

CONTRATACIÓN ESTATAL – Rechazo de la oferta – Deber de objetividad

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos, por causales previstas en la ley, hipótesis bajo la cual la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declaran apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene, entonces, que la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia- también sean conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397)

Actor: CARLOS MARIO HINCAPIE MOLINA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU -

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de mayo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“DECLARASE no probada la excepción propuesta. **NIEGANSE** las pretensiones de la demanda. Sin condena en costas” (fl. 105 c. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 7 de julio de 1999 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Carlos Mario Hincapié formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, con el fin de que se declarara la nulidad de la resolución 0591 del 21 de mayo de 1999, proferida por esa entidad, mediante la cual se adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-024-1999 a la Unión Temporal Chávez Pulido; como consecuencia de ello, deprecó que se calificara correctamente su propuesta y se le adjudicara la licitación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le pagara la utilidad esperada, que ascendía a la suma de \$93'652.560.

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1.- El Instituto de Desarrollo Urbano abrió la licitación pública IDU-LP-DTC-024-1999, con el fin de construir la ampliación de la calle 72 entre las carreras séptima y quinta, en Bogotá.

2.2.- Se presentaron varias propuestas, entre ellas la del señor Carlos Mario Hincapié Molina.

2.3.- El 4 de mayo de 1999, el IDU requirió al demandante con el fin de que aportara “la Conciliación de Renta Fiscal que aclarará (sic) las diferencias que se presentaban entre las cifras de su Balance General a diciembre 31 de 1.997 y su Declaración de Renta Fiscal del mismo año” (fl. 4, c. 1).

2.4.- Carlos Mario Hincapié se percató de que la declaración de renta presentada en su propuesta había sido objeto de corrección, razón por la cual no coincidía con el balance

general, por lo que, en respuesta al anterior requerimiento, envió al IDU la corrección de la declaración de renta correspondiente al año 1997, presentada casi siete meses antes de la apertura de la licitación.

2.5.- La propuesta del señor Carlos Mario Hincapié fue rechazada por cuanto “el proponente no subsano (sic) la información financiera solicitada (Conciliación de Renta Fiscal), presenta documentación que mejora la propuesta (Declaración de Renta de 1.997 corregida)” (fl. 5, c. 1).

2.6.- El 14 de mayo de 1999, el demandante presentó observaciones frente a la calificación de su propuesta, las que no fueron acogidas por el IDU.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas.-

El demandante consideró que el IDU, al rechazar su propuesta y no calificarla, violó los artículos 13, 83, 121 y 209 de la Constitución Política, los artículos 3, 24, (numerales 5 - literales a y e- y 8), 25 (numerales 1, 2, 3 y 15 - inciso 2-), 28, 29 y 30 de la ley 80 de 1993 y los numerales 3.2.10 y 4.11 del pliego de condiciones.

4. Concepto de la violación.-

4.1.- Se violaron los artículos mencionados por cuanto la entidad tenía en sus archivos la declaración de renta corregida correspondiente al año gravable 1997, con la que la entidad podía verificar el cumplimiento de la condiciones financieras de Carlos Mario Hincapié Molina y, adicionalmente, el documento requerido (“conciliación de renta fiscal”) no era posible aportarlo, ya que la declaración de renta que se allegó inicialmente con la propuesta fue corregida; así las cosas, con la corrección de la declaración de renta se podía verificar que las cifras conciliaban con el balance general, conducta con la que se violaron los principios de buena fe y de lealtad.

4.2.- Las únicas causales de rechazo de la ofertas eran las consagradas en el pliego de condiciones y ninguna de ellas se configuró en el presente caso. La conciliación de renta fiscal no se podía presentar, ya que no existía discordancia entre el balance general y la declaración de renta corregida; a pesar de ello, la licitación se adjudicó a quien había presentado una propuesta económica más elevada.

4.3.- Al presentarse la corrección de la declaración de renta no se estaba mejorando la oferta, sino aclarando una aparente incongruencia, ya que, por error, se adjuntó a la propuesta la declaración de renta presentada inicialmente ante la Dian, la que fue objeto de corrección con varios meses de anticipación a la apertura de la licitación y cuya copia reposaba en los archivos del IDU.

4.4.- El acto mediante el cual se adjudicó la licitación está viciado de nulidad, por falsa motivación “consistente en desestimar como adjudicatario a Carlo Mario Hincapié bajo el ilegal argumento de que su propuesta fue rechazada y, agregó, que con ello además se configura una desviación de poder” (fl. 13, c. 1).

5.- La actuación procesal.-

Por auto del 22 de julio de 1999 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación del demandado al proceso, a través de la notificación personal de la providencia al Director del IDU, se ordenó notificar a la Unión Temporal Chávez Pulido, se ordenó la notificación personal al señor agente del Ministerio Público, se ordenó la fijación del negocio en lista y se reconoció personería al apoderado de la parte actora (fls. 95 a 96, c. 1).

