque no cumplió con las exigencias del pliego, en cuanto a los equipos mínimos solicitados y que la adjudicación respetó todas las exigencias legales.

1.3. LITISCONSORTE NECESARIO

El 26 de febrero de 2002, el *a quo* vinculó a la *litis* al señor Hermes García Blanco, en su condición de adjudicatario del proceso cuestionado (fls. 294 y 295, c. ppal), quien se opuso a las pretensiones, fundado en que la actora, al igual que los demás oferentes, no demostró lo exigido en relación con la disponibilidad de los equipos, razón por la cual se imponía adjudicarle al mismo la licitación, como efectivamente ocurrió (fls. 315 a 318, c. ppal).

1.4. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la actora reiteró los argumentos de su demanda (fls. 283 a 292, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 17 de septiembre de 2003 (fls. 331 a 341, c. ppal 2), el *a quo* negó las pretensiones. Para el efecto, sostuvo:

PRIMER CARGO: Falta de motivación de la resolución acusada (...).

Frente al anterior cargo, esta Sala considera y concluye: Se advierte que el cargo resulta infundado, pues la decisión de la entidad pública demanda (sic) frente a la propuesta de la actora, en el sentido de descalificarla, obedeció a los reparos que se encontraron al estudiar la propuesta jurídicamente, lo anterior, en acatamiento del literal A del numeral 2.14 del pliego de condiciones (...).

Como los documentos aportados por la sociedad actora, indicaban que la misma no era propietaria del bulldozer y la retroexcavadora ofrecidas entro del equipo mínimo requerido por el pliego de condiciones, era jurídicamente válido descalificar la propuesta en comento, pues no se acompañaron ni tarjeta de propiedad ni documentos de importación alguno a nombre de la firma actora. Por lo tanto, fueron estos motivos los que llevaron a que la Gobernación de Cundinamarca, en apego al resultado del estudio jurídico efectuado, tomara la decisión de descalificar a la firma demandante, luego, no puede hablarse en ningún momento de falta de motivación.

SEGUNDO CARGO: Cumplimiento del pliego de condiciones y mejor calificación de la propuesta (...).

Frente a este cargo, la Sala encuentra: Debe precisarse que si bien es cierto dentro del estudio técnico realizado por la entidad pública, la firma Mora Mora & Cía. Ltda. ocupó el primer lugar en el orden de

elegibilidad (folio 369 c. 2), no ocurrió lo mismo dentro del estudio jurídico realizado por el organismo contratante, pues tal como quedó dicho anteriormente, la Oficina Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, consideró válidamente que la propuesta de la sociedad Mora Mora & Cía. Ltda., no cumplía a cabalidad con las exigencias del pliego de condiciones, lo mismo que tres propuestas más, en la medida en que no se acreditaron la propiedad de los equipos mínimos requeridos (folios 358 a 361 c. 2) (...).

Tal como se consideró en el estudio jurídico de las propuestas, la de Mora Mora & Cía. Ltda., no se ajustaba a lo requerido en el pliego de condiciones, (sic) y además la calificación en relación con el equipo requerido y ofrecido, no sería satisfactoria, si se tiene en cuenta que según el numeral 2.14.1.4 del pliego de condiciones, “el equipo ofrecido en la propuesta tendrá una calificación máxima de diez (10) puntos ... para cada equipo propio que el proponente ofrezca ... y cuya propiedad se encuentre acreditada ... para el equipo ofrecido como alquilado y que se acredite su disponibilidad se le asignará el cincuenta por ciento (50%) de la calificación o sea cinco puntos ... para el equipo ofrecido como alquilado o reportado como propio sin acreditar la disponibilidad o su propiedad, no se asignará ninguna calificación ...” (...). Por lo anterior, era claro, después del estudio jurídico realizado, que la única propuesta que acreditó la disponibilidad y propiedad de todos los equipos mínimos requeridos, fue a la que finalmente se le adjudicó la licitación, pues las demás firmas proponentes tuvieron inconvenientes para cumplir con esta exigencia y por ende poder obtener una calificación alta.

En el caso de la actora, debe indicarse que la entidad demandada constató que uno de los bulldozer y las volquetas relacionados en su propuesta, no eran de su propiedad, pues para acreditar la propiedad del bulldózer se limitó a aportar copia de un contrato de compraventa de dicha maquinaria, y una cuenta de cobro relacionada con esta maquinaria; así mismo para acreditar la propiedad de cuatro volquetas relacionadas en la propuesta, se aportaron simplemente copias de las respectivas tarjetas de propiedad, en las cuales aparecía como propietario la firma Leasing Unión S.A., sin aportar copia del documento de arrendamiento de dicha maquinaria; y finalmente, en relación con la máquina retroexcavadora ofrecida por la actora, aportó un manifiesto de aduanas que revelaba que la firma importadora Central de Equipos de Colombia S.A. era la propietaria de dicha maquina (...) (fls. 338 a 340, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora interpone recurso de apelación (fls. 352 a 359, c. ppal 2). Aduce que en el pliego de condiciones (i) no se estableció que debía acreditarse la propiedad de los equipos mínimos exigidos, tampoco que tal condición debía probarse con la tarjeta de propiedad; (ii) no se impuso la exigencia

de acompañar los documentos de importación a nombre del proponente y, ninguna exigencia se conoció sobre quién debía figurar como importador de los mismos y (iii) nada permite suponer que no se permitía contar con equipos sobre los cuales recaía un contrato de leasing financiero. Reitera, además, en esta oportunidad, que la titularidad o tenencia de los equipos no fue establecida como un factor de eliminación de propuestas, toda vez que lo trascendente era la disponibilidad de modo que la maquinaria podía ser propia o arrendada e, incluso, de no acreditarse las referidas condiciones, la demandada tenía que abstenerse de otorgar puntaje.