La Unión Temporal Chávez Pulido estuvo representada en el proceso mediante curador *ad litem*, quien se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de falta o carencia de causa e inepta demanda, esta última por cuanto no se solicitó la nulidad del acta de la audiencia pública en la que se adjudicó el contrato.

El IDU también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la entidad cumplió con el proceso de selección según lo establecido en la ley 80 de 1993 y en los pliegos de condiciones, en el cual se estableció que los defectos o errores en las cifras del balance general y/o en la declaración de renta no serían subsanables y generarían el rechazo de la propuesta, a la vez que se dispuso que serían descalificados los proponentes que presentaran una diferencia mayor al 0.5% entre los estados financieros y la declaración de renta, que no se explicaran por medio de la conciliación de renta fiscal.

Al demandante se le solicitó allegar la conciliación de renta fiscal, porque las cifras contenidas en el balance general no coincidían con las de la declaración de renta de 1997 y superaban el margen permitido del 0.5%; sin embargo, el actor allegó una nueva

declaración de renta y no el documento que se le había solicitado, de modo que no subsanó en la forma indicada y, por el contrario, sí pretendió mejorar su propuesta, por lo que ésta debía ser rechazada, como en efecto se hizo.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y la genérica.

6.- Los alegatos de primera instancia.-

Las partes reiteraron lo expuesto en la demanda y en la contestación. La parte actora agregó que la conciliación de renta fiscal se solicitó con el propósito de determinar la solvencia, capacidad de endeudamiento y el patrimonio del proponente y con ello comprobar la estabilidad financiera para la realización del contrato, aspectos con los que se cumplía según se desprende del balance general y de la declaración de renta corregida. Añadió que con la declaración de renta corregida no se mejoraba la propuesta, con ella solo se verificaba el cumplimiento de los requisitos.

El Ministerio Público guardó silencio.

7.- La sentencia recurrida.-

Es la proferida el 28 de mayo de 2003, por el Tribunal de Administrativo de Cundinamarca, en la cual declaró no probada la excepción de inepta demanda y se negaron las pretensiones de la misma por considerar que el demandante no cumplió con el requerimiento que se le había efectuado, esto es, allegar la conciliación de renta fiscal, pues aportó una nueva declaración de renta, documento que no era subsanable, de conformidad con lo dispuesto en los pliegos de condiciones.

Agregó que la conciliación de renta fiscal se requería para establecer las bases sobre las cuales se determinó el impuesto tributado, información que no se veía reflejada en la declaración de renta.

Por lo anterior, concluyó que la administración cumplió con los parámetros establecidos en el pliego de condiciones.

8.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión y dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que adujo que el *a quo* consideró que la causal de rechazo de la propuesta fue no haber presentado la conciliación de renta fiscal, documento que el proponente no tenía la obligación de presentar, ya que el pliego de condiciones específicamente estableció que la conciliación de renta fiscal se debería adjuntar solo en caso de ser necesaria.

Agregó que, cuando recibió la solicitud de aportar la conciliación de renta fiscal, comprendió cuál era su finalidad y se percató de que con la propuesta se adjuntó una declaración de renta que había sido objeto de corrección y que legalmente había dejado de existir, razón por la cual no allegó la conciliación de renta fiscal. Esto último (allegar tal conciliación) era imposible, ya que la declaración de renta se corrigió y la corrección no presentaba diferencias con el balance general; adicionalmente, la entidad conocía la situación financiera del proponente ya que tanto el balance general de 1997 como la declaración de renta corregida de ese mismo año se habían presentado en otros procesos licitatorios adelantados por la misma entidad y, a pesar de ello, se rechazó la propuesta que resultaba más beneficiosa para el IDU.

9.- Trámite de segunda instancia.-

El recurso se concedió el 16 de julio de 2003, se admitió el 19 de septiembre de ese mismo año y, habiéndose dado traslado para alegar, las partes reiteraron lo expresado en etapas procesales anteriores. El Ministerio Público guardó silencio.

Mediante autos de 3 de septiembre de 2008 y 30 de marzo de 2012 se aceptaron los impedimentos manifestados por los Consejeros Mauricio Fajardo Gómez y Hernán Andrade Rincón, respectivamente.

II. CONSIDERACIONES

1.- La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de mayo de 2003, por cuanto la cuantía del proceso fue estimada razonadamente por el demandante en la suma de \$93'652.560. Para la época de interposición de la

demanda¹, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera la suma de \$4'312.000², monto que se encuentra ampliamente superado, como se puede observar. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

2.- La validez de la prueba documental recaudada.-

Acogiendo la posición mayoritaria de la Sección Tercera, la Sala valorará la prueba documental que obra en el proceso en copia simple - entre ellos la propuesta presentada por Carlos Mario Hincapié Molina-, de conformidad con la providencia proferida por la Sala Plena de esta Sección el 28 de agosto de 2013³, según la cual “en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas”⁴.

3.- Análisis del caso.-

3.1.- En virtud del principio de economía, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prohibió a las entidades estatales hacer exigencias meramente formales, como pedir “sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas” y demás requisitos no previstas en la ley. El mismo precepto legal, en su inciso segundo, vigente para la época de los hechos⁵, prescribió: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente,

¹ 7 de julio de 1999.

² Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), M.P.: Enrique Gil Botero.

⁴ Aspecto sobre el cual el Ponente de la presente providencia salvó el voto, pero acata la decisión de la mayoría y pone de presente que allí se agregó:

“Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.”

⁵ Esta disposición fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

De allí se colige que había expresa prohibición legal de rechazar las ofertas cuando los proponentes omitieran allegar documentos exigidos en los pliegos de condiciones o bases de contratación, que no fueran esenciales para hacer la comparación de las ofertas y, por ende, para hacer la asignación de los respectivos puntajes; al respecto esta Sección dijo:

“Ahora bien, la Sala reitera que no cualquier falencia u omisión en la presentación de las ofertas puede dar lugar a su descalificación, pues debe tratarse de defectos que realmente incidan sobre la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata, por lo cual debe tenerse por inadmisibles el rechazo de proponentes por requisitos nimios e inútiles; así lo tenía sentado ya para esa época la Jurisprudencia de esta misma Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, según lo refleja el pronunciamiento contenido en la Sentencia fechada el 19 de febrero de 1987⁶, postura jurisprudencial que posteriormente el propio legislador elevó al rango de norma positiva en los términos que hoy recoge el inciso 2º del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, expedida en el año de 1993, a cuyo tenor: *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*; en consecuencia, los documentos que se exija aportar en los pliegos de condiciones o términos de referencia deben representar alguna utilidad e importancia significativas para la evaluación de las ofertas y la consiguiente selección de la más favorable, sin que tales exigencias puedan corresponder a cuestiones puramente formales, accesorias, inútiles, que nada le aporten a dichas labores”⁷.

Así las cosas, la administración está en el deber legal de considerar las propuestas presentadas, no obstante que se advierta la ausencia de algunos de los requisitos diferentes de aquellos que son necesarios para la asignación de puntaje, sin que esto signifique que el proponente se encuentre exonerado de cumplir con la totalidad de requisitos y la aportación de documentos previstos en el pliego de condiciones.

A manera de ilustración y sin que ello signifique que en el caso concreto se esté dando aplicación a la Ley 1150 de 2007, toda vez que está claramente determinado que el

⁶ Nota del original: “Expediente 4694, actor: Socovig S.A., demandada: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Magistrado Ponente: Julio César Uribe Acosta”.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 25000-23-26-000-1994-09827-01(16540), sentencia del 4 de febrero de 2010, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

régimen que le es aplicable corresponde al previsto en la Ley 80 de 1993, resulta conveniente precisar, a propósito de los requisitos a que se viene haciendo referencia - unos indispensables para la comparación de las ofertas, que tienen la virtud de otorgar puntaje, y otros que no lo son-, que el artículo 5º de la citada ley hizo una importante distinción entre estas dos clases de exigencias.

Así, el numeral 1 *ibídem* se refirió al cumplimiento de los requisitos que no otorgan puntaje y que son materia de simple verificación, a los cuales denominó como “habilitantes para la participación en el proceso de selección”, referidos todos ellos al proponente, entre los cuales señaló: la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y la organización. La verificación de estos requisitos no se encuentra atribuida a la administración, sino que corresponde efectuarla a las Cámaras de Comercio.

Por su parte, el numeral 2 *ibídem* consagró aquellos requisitos que efectivamente dan lugar a la asignación de puntaje, los cuales recaen ya no sobre los oferentes sino sobre las propuestas presentadas y que conllevan a determinar cuál resulta ser la más favorable a los intereses de la administración.

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos, por causales previstas en la ley, hipótesis bajo la cual la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declaran apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.

Se tiene, entonces, que la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia- también sean conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos.

3.2.- Con las pruebas aportadas al proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

3.2.1.- En el pliego de condiciones se fijaron los parámetros con los cuales debían cumplir los interesados con el fin de que fueran admisibles las propuestas, así como los eventos en los que ellas serían rechazadas.

Específicamente, se indicó que los defectos, deficiencias o errores en las cifras del balance general o en la declaración de renta no eran subsanables y que ello sería causal de rechazo de la propuesta. También se indicó que serían admisibles las ofertas presentadas oportunamente y que se ajustaran al pliego de condiciones.

En efecto, en el pliego de condiciones se estableció:

“3.2.10 ESTADOS FINANCIEROS BÁSICOS.

“Toda la información financiera deberá ser presentada en moneda legal Colombiana.

“(…)

“Se deberá adjuntar copia de las Declaraciones de Renta de 1.996 y 1.997, **con su respectiva Conciliación de Renta Fiscal, en caso de ser necesaria** y fotocopia de la matrícula profesional del Contador Público y del Revisor Fiscal que firme los Estados Financieros

“El Instituto de Desarrollo Urbano se reserva el derecho de comparar los estados financieros con los que reposen en sus dependencias y su inconsistencia será causal de rechazo de la propuesta.