Pone de presente, además, la libertad probatoria, siendo el contrato de compraventa sobre bienes muebles consensual y no habiéndose establecido forma alguna para la prueba. Así las cosas, frente a la propiedad del bulldozer obra la certificación de la sociedad Nieto-Ortiz-Ramírez Ltda.; respecto de las retroexcavadoras, además de que ofrecieron un número mayor al exigido en el pliego, tanto propias como arrendadas, se acreditó como propia con la inscripción en el Registro Único de Proponentes y, por último, se demostró el arrendamiento de las volquetas a través de un leasing, sin que el pliego limitara la utilización de la figura.

3.2. LOS ALEGATOS

En esta etapa, la parte actora reiteró los argumentos de sus intervenciones, particularmente, que el acto administrativo atacado careció de motivación (fls. 364 a 376, c. ppal 2).

La demandada, por su parte, sostuvo que (i) la vinculación del adjudicatario se verificó por fuera del término de caducidad, luego sería improcedente un fallo de fondo sin la presencia de todos los extremos de la relación jurídica y (ii) ha debido instaurarse la acción contractual, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, así lo determinó para los actos previos y, finalmente, pone de presente que, (iii) en tanto la sociedad actora no acreditó la propiedad de los equipos ofrecidos, aspecto esencial para la consideración de las propuestas, en los términos del *ítem* 2.5,

numeral 5 del pliego de condiciones, procedía su descalificación, como lo previó el aparte 2.15, numeral 1 del citado documento (fls.377 a 387, c. ppal 2).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. ASPECTOS PREVIOS

4.1.1. Esta Corporación es competente para resolver el recurso, interpuesto por la parte actora, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna su conocimiento².

4.1.2. El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, define claramente las oportunidades para vincular a un litisconsorte que tenga la condición de necesario. Para el efecto, el estatuto procesal prevé distintas posibilidades con miras a salvaguardar el derecho de defensa del llamado a comparecer y dar lugar, en todo caso, a definir la controversia. En este orden, la parte actora puede solicitar la vinculación con la demanda y el Juez, de oficio o a solicitud de parte, disponerla en el auto admisorio o en cualquier estado posterior del proceso, siempre que no se hubiere dictado sentencia de primera instancia, como quiera que la norma es clara al establecer que sólo hasta ese momento se puede ejercer dicha facultad³; sin perjuicio de la vinculación en segunda instancia, previo el saneamiento de la nulidad, a cargo del tardíamente llamado a *litis*.

En esos términos, no le asiste razón a la parte demandada a cuyo tenor no procede vincular al adjudicatario vencido el término extintivo, pues, a la luz de la unidad de la relación sustancial, que asimismo impone no resolver sin la presencia del litisconsorte, resulta inaceptable distinguir dos términos extintivos para la

² El numeral 9 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, imponía el conocimiento en primera instancia a los Tribunales Administrativos de los procesos referentes a la anulación de actos administrativos de entidades territoriales, cuya cuantía, cuando se presentó la demanda, 1995 (fl. 35 rev., c. ppal), superara los \$2.200.000. En consecuencia, dado que la indemnización reclamada corresponde al A.I.U., el cual fue calculado en \$190.804.000 (fl. 29, c. ppal, acápite de perjuicios), es claro que el asunto debe ser conocido por esta Corporación.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, providencia 16 de enero de 2012, exp. 19.598, M.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido ver de la Subsección B, providencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 26.005, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

interposición de la misma acción, en orden a satisfacer una sola controversia. Siendo así no queda sino concluir que el adjudicatario podía ser llamado, como ocurrió, antes de la sentencia de primera instancia⁴.

4.1.3. Por último y en lo que tiene que ver con la escogencia de la acción, a juicio de la demandada, la contractual, vale considerar que el 1 de septiembre de 1995, la Ley 446 de 1998 no resulta aplicable al asunto. Con todo, según el párrafo primero del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época, la impugnación del acto de adjudicación procedía a través de la acción de nulidad y restablecimiento, escogida por la parte actora.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en establecer, en el ámbito de la licitación pública SOP 21-94, abierta para la pavimentación y mejoramiento de la carretera Bituina–Viani, si el equipo mínimo requerido constituía causal de rechazo de las propuestas o disminución de puntos en la calificación, pues de ser esto último, los cargos contra la resolución de adjudicación habrán de prosperar y establecido el derecho de la actora a la adjudicación, la demandada tendría que responder por los perjuicios causados, de haber sido demostrados.

Igualmente, es preciso poner de presente que, si bien en primera instancia se formuló el cargo de falta de motivación de la resolución de adjudicación, los planteamientos no se incluyeron en la sustentación del recurso de apelación, razón por la cual la Sala no se ocupara de tal aspecto en esta instancia⁵.