“La omisión, los defectos, deficiencias o errores en las cifras del Balance General, del Estado de Resultados y/o de la declaración de renta, así como la omisión de las firmas del Contador y/o Revisor Fiscal

en los mismos documentos, no serán subsanables y generarán el rechazo de la propuesta. El resto de la información financiera será subsanable a solicitud del IDU, dentro del término que éste señale so pena de rechazo” (se resalta - fl. 48, c. 2 pruebas).

Adelante se precisó:

“4.11 ADMISIÓN O RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

“Una propuesta será admisible cuando haya sido presentada oportunamente y se halle ajustada al Pliego de Condiciones. Se considera ajustada al Pliego de Condiciones, la propuesta que cumpla todos y cada uno de los requisitos objetivos establecidos y no se halle comprendida en uno de los siguientes casos:

“(…)

“g. Cuando la propuesta esté incompleta por no incluir alguno de los documentos exigidos en el numeral respectivo de estos pliegos o cuando contengan defectos insubsanables, de acuerdo con lo previsto en el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993” (fls. 61 a 62, c. 2 pruebas).

El Adendo 1 del 19 de abril de 1999 modificó el inciso séptimo del numeral 3.2.10 del pliego de condiciones, el que quedó así:

“La omisión, los defectos, deficiencias o errores en las cifras del Balance General, del Estado de Resultados y/o de la Declaración de Renta, no serán subsanables y generarán el rechazo de la propuesta. El resto de la información financiera así como la omisión de las firmas del Contador y/o Revisor Fiscal y Representante Legal, en los mismos documentos (sic) será subsanable, a solicitud del IDU, dentro del término que éste señale so pena de rechazo” (se resalta - fl. 143, c. 2 pruebas).

3.2.2.- Con el oficio STLC-6200-6674 del 4 de mayo de 1999, la Subdirectora Técnica de Licitaciones y Concursos le solicitó a Carlos Mario Hincapié Molina subsanar su propuesta, para lo cual debería allegar:

“(…) Conciliación de Renta Fiscal que explique las diferencias presentadas entre el Total de Activo del Balance General a Diciembre 31 de 1997 y el Patrimonio Bruto de la Declaración de Renta del mismo año

“Así mismo entre el Pasivo del Balance General a Diciembre 31 de 1997 y el Pasivo de la Declaración de Renta del mismo año” (fl. 313, c. 2 pruebas).

El 5 de mayo de 1999, Carlos Mario Hincapié Molina respondió el anterior requerimiento en los siguientes términos:

“En respuesta a su gentil solicitud de presentar las conciliaciones de renta fiscal que expliquen las diferencias entre el total del Activo del Balance general a 31 de diciembre de 1.997 y el Patrimonio bruto de la Declaración de Renta del mismo año, al igual que las presentadas entre las cifras del pasivo de estos dos documentos, me permito adjuntar el formulario de declaración de renta y complementarios No. 98702 **0686139**, presentado en Septiembre 25 de 1.998, que corrige la declaración No. 98702 **0784823**, presentada el 17 de Junio de 1.998, que fue anexada a la propuesta.

“Como quiera que, de conformidad con el numeral 3.2.10 del pliego de condiciones, se trata de una situación subsanable, respetuosamente solicito tener en cuenta la declaración No. 98702 **0686139** para la verificación de las cifras contables del balance.

“La declaración No. 98702 **0686139**, (sic) ha sido presentada en otros procesos licitatorios de la entidad” (fl. 314, c. 2 pruebas).

En la evaluación financiera de las propuestas se consideró que la presentada por Carlos Mario Hincapié Molina no se ceñía a los pliegos de condiciones, comoquiera que “el proponente no subsanó la información financiera solicitada (Conciliación de Renta Fiscal), presenta documentación que mejora la propuesta (Declaración de Renta de 1997 corregida)” (fl. 321, c. 2 pruebas).

Por lo anterior Carlos Mario Hincapié Molina formuló observaciones a la evaluación financiera; para ello, indicó que, cuando se aportó la declaración de renta corregida de 1997, no se pretendió mejorar la propuesta, sino aclarar la real situación financiera, ya que “la Declaración de Renta Fiscal de Septiembre 25 de 1.998 es la válida porque corrige la presentada en Junio 17 de 1.998, que por error fue anexada a la propuesta” (fl. 327, c. 2 pruebas).

En respuesta a las observaciones, el IDU manifestó que la declaración de renta corregida era un nuevo documento que no se había solicitado y, adicionalmente, que en virtud del principio de igualdad de oportunidades no era viable mejorar la propuesta y que, en todo caso, no se allegó el documento requerido, es decir, la conciliación fiscal.

En el acta de la audiencia pública de adjudicación, Carlos Mario Hincapié Molina dejó constancia sobre los mismos puntos que había presentado en sus observaciones y la entidad se pronunció en los mismos términos en las que resolvió.

Finalmente, con la Resolución 591 del 21 de mayo de 1999 se adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-024-99, a la Unión Temporal Chávez - Pulido.

3.2.3.- Ahora bien, el pliego de condiciones en lo referente al “ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS Y VERIFICACIÓN DE QUE SE AJUSTAN A LAS CONDICIONES DEL PLIEGO” precisó:

“EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO antes de proceder a la evaluación de las propuestas, comprobará si las mismas se ajustan en general a las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y, en especial, si se cumplen los requisitos enunciados a continuación:

“(…)

“4.6.3 Con base en los documentos presentados por el proponente, el Instituto verificará la consistencia entre las partidas de los Estados Financieros y la Declaración de Renta, descalificando los proponentes que presenten diferencias mayores al 0.5%, no explicadas a través de la Conciliación de Renta Fiscal. Posterior a dicha verificación, el Instituto calculará los siguientes indicadores financieros y verificará el cumplimiento de las condiciones que se detallan a continuación; en caso de no cumplir alguna, se rechazará la propuesta.

“Con base en el Balance General a 31 de diciembre de 1.997, se determinarán:

“Capital de trabajo (Activo Corriente - Pasivo Corriente) El Capital de Trabajo deberá ser mayor a \$186.666.667.00.

“(…)

“* Solvencia: Deberá ser mayor a uno (1)

“Solvencia = $\frac{\text{Activo Corriente}}{\text{Pasivo Corriente}} > 1,0$

“*Nivel de endeudamiento: Deberá ser menor al setenta por ciento (70%)

$$\text{“Nivel de endeudamiento} = \frac{\text{Pasivo total}}{\text{Activo total}} < 0,70$$

“* Relación Patrimonial: Deberá ser menor a tres (3)

$$\text{Relación Patrimonial} = \frac{\text{Valor de la Propuesta}}{\text{Patrimonio}} < 3,0$$

“Donde: Patrimonio = Activo Total - Pasivo Total (Tomados del Balance General al 31 de Diciembre de 1997)” (fls. 55 a 56, c. 2 pruebas).

Lo anterior evidencia que el balance general y la declaración de renta se requerían para hacer la verificación de las partidas allí consignadas y, luego a ello, con fundamento en el balance general, determinar la capacidad económica del proponente. De otra parte, la conciliación de renta fiscal solo se requería en el evento en que existiera diferencia entre las partidas del balance general y la declaración de renta.

Es decir, tales documentos no eran objeto de evaluación, al punto que en ninguna parte del pliego se les asigna un puntaje, sino de verificación. Ello reviste gran importancia, porque, al no asignárseles puntaje alguno, no se puede entender que con ellos se mejorara la propuesta, ni que fueran necesarios para la comparación de las mismas.

Ahora, si bien es cierto que el IDU le solicitó al actor la conciliación de renta fiscal, como bien lo adujo el recurrente tal documento no era procedente, porque la declaración de renta aportada inicialmente había sido objeto de corrección y esta última no presentaba ninguna diferencia con el balance general (fls. 173 a 174 y 315, c. 2 pruebas), motivo por el cual no se requería realizar dicha conciliación, como lo puso de presente Carlos Mario Hincapié a la Administración.

Adicionalmente, con la declaración de renta corregida era viable determinar, de un lado, que no existía ninguna diferencia entre los ítems total del activo y del pasivo del balance general a 31 de diciembre de 1997 y el patrimonio bruto y el pasivo de la declaración de renta de 1997; y, de otro lado, se verificaba la situación financiera del proponente, por lo demás, es claro que la declaración acabada de mencionar se presentó antes, incluso de la apertura de la licitación y que se allegó en el término que la entidad le concedió al proponente para aclarar las diferencias señaladas.

Así las cosas, la exigencia de aportar la conciliación de renta fiscal, que tenía por objeto verificar la consistencia entre el balance general y la declaración de renta, era por

completo innecesaria, pues la diferencia que pudiera haber existido fue aclarada con la declaración de renta corregida y, en consecuencia, no era viable descalificar la propuesta por falta de tal conciliación, máxime que la misma resultaba inane para la comparación y evaluación de las ofertas.

De otra parte, es preciso advertir que la declaración de renta sí se aportó con la propuesta, pero había sido objeto de corrección el 25 de septiembre de 1998, es decir, con anterioridad a la apertura de la licitación pública IDU-LP-DTC-024-1999, -como ya se dijo-, lo que ocurrió el 12 de abril 1999, por lo que, al haberse aportado esa corrección dentro del término que la entidad le concedió al proponente para subsanar, era pertinente tener en cuenta esta última (la corrección), la cual acreditaba las condiciones del proponente con anterioridad a la apertura de la licitación, es decir, subsanaba la prueba mas no la condición habilitante del proponente, pues las calidades necesarias para ello las tenía con anterioridad.