⁴ En efecto, la vinculación del señor Hermes García Blanco, en su condición de adjudicatario del proceso cuestionado, se verificó el 26 de febrero de 2002 (fls. 294 y 295, c. ppal), mientras que el fallo de primera instancia se produjo en fecha posterior, el 17 de septiembre de 2003 (fls. 331 y 341, c. ppal).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18.894, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad se precisó: *“En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*. En el mismo sentido: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 25.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

4.3. LA CUESTIÓN DE FONDO: EQUIPO MÍNIMO REQUERIDO

4.3.1. De entrada precisa señalar que el 22 de diciembre de 1994, es decir al tiempo de la apertura a la licitación pública de que trata este asunto, el departamento de Cundinamarca, dada su condición de entidad estatal⁶, se sujetaba, en materia contractual, a las previsiones de la Ley 80 de 1993⁷. En consecuencia, se impone estudiar lo acontecido, en el marco de la aludida licitación, a la luz del estatuto contractual referido.

4.3.2. Primeramente, es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas por la parte demandada, dentro de las oportunidades procesales correspondientes⁸.

4.3.2.1. En la parte pertinente, frente al equipo mínimo requerido, se dispuso⁹:

2.5 DOCUMENTOS ESENCIALES DE LA PROPUESTA

*Con la propuesta deberán presentarse personalmente los documentos en original o fotocopia indicados a continuación. La **omisión** de cualquiera de ellos impedirá el ser tomada en cuenta para su evaluación y posterior adjudicación: (...)*

5. Relación del equipo mínimo solicitado y ofrecido (7) para la realización de la obra, especificando si es propio o en alquiler, el cual será relacionado en el formato anexo. Para el caso específico de

⁶ El literal b) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 dispuso: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

⁷ En efecto, el artículo 13 de la citada ley así lo disponía: “**DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

⁸ En ese orden, las pruebas se pueden relacionar y afirmar su autenticidad.

⁹ En el marco de la licitación pública SOP-21-94, ningún oferente se presentó a la audiencia de aclaración del pliego de condiciones (fl. 346, c. 2).

alquiler deberá diligenciar además, el formulario de compromiso de Alquiler de Equipo (8) (...).

2.14 EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS Y CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN (...)

En la selección de propuestas para la adjudicación de licitaciones públicas que celebre el Departamento de Cundinamarca, por el sistema de precios unitarios, se aplicará la Ley 80 de 1993, realizando el estudio jurídico, técnico y económico de las propuestas, señalando para ello un plazo máximo de diez (10) días calendario, comprendidos dentro de estos los días para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables, Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral 7 (...).

2.14.1.4. EQUIPO OFRECIDO = 10 PUNTOS

El equipo ofrecido en la propuesta tendrá una calificación máxima de diez (10) puntos, los cuales se asignarán de la siguiente manera:

*Para cada equipo propio que el proponente **ofrezca en el formato “Relación del Equipo Mínimo Ofrecido”** del pliego de condiciones y cuya propiedad se encuentre acreditada de acuerdo con lo expresado en el numeral 2.29 del Capítulo II del presente Pliego de Condiciones, se asignará una calificación de acuerdo con lo expresado en este numeral.*

*Para **el equipo ofrecido** como alquilado y que se acredite su disponibilidad se le asignará el cincuenta por ciento (50%) de la calificación o sea cinco puntos (5 puntos).*

*Para **el equipo ofrecido** como alquilado o reportado como propio sin acreditar su disponibilidad o su propiedad, no se asignará ninguna calificación.*

Se asignará un valor del cien por ciento (100%), al resultante de sumar las ponderaciones obtenidas al evaluar como propio el equipo relacionado como “Equipo Mínimo Exigido”. A este resultado se le denominará “Porcentaje de Unidades Propias”.

Se le calculará a cada una de las propuestas el porcentaje de unidades propias, teniendo como cien por ciento (100%) el número de unidades propias correspondientes al equipo mínimo exigido en el Pliego de Condiciones.

El puntaje para cada propuesta se asignará en forma lineal correspondiéndole cero (0) puntos para cero por ciento (0%) de unidades propias o alquiladas que no acrediten la propiedad o la disponibilidad respectivamente y diez (10) puntos para cien por ciento (100%) de unidades alquiladas.

Los proponentes (sic) que ofrezcan una cantidad de equipo propio superior al exigido, se le asignará la máxima ponderación que corresponda al tipo de equipo ofrecido (...).

2.15 DESCALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS

1. Cuando no se ajustan a los pliegos de condiciones. Una propuesta no se ajusta a los pliegos de condiciones cuando carece de alguno de los documentos esenciales, se compruebe inexactitud en su contenido o no cumpla lo estipulado para cada uno de ellos (...).

2.29.1. EQUIPO MÍNIMO REQUERIDO

1 Equipo de transporte (volquetas) de 20 m³ (28 tonel.
4 Bulldozer de potencia mínima 140 hp
1 Retroexcavadora sobre orugas de potencia mínima 100 hp
1 Motoniveladora de potencia mínima 100 hp
1 Cilindro vivrocompactador (sic) de compactación dinámica 11 tns
1 Carrotanque o pipa sobre volqueta de capacidad 1000 gls (se destaca) (fls. 22, 23, 29, 33, 34, 37 y 44, c. 3)

4.3.2.2. En lo que tiene que ver con el equipo mínimo requerido, aspecto en torno al cual gira la controversia, cabe precisar su relación como propio de la sociedad actora. Al respecto, se observa:

DESCRIPCIÓN DEL EQUIPO	PRUEBA DE PROPIEDAD	FOLIOS C. 3
Bulldozer, Caterpillar, Cat D8, 270 HP ¹⁰	Constancia del 19 de febrero de 1985 de Nieto-Ortiz-Ramírez Ltda. donde se consignó “Que con fecha 5 de octubre de 1975, le vendimos a la compañía Mora Mora & CÍA LTDA. un Tractor de Oruga D8 Serie H 46A3189”	302 y 303
Retroexcavadora, Caterpillar, 215 LC, 100 HP ¹¹	Manifiesto de importación 001195. Registro Único de Proponentes.	309 y 363
4 volquetas, Kamaz, modelo 56111, 10 M3 ¹²	Contrato de leasing suscrito entre la actora y la firma Leasing Unión S.A. En la copia de las licencias de tránsito de los vehículo registra como tal esta última.	302 y 308 a 319

4.3.2.3. El estudio jurídico, sin fecha, atinente a los anteriores ítems¹³, indica su valoración así (fls. 353 y 354, c. 2):

¹⁰ Precisa decir que este es el único de los bulldozer identificado con D8 de los cuatro ofrecidos, razón por la cual se concluye que se trata del mismo frente al cual la entidad demandada formuló su reparo.

¹¹ En este punto se advierte que el proponente también ofreció dos retroexcavadoras más, Caterpillar EL200B y E200B, sobre orugas, 118 H.P. Sólo sobre la primera de ellas tuvo reparos por la demandada, porque se allegó únicamente el registro de importación (fl. 308, c. 3). La otra retroexcavadora en arrendamiento con las citadas especificaciones y su correspondiente compromiso para arrendar (fls. 302 y 325, c. 3).

¹² Se exigió una volqueta con capacidad de 20 M³.

PROPONENTE	No. 1 PAVIC ON LTDA	No. 2 CONSTRUCCIONES CIPOCAR LTDA	No. 3 HERMES GARCÍA A B.	No. 3 (sic) MORA MORA Y CÍA LTD A	No. 4 (sic) CONSORCIO JOGE DÍAZ M. Y R.M. CONSTRUCCIONES LTDA
RELACIÓN EQUIPO MÍNIMO SOLICITADO	SÍ*	SÍ*	SÍ	SÍ*	SÍ*

El asterisco se convino indicativo de los reparos formulados por la demandada, que se concretaron así:

(...) *PROPUESTA No. 4 (sic)*

Uno de los bulldozer no acredita la propiedad. El Bulldozer D. 8 presenta cuenta de cobro. Reporta la Retroexcavadora Caterpillar como propia, cuando es alquilada según documento de compromiso de alquiler (Folio 42).

La Retroexcavadora Caterpillar 215 LC es importada según el manifiesto (página 26) por Central de Equipos de Chía S.A. y no aparece documento que demuestre que MORA MORA lo compró.

El vibrocompactador según el manifiesto de importación es de 6 toneladas y en el cuadro de equipo mínimo se solicita de 11 toneladas.

De conformidad con el numeral 2.15 del Pliego de Condiciones y con el numeral 6 del art. 30 de la Ley 80/93, no califica. No cumple con el equipo mínimo requerido (fls. 356 y 357, c. 2).

4.3.2.4. El 8 de marzo de 1995, la actora presentó sus observaciones a los reparos formulados en el estudio jurídico, como sigue¹⁴:

1. *“Uno de los Bulldozer no acredita la propiedad. El Bulldozer D8 presenta una cuenta de cobro.*

¹³ Según el orden de elegibilidad, resultado del estudio técnico, la propuesta del actor quedó en primer lugar con 91.89 puntos y la presentada por el adjudicatario, señor Hermes García Blanco, en cuarto puesto con 90.60 (fl. 368, c. 2).

¹⁴ Es preciso advertir que aunque la parte actora presentó el documento contentivo de los comentarios en copia simple; dado que el departamento Cundinamarca los respondió, según documento allegado en copia auténtica, dando cuenta del escrito, será valorado.

La cuenta de cobro de octubre 7 de 1975, a que se refiere el informe, se adjuntó para demostrar el sistema de pago acordado con el vendedor del equipo, la cual fue cancelada oportunamente y por ello, cuando se solicitó, Nieto-Ortiz-Ramírez Ltda., expidió la constancia de venta a MORA MORA Y CÍA LTDA, con fecha de febrero 19 de 1985, la cual hace parte de nuestra propuesta como documento de venta y es prueba suficiente a la luz de la legislación vigente.

2. “Reporta la retro Caterpillar E200 como propia y es alquilada

Al respecto les informamos que dentro del equipo mínimo exigido en el pliego de condiciones, se solicita “una retroexcavadora sobre orugas mínima 100 HP”, la cual está debidamente acreditada como propia en la propuesta, tratándose de una retroexcavadora Caterpillar E200 B, de mayor capacidad a la solicitada, como se puede observar en el cuadro 7, tercer renglón. Sin embargo se ofreció otra retroexcavadora de características similares, en condiciones de alquiler como puede constatarse en el último renglón del cuadro 7. Consideramos que no se observó con detenimiento el mencionado cuadro lo que conllevó a esta equivocación del análisis jurídico.

3. “La retro CAT 215 LC, es importada por Central de Equipos de Chía S.A. y no aparece documento que demuestre que Mora Mora y Cía Ltda la compró”.

Nuevamente, como en el numeral anterior, tenemos que insistir que este es un equipo adicional al mínimo exigido en los pliegos de condiciones y la propiedad está certificada, como se observa en el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá expedido a favor de Mora Mora y Cía Ltda. Se adjuntó el manifiesto de importación como un documento complementario no exigido, de un equipo adicional; sin embargo, les anexamos también el documento que certifica la propiedad a favor de Mora Mora y Cía Ltda.

4. “El vibrocompactador, según manifiesto de importación es de seis (6) toneladas y se solicita de 11 toneladas”

Esta apreciación nos toma por sorpresa, por cuanto tal vez no se ha revisado con detenimiento el numeral 2.29.1 del pliego de condiciones, en donde claramente se solicita “un vibro compactador de compactación dinámica 11 tns”

Por la razón anterior el equipo propuesto por nosotros cumple, dada que su compactación dinámica es superior a trece (13) toneladas, siendo su peso estático de 6.35 toneladas, como se aprecia en copia del catálogo que adjuntamos (fls. 25 y 25A, c. 2).

4.3.2.5. La demandada respondió a los comentarios de la actora. Señaló al respecto:

Propuesta No. 4

De las observaciones presentadas por la firma MORA Y MORA CÍA. LTDA. el Despacho acepta la observación presentada en cuanto a la capacidad del Vibrocompactador por razones expuestas en cuanto a que el pliego de condiciones se (sic) establece como requisito un Vibrocompactador de 11 toneladas dinámicas y no estática como erradamente se tomó en los anexos del del (sic) estudio jurídico.

En la observación 1 presentada por el contratista se le da razón a lo argumentado por esta oficina, ya que se habla de cuenta de cobro, es decir no se anexó contrato de compraventa y la Ley para compra de ciertos bienes exige determinados (sic) requisitos en los contratos, siendo este siendo (sic) un bien sujeto a registro para la prueba de la propiedad se exigen formalidades, de las cuales en la propuesta no se presentó ninguna de ellas en los anexos, tales como tarjeta de propiedad, o contrato de compraventa.

A folio 19 de la propuesta presentada, se argumentan como bienes propios de la empresa aparecen (sic) 4 volquetas KEA propiedad de la Empresa y del cotejo de las tarjetas de propiedad se desprende que éstas (sic) son de propiedad de LEASING UNIÓN S.A. tal como se prueba a folios 31 al 36 de la propuesta, o sea que este equipo está en calidad de arrendamiento.

A folio 26 de la propuesta, aparece el manifiesto de aduana número 243964 Importador Central de Equipos de Colombia S.A. sobre una máquina Retroexcavadora marca Caterpillar modelo 2150LC y no se acredita en ninguna parte que MORA MORA Y CÍA LTDA, sea la propietaria de dicha maquinaria; por lo (sic) anteriores motivos este despacho encuentra que no se deben aceptar las observaciones (...).

CONCLUSIONES

Por las razones expuestas anteriormente, de acuerdo a las observaciones presentadas por los contratistas al anexo del estudio jurídico, este Despacho considera que la única propuesta que cumple con los requisitos exigidos en el Pliego de condiciones de la Licitación Pública SOP-21-34, (sic) es la presentada por el Ingeniero HERMES GARCÍA BLANCO, propuesta No. 3 que se ajusta y cumple con la parte jurídica (fl. 359 a 361, c. 2).

4.3.2.6. Mediante la resolución 0103 del 31 de marzo de 1995, la demandada adjudicó el proceso de selección en estudio al señor Hermes García Blanco (fl. 342 y 343, c. 2).

4.3.3. Del análisis en conjunto de las pruebas y de los cargos formulados, se tiene que la exigencia de equipos mínimos requeridos tenía una doble naturaleza, esto es, requisito habilitante y puntuable. Frente al primero, el pliego de condiciones ítem 2.5, documentos esenciales, prescribía que los oferentes debían allegar con su propuesta los documentos en original o fotocopia allí indicados, entre otros y en lo que interesa al presente asunto, en el numeral 5, se señala:

Relación del equipo mínimo solicitado y ofrecido (7) para la realización de la obra, especificando si es propio o en alquiler, el cual será relacionado en el formato anexo. Para el caso específico de alquiler deberá diligenciar además, el formulario de compromiso de Alquiler de Equipo (8) (...).

De modo que, como la **omisión** del documento impedía que la propuesta fuera evaluada, su presentación constituía un requisito habilitante. Además, en el ítem 2.15, numeral 1 se dispuso que la inexactitud o el incumplimiento de lo requerido en los documentos esenciales, daría lugar a la descalificación de la propuesta. En otras palabras, no sólo la omisión de presentar los formatos del equipo mínimo requerido daba lugar al rechazo sino también su inexactitud y el incumplimiento de lo allí requerido.

Según la demandada, la objeción sobre su propuesta se concretó en que (i) no se acreditó la propiedad de algunos bienes ofrecidos y (ii) se reportó unos como propios, siendo que se disfrutaban en razón de un contrato de leasing. En efecto, la demandada en su evaluación hizo reparos frente a uno de los bulldozer D8 y la retroexcavadora 215LC (fls. 356 y 357, c. 2) y, atendiendo a las observaciones formuladas por la actora (fls. 25 y 25A, c. 2), reiteró las objeciones frente a las maquinarias mencionadas y agregó que también las cuatro volquetas KEA, reportadas como propias, se tenían arrendadas a título de leasing, con la sociedad Leasing Unión S.A., esta sí propietaria¹⁵.

De modo que no queda sino descartar la omisión del requisito, pues las irregularidades advertidas se enmarcan dentro del incumplimiento e inexactitud frente al documento del equipo mínimo requerido, el que, se recuerda, hacía parte de los documentos esenciales y su cumplimiento requería diligenciar el formato correspondiente, además de indicar si eran propios o arrendados. En este último evento, se exigía poner de presente, mediante documento adicional, el

¹⁵ Respecto de esta última objeción precisa advertir que resulta irregular el hecho de que la entidad demandada en la respuesta a las observaciones formuladas al informe de evaluación agregue reparos y no otorgue la oportunidad a la parte interesada de contestarlos. Ello contraría el debido proceso, toda vez que la obligación de dar traslado al informe de evaluación tiene como finalidades que los proponentes tenga la oportunidad de conocerlos y contradecir su evaluación y, si a bien lo tiene, la de sus competidores. Sin embargo, como el cargo no fue formulado en la demanda y en aras a privilegiar el derecho de defensa del departamento de Cundinamarca, la Sala se abstendrá de declararlo probado, sin dejar pasar por alto esta oportunidad para llamar la atención sobre este tipo de comportamientos.

compromiso de utilización. La omisión de la exigencia en estudio, su inexactitud o incumplimiento generaban el rechazo de la propuesta.

Para la Sala el hecho de no acreditar la propiedad no puede considerarse como parte de la exigencia aludida, porque, como se dijo, ella se entendía satisfecha con el ofrecimiento y la indicación de su propiedad o tenencia, último caso que exigía acompañar compromiso de alquiler; es decir, que ni siquiera en este evento se requería prueba en tal sentido. Además, entender la exigencia en los términos de la demandada, generaría la supresión del 2.14.1.4. del pliego de condiciones que establecía para ello la no puntuación de la propuesta¹⁶. Se sigue, entonces, que lo realmente importante tenía que ver con el ofrecimiento del equipo requerido y que, la condición de propietario o arrendatario se constituía como necesaria para la puntuación, sin consecuencias para la descalificación de las propuestas. Lo contrario sería incorporar una nueva exigencia al pliego de condiciones, como en últimas procedió la entidad pública.

De otro lado, tampoco se puede considerar que la inexactitud atinente a reportar un bien arrendado como propio daba lugar al rechazo, toda vez que, probado el arrendamiento, se imponía su calificación en esas condiciones, tal como lo disponía el pliego de condiciones y lo exige el Estatuto de Contratación de la Administración Pública¹⁷. Es decir la tenencia de la maquinaria, en lugar de su propiedad, no impedía su comparación, en tanto el error se aclaraba con los documentos allegados. Tal como lo advirtió la demandada al rechazar equivocadamente la propuesta. En tal sentido, la Sección tiene sentado¹⁸:

Es necesario reiterar que lo esencial es que los documentos aportados en las ofertas permitan a la entidad hacer los estudios, evaluaciones y cotejos entre ellas, vale decir, que posibiliten la comparación en los precisos y detallados factores previstos en los pliegos de condiciones, tales como el precio, fijados de acuerdo con el objeto a contratar. Lo formal, como lo ha dicho la Sala, no incide o es bien susceptible de corrección en igualdad de condiciones y durante la evaluación, porque lo importante, es que, dentro

¹⁶ Dicha exigencia imponía: “Para el equipo ofrecido como alquilado o reportado como propio sin acreditar su disponibilidad o su propiedad, no se asignará ninguna calificación”.

¹⁷ En tal sentido, el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, aplicable al asunto *sub júdice*, establecía que “[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 20.811, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*de una consideración integral de la propuesta, aparezcan satisfechos los requisitos exigidos*¹⁹.

En esos términos, se encuentran probados los cargos formulados por la actora y, por ende, en lo relativo a los mismos, procede la declaratoria de nulidad del acto administrativo atacado.

4.3.5. *La mejor propuesta y la indemnización de perjuicios.* Dada la ilegalidad de la evaluación jurídica, en los términos expuestos, se impondría tener como definitivo el orden de elegibilidad establecido inicialmente dentro del estudio técnico²⁰. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sección²¹ ha señalado que, cuando existen reparos sobre la evaluación, se impone contar con los elementos de prueba necesarios en orden a realizarla nuevamente.

De entrada es preciso aclarar que el dictamen pericial realizó anotaciones al margen sobre la calificación efectuada. En efecto, se anotó:

Por tal razón consideramos que en la adjudicación de la licitación no hubo imparcialidad por cuanto no se atendió al deber de SELECCIÓN OBJETIVA, de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. “Donde la selección objetiva de la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que en ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

¹⁹ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, entre otras, las sentencias de 23 de abril de 1992, exp. 6224 C.P. Julio César Acosta Uribe; y de 23 de abril de 1988, exp. 11192. C.P. Daniel Suárez Hernández.

²⁰ En el orden de elegibilidad, dentro del estudio técnico, la propuesta del actor quedó en primer lugar con 91.89 puntos (fl. 368, c. 2).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha oportunidad precisó: *“En cuanto a las demás pretensiones indemnizatorias, además de que no tiene derecho a las mismas en tanto el demandante no demostró que su propuesta hubiere sido la mejor, resulta oportuno señalar que al proceso no se allegaron pruebas con las cuales se acreditara el aludido menoscabo de la capacidad de contratación, como tampoco los referidos gastos en los cuales habría incurrido con ocasión de la preparación y presentación de la propuesta, dado que sólo se contó con la prueba pericial, la cual no brinda certeza alguna a la Sala dado que se limitó a actualizar las cifras presentadas en la demanda, sin que diera cuenta de haber efectuado raciocinio alguno para llegar a las mismas. (...) // Así pues, de conformidad con lo expresado, considera la Sala que dada la ausencia de las aludidas pruebas en el proceso –pliego de condiciones y propuestas-, el actor no tendría derecho a recibir suma alguna de indemnización”.* En igual sentido ver: Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13.206, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Tan es así que se optó (sic) por elegir la propuesta de HERMES GARCÍA BLANCO, por valor de \$810.778.988, siendo la más costosa y la que obtuvo el menor puntaje de elegibilidad de las cuatro propuestas calificadas como opcionales para adjudicar la licitación.

Lo anterior significa que la Gobernación de Cundinamarca no tuvo en cuenta ni costos ni puntajes de elegibilidad para adjudicar la Licitación Pública SOP-21-94, ocasionando así a (sic) al proponente mejor calificado daños y perjuicios, por el simple hecho de haber ocupado el primer lugar para la adjudicación de dicha licitación pública, lesionando económicamente a la empresa, ya que le hizo incurrir en gastos para la elaboración y presentación de la propuesta (fls. 380 y 381, c. 2).

Las anteriores apreciaciones, reiteradas en la aclaración del dictamen (c. 5) si bien están respaldadas por el conocimiento de uno de los peritos, dada su especialidad en ingeniería civil, resultan insuficientes para llevar al juez al convencimiento de que el orden de elegibilidad favorecía a la propuesta de la actora, en tanto tales conclusiones, además de no contar con otro respaldo diferente al conocimiento del experto, son simples apreciaciones que se fundan en la elegibilidad determinada dentro del mismo proceso de selección y el valor de la propuesta.

Ahora, la evaluación técnica efectuada por la demanda determinó (fls. 367 y 368, c. 2):

PROPONENTE		Pta No. 1	Pta No. 2	Pta No. 3	Pta No. 4	Pta No. 5
		PAVICON LTDA	CONSTRUCCIONES CIPOCAR LTDA	HERMES GARCÍA BLANCO	MORAMORA CÍA LTDA	CONSORCIO JOGE DÍAZ R Y M CONSTRUCCIONES LTDA
1	PRECIO (MAX 45 PTS)	44.22	44.84	44.59	43.37	44.28
2	PLAZO DE EJECUCIÓN TRABAJOS (MAX 5 PTS)	5.00	5.00	5.00	5.00	5.00
3	PROGRAMA DE INVERSIONES (MAX PTS)	10.00	0.00	2.56	4.57	4.21
4	EQUIPO OFRECIDO (MAX 10 PTS)	10.00	7.92	9.58	10.00	10.00
5	CUMPLIMIENTO	10.00	10.00	10.00	10.00	10.00

	CONTRATOS ANTERIORES (MAX 10)					
6	EXPERIENCIA (MAX 10 PTS)	10.00	8.00	10.00	10.00	10.00
7	CAPACIDAD CONTRATAT. DISP (MAX 10 PTS)	7.61	10.00	8.87	8.95	7.91
8	VISITA AL SITIO DE LA OBRA MAX 5)	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
TOTAL PUNTAJE		91.83	85.75	90.60	91.89	91.39

Como se observa la propuesta de la actora quedó en el primer orden de elegibilidad con 91.89 puntos; sin embargo, en la evaluación definitiva, esto es, después de resueltas las observaciones, el puntaje de la propuesta ganadora, como única propuesta hábil, correspondió a 93.41, así (fl. 364, c. 2):

PROPONENTE		Pta No. 3 HERMES GARCÍA BLANCO
1	PRECIO (MAX 45 PTS)	44.95
2	PLAZO DE EJECUCIÓN TRABAJOS (MAX 5 PTS)	5.00
3	PROGRAMA DE INVERSIONES (MAX PTS)	5.00
4	EQUIPO OFRECIDO (MAX 10 PTS)	9.58
5	CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES (MAX 10)	10.00
6	EXPERIENCIA (MAX 10 PTS)	10.00
7	CAPACIDAD CONTRATAT. DISP (MAX 10 PTS)	8.87
8	VISITA AL SITIO DE LA OBRA MAX 5)	0.00
TOTAL PUNTAJE		93.41

Es preciso llamar atención que la demanda se en contra de la evaluación realizada a la en lo que se

la
dirigió
actora,
refiere

al factor del equipo ofrecido, mas no frente a la evaluación definitiva de la propuesta ganadora, razón por la cual nada impide que, en esta instancia, se

valore. En esos términos, es claro que, aún con la calificación máxima en el factor mencionado, el orden de elegibilidad no era favorable para la sociedad demandante, toda vez que no están alegados ni probados errores en la valoración que determinó la elegibilidad del ingeniero Hermes García Blanco, cuya propuesta resultaba, superado el defecto alegado en el presente asunto, mejor que la de la actora.

Sobre la posibilidad de valerse de las valoraciones de la entidad demandada, cuando sobre ellas no recae objeción distinta de la que se resuelve en el fondo del asunto, esta Corporación ha sostenido²²:

En efecto, en el proceso está acreditado que Andina de Construcciones SA., presentó oferta en ese proceso de selección, y que al ser evaluada obtuvo el puntaje que se acaba de indicar, y que los dos (2) puntos que le faltaron para obtener el máximo puntaje en la licitación no los alcanzó porque en el informe de evaluación de ofertas –que obra a fls. 7 a 24 del anexo 1- el Comité Evaluador declaró que se le restaban por la sanción que le impuso el municipio en ese contrato, en el factor de selección denominado “cumplimiento en contratos anteriores durante los últimos cinco años”, que tenía un puntaje máximo de 10 puntos, pero obtuvo 8 por la razón anotada.

En estas condiciones, el informe de evaluación concluyó que el orden recomendado de adjudicación ubicaba en el primer lugar a la Unión Temporal Trainco SA.-Pervel Ltda., con 98,76 puntos; y en segundo lugar al consorcio Andina de Construcciones Ltda.–Concorpe SA., con 98 puntos, y los restantes participantes –siete más- a partir de allí en orden descendente.

En este horizonte, no queda la menor duda de que si al actor no se le hubieran restado los dos (2) puntos habría obtenido el máximo puntaje - 100-, y necesariamente se le habría adjudicado el contrato –no cabe duda de eso-, de allí que no se requieren mayores elucubraciones para entender que la oportunidad perdida por la parte apelante provino de la aplicación de la sanción de multa que le impuso el Municipio de Medellín con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994.

*No obstante, cabe advertir que la tesis general de la Sala, en virtud de la cual quien alega el derecho que tiene a ser indemnizado porque su oferta es la mejor en un proceso de selección debe acreditar tal circunstancia, demostrando con otra evaluación de todas las ofertas que efectivamente debió ocupar el primer lugar²³, **tiene en este caso un matiz que necesariamente hay que aplicar, por lógico.***

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 22.088 y 39.109 (acumulados), M.P. Enrique Gil Botero.

²³ Cita original: Con respecto al tema la Sala ha sostenido: “Cuando alguien demanda la nulidad del acto de adjudicación y pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal. El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo

En efecto, cuando la misma entidad que hizo la evaluación de las ofertas es quien en el informe respectivo permite inferir este hecho, bien porque el actor ocupa el primer lugar en el proceso o porque es fácil colegirlo –como en el caso concreto-, es innecesario evaluar las demás ofertas que participaron en el proceso de contratación para llegar a esta conclusión, así que resulta inútil, desde el punto de vista probatorio, exigir pruebas adicionales y especiales, pues ésta es suficiente para desentrañar lo ocurrido, toda vez que el juez puede llegar a esa conclusión apoyado en el mismo informe de evaluación, que en el caso concreto ni siquiera es objeto de discusión acerca de la correcta aplicación que hizo de las fórmulas y criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones de la licitación.

Incluso, la parte apelante no discute que la evaluación de las ofertas corresponda a las reglas objetivas previstas en el pliego de condiciones de la licitación No. 024; lo que alega es que por haberse impuesto las multas –finalmente anuladas- no obtuvo el primer lugar; lo que para la Sala no admite duda, por indiscutible y objetivo. De hecho, el municipio, al contestar la demanda, ni siquiera alega que el Área Metropolitana hubiera evaluado mal las ofertas, así que el debate en este proceso no consiste en demostrar algún error en la evaluación de las mismas o en la adjudicación, sino que se contrae a establecer si efectivamente los dos (2) puntos que le restaron al apelante, en esa licitación, le habrían permitido o no ocupar el primer lugar en la evaluación y por tanto se le habría adjudicado el contrato, aspecto cuya prueba –se insiste- no necesita de una nueva evaluación de todas las ofertas, y tampoco de un peritazgo para resolver esta cuestión, porque es evidente que la razón por la cual el consorcio Andina de Construcciones-Concorpe SA. obtuvo 98 puntos de

relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.” –Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994. Exp. 8071-.

Esta tesis se reiteró en la sentencia de noviembre 10 de 2005 –Sección Tercera, exp. 14.198-: “4.1.5. Finalmente, la ausencia del pliego de condiciones, y de las ofertas presentadas en la licitación, también determina la imposibilidad para el juez de pronunciarse de fondo en el proceso anulando la resolución de adjudicación demandada, porque al no existir estos documentos, no es posible conocer los criterios sobre los cuales se debían evaluar las propuestas, y en general cómo se debía realizar todo el proceso de licitación.

“Este documento, cuya prueba sí se pidió en la demanda –allí se dijo que se solicitaba “...copia del expediente gubernativo relativo y contentivo de la licitación pública No. 002 - SH-88...” (fl. 24, C. 6)-, y que además fue decretada, no fue aportado por el Departamento de Boyacá –pese a habérselo pedido-, luego bien podría acceder la Sala, en principio, a solicitarlo en esta instancia –art. 214, num. 1, CCA-.

“No obstante, ahora resulta del todo inútil contar con esta prueba, pues en nada alteraría el sentido de la decisión, ya que la falta del peritazgo que evalué las ofertas presentadas, por confrontación con el pliego de condiciones, y determine si la oferta alternativa del demandante se ajustaba o no a lo pedido por la Gobernación, además de determinar que hubiere ocupado el primer lugar, de haberse evaluado, hace innecesario contar con esa prueba, pues ninguna utilidad reportará en este instante del proceso.”

100, fue la reducción de dos (2) puntos por las multas reportadas por el Municipio de Medellín, con ocasión de la ejecución del contrato No. 044 de 1994, y que de no haberse aplicado este castigo habría ocupado el primer lugar en esa licitación, necesaria e inevitablemente, con 100 puntos (Se destaca y subraya).

En consecuencia, la Sala revocará la decisión, en cuanto se declarará la nulidad, pero se negaran los perjuicios deprecados, tal como lo ha definido esta Corporación frente a este tipo de asuntos²⁴.

No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 17 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la resolución 0103 del 31 de marzo de 1995, expedida por el departamento de Cundinamarca, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

²⁴ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13.206, M.P. Miryam Guerrero de Escobar. En similar sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2011, exp. 15.550, M.P. Hernán Andrade Rincón, en su parte resolutive se consignó: *“REVOCAR la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera– y, en su lugar dispone: // Por las razones expuestas en la parte motiva, DECLARAR la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa. // Negar las demás pretensiones”*. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

QUINTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**
Presidente Magistrada