Por lo anterior, para la Sala es claro que la entidad no debió descalificar la propuesta del actor, sino que ha debido evaluarla y considerarla dentro de las propuestas válidas. Al proceder como lo hizo, es decir, descartándola, con el acto demandado vulneró el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, ya que la conciliación fiscal no era necesaria para la comparación de las propuestas, a lo cual se agrega que - como ya se advirtió unos párrafos atrás - la presentación de la declaración corregida no mejoraba la propuesta, pues no la hacía más competitiva frente a los demás.

3.2.4.- Ahora bien, ha señalado la Sala, en casos similares a este, que: “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 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”⁸.

Demostrada la ilegalidad del acto de adjudicación, por haber descalificado la propuesta de Carlos Mario Hincapié Molina en contravía del artículo 25 de la ley 80 de 1993, es

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071. Posición reiterada en la sentencia 17.029 del 7 de octubre de 2009, entre otras.

necesario constatar si la oferta del demandante era la más favorable para la entidad, estos es, si debió ocupar el primer lugar en la evaluación de las propuestas.

Previamente se debe establecer si la propuesta del actor reunía las condiciones financieras que se fijaron en el pliego de condiciones referentes al capital de trabajo, solvencia, nivel de endeudamiento y relación patrimonial⁹. Frente a lo anterior, se observa que, de conformidad con el balance general a 31 de diciembre de 1997, Carlos Mario Hincapié Molina tenía un capital de trabajo de \$257'329.468¹⁰, solvencia de 8,18¹¹, nivel de endeudamiento de 0,62¹² y una relación patrimonial de 1,5¹³, de modo que sí se ajustaba a las condiciones del pliego.

En cuanto a los criterios de evaluación, en el pliego se señaló:

“4.7 FACTORES Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN.

“El contrato se adjudicará a la propuesta mejor calificada y que se estime más conveniente para la entidad.

“Las propuestas serán evaluadas teniendo en cuenta los siguientes factores de evaluación, sobre una asignación máxima de cien (100) puntos.

⁹ “Con base en el Balance General a 31 de diciembre de 1.997, se determinarán:

“Capital de trabajo (Activo Corriente – Pasivo Corriente) El Capital de Trabajo deberá ser mayor a \$186.666.667.00.

“(…)

“* Solvencia: Deberá ser mayor a uno (1)

“Solvencia = $\frac{\text{Activo Corriente}}{\text{Pasivo Corriente}} > 1,0$

“* Nivel de endeudamiento: Deberá ser menor al setenta por ciento (70%)

“Nivel de endeudamiento = $\frac{\text{Pasivo total}}{\text{Activo total}} < 0,70$

“* Relación Patrimonial: Deberá ser menor a tres (3)

Relación Patrimonial = $\frac{\text{Valor de la Propuesta}}{\text{Patrimonio}} < 3,0$

“Donde: Patrimonio = Activo Total – Pasivo Total (Tomados del Balance General al 31 de Diciembre de 1997) (fls. 55 a 56, c. 2 pruebas).

¹⁰ Resultado de restar el pasivo corriente (\$35'800.000) del activo corriente (\$293'129.468) (fls. 173, c. 2 pruebas).

¹¹ Resultado de dividir el activo corriente (\$293'129.468) por el pasivo corriente (\$35'800.000).

¹² Resultado de dividir el pasivo total (\$739'098.468) por el activo total (\$1.182'270.333) (fls. 173 a 174, c. 2 pruebas).

¹³ Resultado de dividir el valor de la propuesta (\$676'379.600) por el patrimonio (\$443'171.865) (fls. 165 y 174, c. 2 pruebas).

****PRECIO : 40 PUNTOS**
***EQUIPO : 10 PUNTOS**
***EXPERIENCIA ESPECÍFICA DE LA FIRMA : 30 PUNTOS**
***EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES : 20 PUNTOS**
100 PUNTOS” (fls. 56 a 57, c. 2
pruebas - negrillas del original).

Esos criterios de evaluación se modificaron con el Adendo 1, en el que se precisó:

“5. Se modifica el numeral 4.7 (FACTORES Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN), quedando de la siguiente manera:

“El contrato de adjudicará a la propuesta mejor calificada y que se estime más conveniente para la Entidad.

“Las propuestas serán evaluadas teniendo en cuenta los siguientes factores de evaluación, sobre una asignación máxima de cien (100) puntos.

****PRECIO : 50 PUNTOS**
***EXPERIENCIA ESPECÍFICA DE LA FIRMA : 30 PUNTOS**
***EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES : 20 PUNTOS**
100 PUNTOS” (fl. 143, c. 2
pruebas- resaltado del original).

La propuesta del actor obtuvo 30 puntos por la experiencia específica en construcción y 20 por la experiencia de los profesionales, para un total de 50 puntos, ya que el factor “precio” no se le calificó, así las cosas le corresponde a la Sala verificar el puntaje que se le ha debido otorgar al demandante por el valor de la propuesta.

En cuanto a la forma de determinar el puntaje correspondiente al ítem “precio”, el Adendo 1 indicó:

“6. Se modifica en su totalidad el numeral 4.7.1, quedando de la siguiente manera:

“4.7.1 PRECIO= 50 PUNTOS

“El factor precio tendrá una asignación de cincuenta (50) puntos como máximo, distribuidos así:

“Se determinará la Media Geométrica (G) teniendo en cuenta los valores totales de las propuestas hábiles. El Presupuesto Oficial se incluirá para el cálculo de la Media Geométrica una vez por cada cuatro (4) propuestas hábiles.

$$G = \sqrt[N]{P_1 \times P_2 \times P_3 \times \dots \times P_N}$$

“Una vez determinada la Media Geométrica se procederá de la siguiente manera:

“A.1 Propuestas con valores totales inferiores al ochenta y cinco por ciento (85%) de la media geométrica (G), tendrá (sic) cero puntos.

“A.2 Propuestas con valores totales que estén (sic) comprendidos entre el ochenta y cinco por ciento (85%) y el noventa y cinco por ciento (95%) de la media geométrica (G), tendrá (sic) entre cero (0) puntos y cincuenta (50) puntos, utilizando una relación lineal.

“A.3 Propuestas con valores totales que estén (sic) comprendidos entre el noventa y cinco por ciento (95%) y cien por ciento (100%) de la media geométrica (G), tendrá (sic) cincuenta (50) puntos.

“A.4 Propuestas con valores totales que estén (sic) comprendidos entre el cien por ciento (100%) y el ciento quince por ciento (sic) (115%) de la media geométrica (G), tendrá (sic) entre cincuenta (50) puntos y cero (0) puntos, utilizando una relación lineal.

“A.5 Propuestas con valores totales que sean superiores al ciento quince por ciento (115%) de la media geométrica (G), tendrá (sic) cero (0) puntos” (fls. 143 a 144, c. 2 pruebas).

Así las cosas, al considerarse que la propuesta presentada por el actor era una oferta válida, se debe evaluar totalmente este aspecto, porque ello incide directamente en la determinación de la media geométrica. Con fundamento en los parámetros antes señalados, se tiene que la evaluación económica quedaría así:

PROPONENTE	PLAZO	VALOR DE LA PROPUESTA			
	MESES ¹⁴	PROPUESTA	CORREGIDO ¹⁶	% MEDI	PUNTAJE (MAX.)

¹⁴ Datos tomados de la evaluación final realizada por el IDU (fl. 351, c. 2 pruebas).

		15		A GEO M.	50)
U. T C Y G COIN LTDA.	3	\$ 658.709.506, 00	\$ 655.373.375,00	93,07	40,39
INGENIERÍA DE VÍAS LTDA.	3	\$ 693.197.375, 00	\$ 693.197.375,00	98,45	50
CONSORCIO BRONCO INGENIERÍA	3	\$ 699.625.097, 60	\$ 699.257.802,10	99,31	50
CONSORCIO A Y B	3	\$ 654.499.950, 00	\$ 654.499.950,00	92,95	39,77
U. T F. M.	3	\$ 641.124.600, 00	Rechazada		
U. T. A. P	3	\$ 666.621.410, 00	Rechazada		
CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA	3	\$ 676.379.600, 00	\$ 676.379.600,00 17	96,06	50
CONSORCIO CALÓN	3	\$ 648.989.368, 00	\$ 648.742.500,00	92,13	35,69
U. T CHÁVEZ PULIDO	3	\$ 692.510.390, 00	\$ 692.510.390,00	98,35	50
CONSORCIO JES	3	\$ 709.671.424, 00	\$ 712.001.536,00	101,1 2	46,25
CONSORCIO V. G	3	\$ 604.996.203, 00	Rechazada		
JOSÉ GUILLERMO GALÁN GÓMEZ	3	\$ 666.994.260, 00	\$ 666.894.280,00	94,71	48,58
CONSORCIO ÁLVARO ARIAS Y OTROS	3	\$ 773.203.334, 00	\$ 773.203.334,00	109,8 1	17,28
Media geométrica			\$		

¹⁶ Ídem

¹⁵ Ibídem

¹⁷ Como la propuesta del actor fue rechazada por el IDU, la oferta económica no fue corregida, por lo cual se tomó el valor total de la propuesta económica para la determinación de la media geométrica.

Sumado el puntaje del valor de las propuestas con los otros ítems, la evaluación final queda así:

PROPONENTE	PRECIO	EXPERIENCIA ESPECIFICA EN CONSTRUCCIÓN N ¹⁸		EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES ¹⁹	PUNTAJE TÉCNICO ²⁰	TOTAL
	PUNTAJE (MAX. 50)	% PRESUPUESTO OFICIAL	PUNTAJE (MAX: 30)	PUNTAJE (MAX: 20)		PUNTAJE (MAX: 100)
U. T C Y G COIN LTDA.	40,39	> 100	30,00	0,00	30,00	70,39
INGENIERÍA DE VÍAS LTDA.	50	> 100	30,00	20,00	50,00	100,00
CONSORCIO BRONCO INGENIERÍA	50	> 100	30,00	20,00	50,00	100,00
CONSORCIO A Y B	39,77	> 100	30,00	20,00	50,00	89,77
U. T F. M.		> 100	30,00	8,00	38,00	RECHAZADO
U. T. A. P		> 100	30,00	20,00	50,00	RECHAZADO
CARLOS MARIO HINCAPIÉ MOLINA	50	> 100	30,00	20,00	50,00	100,00
CONSORCIO CALÓN	35,69	> 100	30,00	20,00	50,00	85,69
U. T CHÁVEZ PULIDO	50	> 100	30,00	20,00	50,00	100,00
CONSORCIO JES	46,25	> 101	30,00	20,00	50,00	96,25
CONSORCIO V. G		> 102	30,00	20,00	50,00	RECHAZADO
JOSÉ GUILLERMO GALÁN GÓMEZ	48,58	> 103	30,00	20,00	50,00	98,58
CONSORCIO ÁLVARO ARIAS Y OTROS	17,28	> 104	30,00	0,00	30,00	47,28

¹⁸ Datos tomados de la evaluación final realizada por el IDU (fl. 351, c. 2 pruebas).

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ib.*

Lo anterior evidencia que cuatro de las propuestas obtuvieron el máximo puntaje, entre ellas la del demandante; así las cosas, se debe recurrir a la regla del pliego de condiciones que resuelve la situación en caso de empate:

“4.9. DE CUANDO SE PRESENTAN EMPATES

“Para el caso de empate entre varias propuestas, se preferirá al proponente que tenga la mayor calificación en el factor EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE; si subsiste el empate se preferirá al proponente que tenga el precio mas (sic) cercano al 95% de la media geométrica” (fl. 61, c. 2 pruebas).

En ese orden de ideas, se observa que, si se recurre al puntaje obtenido en el factor experiencia específica del proponente, persiste el empate entre los cuatro oferentes, así que se debe acudir al siguiente criterio de desempate, esto es, la propuesta económica que más se acerque al 95% de la media geométrica, siendo ella la oferta de Carlos Mario Hincapié Molina pues su propuesta obtuvo el 96,06%, frente al 98,35%; 98.45% y el 99,31% que obtuvieron los demás proponentes también calificados con 100 puntos. Así las cosas, el orden de elegibilidad es como sigue:

- 1.- Carlos Mario Hincapié Molina.
- 2.- Unión Temporal Chávez Pulido.
- 3.- Ingeniería de Vías Ltda.
- 4.- Consorcio Bronco Ingeniería.

En este orden de ideas, al actor se le ha debido adjudicar el contrato, dado que su propuesta resultaba ser la mejor para la entidad; por lo tanto, se debería indemnizar el lucro cesante, consistente en la utilidad esperada, con su correspondiente actualización; sin embargo, la Sala se tropieza con que existe una falencia probatoria, pues no se allegó en forma completa la propuesta económica presentada por el demandante, ya que tan solo se aportó el anexo 2 (fls. 163 a 165, c. 2 pruebas) referente a “Cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta” donde se evidencia el monto correspondiente al AIU, pero no se discrimina la parte que de ese valor corresponde a la utilidad, por lo que se condenará en abstracto.

Para la liquidación, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros.

I.- El incidente debe ser promovido dentro de la oportunidad dispuesta por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

II.- La indemnización corresponderá al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir Carlos Mario Hincapié Molina con la ejecución del contrato. El monto de la utilidad que se reconozca no podrá exceder, en ningún caso, lo que haya establecido en la oferta presentada dentro de la licitación pública IDU-LP-DTC-024-12999, ni incluir suma alguna por concepto de administración ni de imprevistos.

III.- El valor de la utilidad que esperaba recibir Carlos Mario Hincapié Molina, con la ejecución del contrato, se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha en que, hipotéticamente, terminaría el plazo contractual y que el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena.

IV.- Sobre la suma histórica sin actualizar se liquidará un interés técnico legal del seis por ciento (6%) anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C.

4.- No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

Modifícase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 28 de mayo de 2003.

1.- Declárase la nulidad de la resolución 591 del 21 de mayo de 1999, proferida por el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, mediante la cual se adjudicó la licitación pública

IDU-LP-DTC-024-1999.

2.- Condénase en abstracto, al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, a pagar, por concepto de lucro cesante, a Carlos Mario Hincapié Molina, el valor señalado como utilidad en la propuesta presentada por éste, para la licitación pública IDU-LP-DTC-024-1999. El interesado deberá promover el respectivo incidente ante el Tribunal de primera instancia, dentro de la oportunidad temporal prevista por el artículo 172 del C.C.A. Para establecer la cuantía de la condena se observarán estrictamente las reglas fijadas en la parte motiva de esta sentencia.

3.- CONFÍRMASE en lo demás la sentencia apelada, del 28 de mayo de 2003.

4.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA LUCÍA URIBE LÓPEZ

Conjuez

MUÑOZ

MARTÍN BERMÚDEZ

Conjuez

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA