

## **CONTRATO ESTATAL – Licitación pública – Finalidad**

Debe tenerse en cuenta que la licitación pública constituye un procedimiento administrativo especial, cuya finalidad no es otra que la formación de la voluntad de la administración, que culmina con la decisión de adjudicación de un contrato estatal a través de la expedición del respectivo acto administrativo. Procedimiento reglado que se halla regulado por la Ley 80 de 1993, en cuanto establece los requisitos mínimos que se deben observar en su tramitación y cuyo artículo 29 dispuso el deber de las entidades de efectuar una selección objetiva, definiéndola como aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, debiéndose entender por ofrecimiento favorable, según la norma, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad.

## **CONTRATO ESTATAL– Procedimiento**

Debe tenerse en cuenta que la licitación pública constituye un procedimiento administrativo especial, cuya finalidad no es otra que la formación de la voluntad de la administración, que culmina con la decisión de adjudicación de un contrato estatal a través de la expedición del respectivo acto administrativo. Procedimiento reglado que se halla regulado por la Ley 80 de 1993, en cuanto establece los requisitos mínimos que se deben observar en su tramitación y cuyo artículo 29 dispuso el deber de las entidades de efectuar una selección objetiva, definiéndola como aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, debiéndose entender por ofrecimiento favorable, según la norma, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad.

## **CONTRATO ESTATAL– Calificación**

Es decir que, el ofrecimiento más favorable, es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta, sin que la favorabilidad de la oferta pueda estar constituida por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y sin que el más bajo precio o el plazo ofrecido pueda ser el único factor de selección, puesto que además, el plazo ofrecido que sea menor al previsto en los pliegos de condiciones, no será objeto de evaluación.

## **CONTRATO ESTATAL– Evaluación**

Dentro de esta actuación administrativa de la licitación pública, una etapa importante es precisamente la de la evaluación y calificación de las propuestas, una vez se produce el cierre de la licitación, la cual se lleva a cabo por un comité evaluador designado por el representante legal de la entidad, tarea que implica efectuar, en primer término, la verificación del cumplimiento de todos los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos en el pliego de condiciones para participar en el procedimiento y a continuación, proceder a la calificación de cada una de las propuestas, mediante la asignación de los puntajes que correspondan, utilizando los respectivos métodos de ponderación a los diferentes factores de calificación, todo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo pliego.

A partir de esta evaluación, se elabora el informe por el comité evaluador, que contendrá el puntaje parcial otorgado en los distintos factores de calificación y de la sumatoria de éste, el puntaje total obtenido por cada uno de los oferentes, surgiendo así un primer orden de elegibilidad.

## **CONTRATO ESTATAL– Selección**

Sin embargo, ésta sólo es una etapa más del procedimiento de selección, puesto que con posterioridad es necesario poner a disposición de todos los oferentes dicho informe de evaluación, con la finalidad de que lo conozcan y puedan solicitar las aclaraciones y presentar las observaciones que consideren pertinentes, con miras a que se corrijan los errores que en la calificación de los distintos aspectos se hubieran podido presentar, en relación con sus propias ofertas y con las de los demás.

Como resultado de ese trámite, la administración puede proceder a revisar nuevamente las calificaciones otorgadas a las propuestas y a corregir aquellas que presenten errores, luego de lo cual se producirá el informe definitivo de evaluación, que será el tenido en cuenta para la etapa de la adjudicación.

### **CONTRATO ESTATAL – Informe de Evaluación – Naturaleza**

En todo caso, la Sala recuerda que, ni el informe preliminar ni el informe definitivo de evaluación, corresponden a decisiones de la administración ni radican derechos en cabeza de los proponentes. No son actos administrativos y constituyen apenas meros actos de trámite, de los que no se derivan situaciones particulares jurídicamente protegidas, que resulten inmodificables.

La jurisprudencia en pasadas ocasiones: La naturaleza jurídica del informe de evaluación de las propuestas

El art. 24 de la ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de transparencia de la contratación estatal, señala en el numeral 2º que en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

### **CONTRATO ESTATAL– Licitación pública – Informe – Elaboración**

El informe de evaluación de las propuestas, que generalmente elabora un comité asesor que previamente designa el representante legal de la entidad y que se advierte en los pliegos de condiciones, debe contener la comparación objetiva de las ofertas, con sujeción exclusivamente a los criterios de selección establecidos en los pliegos de condiciones. Se trata de una actuación reglada en la cual las recomendaciones de ese comité deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación o del concurso. Por consiguiente, el informe de evaluación de las ofertas debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de transparencia y de publicidad de la actividad precontractual. Así lo establece el ord. 7º del art. 24 de la ley 80 de 1993: «Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia»

No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal [art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993]

### **LICITACION PUBLICA – Informe – Corrección – Adjudicación**

Es cierto, que la ley no establece la oportunidad para corregir los informes de evaluación y tampoco señala que, corregidos éstos, deban ponerse nuevamente a consideración de los oferentes. Sin embargo, es claro que esta etapa de publicidad y contradicción del estudio y comparación de las ofertas debe agotarse antes de la adjudicación o, por lo menos, ser concomitante con ella, como posteriormente fue reglamentado.

Como consecuencia de lo anterior, el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que éste puede apartarse del mismo.

Por consiguiente, no cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa. Es, un acto de trámite -preparatorio - no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

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

**Radicación número: 41001-23-31-000-1996-08937-01(22783)**

**Actor: MARÍA GILMA GÓMEZ SÁNCHEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA**

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

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila –sala de descongestión para fallos-, el 9 de noviembre de 2001, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El 18 de julio de 1996, el municipio de Neiva adjudicó un contrato de obra pública a la sociedad R y M Construcciones Ltda., mediante acto administrativo demandado en el presente proceso, cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada por la demandante.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se demanda**

1. El 18 de octubre de 1996, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora María Gilma Gómez Sánchez, presentó demanda en contra del municipio de Neiva, cuyas pretensiones fueron (f. 2 a 26, c. 1):

**1º.** Que se declare nula la Resolución Nro. 287 del día 18 de julio de 1996 'Por medio de la cual se adjudicó la licitación pública Nro. LP-002-96 cuyo objeto era la construcción de la línea de conducción del nuevo acueducto entre los desarenadores en el guayaba y la planta de tratamiento en el recreo y entre esta y el tanque de almacenamiento en las Palmas.

**2º.** Que como consecuencia de la anterior declaración, se restablezca el derecho del demandante por haber presentado la propuesta más favorable, condenando al **MUNICIPIO DE NEIVA** a indemnizar los perjuicios (daño emergente-lucro cesante) ocasionados de acuerdo con la manera como se determinan en el capítulo de estimación razonada de la cuantía y que ascienden aproximadamente a la suma de ciento setenta millones de pesos, sumas que deberán ser debidamente actualizadas a la fecha de pago, reconociendo a la demandante, intereses moratorios comerciales desde la fecha de adjudicación del contrato.

**3º.** Se establezca la responsabilidad conexas a que hubiere lugar para el señor Alcalde Municipal (E) y la misma comisión evaluadora, en los términos que establece nuestro Código Contencioso Administrativo.

2. La demandante expuso como fundamento de sus pretensiones, que el municipio de Neiva abrió la licitación pública n.º LP-002-96 cuyo objeto fue la construcción de la línea de conducción del nuevo acueducto entre los desarenadores en El Guayabo y la planta de tratamiento en El Recreo y entre esta y el tanque de almacenamiento en Las Palmas (sic) , procedimiento en el cual la actora, junto con otros 11 proponentes, presentó oferta, respecto de la cual aduce que fue mal calificada en el factor de equipos, lo que impidió que obtuviera el puntaje al que tenía derecho y en consecuencia, la adjudicación de la licitación.

2.1. Explicó que el comité evaluador procedió a calificar todas las ofertas válidas según los factores y puntajes incluidos en el pliego: precio (40 puntos), capacidad financiera (15 puntos), organización y ejecución de los trabajos (10 puntos), experiencia (15 puntos), cumplimiento (5 puntos) y equipo (15 puntos), para un total de 100 puntos, evaluación en la cual la demandante obtuvo en el factor de equipos 14.5 puntos, para un puntaje total de 89.68, que fue el más alto y por lo tanto le daba derecho a la adjudicación.

2.2. En forma irregular, con posterioridad a la evaluación y calificación y cuando ya había pasado la etapa de publicación del respectivo informe para formular observaciones al mismo, "(...) se profiere por parte de la comisión evaluadora el día 10 de julio de 1996 (dado a conocer el día 18 de julio del mismo año un mal denominado '**informe final**' (...))", en el que se consignó que la demandante ofreció un compresor como propio sin acreditar su propiedad en la forma dispuesta

por el pliego de condiciones y el adendo, pues sólo aportó una orden de pedido, es decir que según el pliego no cumple con el equipo mínimo y por lo tanto este ítem *“no se puntúa”*. En consecuencia, la proponente pasó de tener un puntaje total de 89.68 a un puntaje de 75.43, quedando en segundo lugar, después de la firma R y M Construcciones Ltda., que sacó 80.75 puntos y resultó favorecida con la adjudicación.

2.3. La demandante adujo que con la anterior conducta se modificaron en forma arbitraria y unilateral las condiciones preestablecidas en el proceso de selección, pues si la administración tenía alguna objeción sobre la orden de pedido del equipo, debió plantearla en el estudio jurídico de las propuestas y no minutos antes de proferir la resolución de adjudicación, como sucedió, con desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa de la actora. Si la administración hubiera pedido oportunamente las explicaciones sobre la orden de pedido, *“(...) ésta se hubiera podido allegar perfectamente toda vez que para el día 5 de julio de 1996 mi mandante tenía en su poder la respectiva factura de compraventa, la cual (...) no se allegó con la propuesta en virtud a que el equipo no se encontraba en stock dentro del almacén (...) y adicionalmente por cuanto la orden de pedido fue aceptada por la entidad sin reparo alguno (...)”*.

2.4. Afirmó así mismo, que el proponente favorecido, en su oferta anunció como propio un equipo que no lo era y a pesar de ello, no le restaron puntaje en este ítem, cuando han debido rechazar su oferta por presentar información y documentación inexacta. Además no cumplió con el requisito según el cual en caso de equipos alquilados, el propietario debía acreditar su disponibilidad y el tiempo de la misma, características del equipo y el compromiso de ubicarlo en la zona de las obras. Sin embargo, no aportó el documento original del leasing y en la copia aportada no figura la firma del representante legal del mismo en la supuesta cesión de ese contrato.

2.5. Si a la oferta del proponente R y M Construcciones Ltda., le hubieran restado el puntaje en el factor de equipos, la ganadora hubiera sido la demandante pues habrían quedado con 68.25 y 75.43, respectivamente. La actuación de la administración, demuestra a juicio de la demandante, una desviación de poder, pues la propuesta de la demandante *“(...) era la más favorable para la administración, pero circunstancias posteriores y desligadas del buen servicio público y del carácter de objetividad y transparencia que ordena la normación*

*jurídica, permitieron o conllevaron a la adjudicación de la licitación a un proponente que en términos de ley y del mismo pliego no era el llamado para ello”.*

## **II- Actuación procesal**

3. La entidad pública demandada **contestó la demanda**<sup>1</sup>, aceptó algunos hechos como ciertos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que carecían de sustento jurídico y no correspondía su causa a la realidad de los hechos.

3.1. Sostuvo que la evaluación preliminar que se hace de las ofertas no es definitiva, pues luego viene la etapa de publicidad en la que se reciben las observaciones de los oferentes y posterior a la misma, pueden surgir correcciones de errores de calificación en los que se hubiere incurrido. Así, al percatarse de que la demandante no tenía el equipo requerido a pesar de la calificación que se le había dado, estaba la entidad en el deber de enmendar ese vicio, luego de lo cual se adjudicó la licitación en audiencia pública (f. 243, c. 1).

3.2. Agregó que no era posible admitir la factura de una compraventa de maquinaria que se produjo mucho después de la apertura de la licitación, pues la ley establece que las ofertas no pueden ser completadas, adicionadas, modificadas o mejoradas, como lo pretendía la demandante y que ella no acreditó en la forma dispuesta en el pliego de condiciones la propiedad de todos los equipos exigidos (registro de inscripción en la Cámara de Comercio, factura de compra o contrato de compraventa), siendo ésta la motivación que se dio al informe final de evaluación, con lo cual la administración obró conforme a derecho y en cumplimiento del pliego de condiciones respectivo para la selección de la oferta más favorable.

4. El 9 de noviembre de 2001, el Tribunal Administrativo del Huila, sala de descongestión para fallos, profirió **sentencia de primera instancia** en la cual negó las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que la entidad demandada obró legalmente al evaluar la oferta de la demandante y al calificar el factor de equipos descontándole el puntaje inicialmente otorgado, pues se probó

---

<sup>1</sup> El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al representante legal de la sociedad M y R Construcciones Ltda., quien guardó silencio (f. 238, c.1).

que la proponente no acreditó en debida forma la propiedad de uno de los equipos y ello conllevaba las consecuencias dispuestas en el pliego (f. 297 a 323, c. ppl).

5. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación**, en el que solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró sus argumentos de primera instancia, en el sentido de que su oferta fue objeto de evaluación en la que se le otorgó puntaje en el factor de equipos y no se hizo observación alguna respecto de la falta de alguna prueba de su propiedad, obteniendo el mayor puntaje en la licitación y que posteriormente, en forma extemporánea, minutos antes de la adjudicación, se profirió un mal llamado informe final, en el que se le resta el puntaje de equipo, por haber presentado una orden de pedido para acreditar la propiedad de un compresor, de donde se puede afirmar “(...) *la mala fe y la cercenación del derecho de defensa y del debido proceso*”, reiterando además, las críticas a la propuesta favorecida con la adjudicación, en los mismos términos de la demanda (f. 326 y 329, c. ppl).

## **CONSIDERACIONES**

### **I. La competencia**

6. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1996 para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 3 080 000 y en el presente caso, la parte actora estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de \$ 43 417 620, por concepto de lucro cesante.

### **II. Hechos probados**

7. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis<sup>2</sup>:

7.1. El municipio de Neiva expidió la resolución n.º 166 del 16 de abril de 1996, por medio de la cual ordenó la apertura de la licitación pública n.º LP-002-96 para la contratación de las obras civiles de construcción de la línea de conducción del nuevo acueducto entre los desarenadores en El Guayabo y la planta de tratamiento en El Recreo y entre ésta y el tanque de almacenamiento El Jardín, apertura que se produciría el día 2 de mayo de 1996 y el cierre el 17 de mayo del mismo año (f. 30, c. 1).

7.2. El pliego de condiciones que rigió la licitación pública n.º LP-002-96, estableció, entre otras cosas:

7.2.1. En su numeral 29.2 los factores de calificación de las ofertas, sobre una asignación de 100 puntos, así (f. 21, anexo):

<b>CONCEPTO</b>	<b>PUNTOS</b>
Precio	40
Capacidad financiera	15
Organización y ejecución de los trabajos	10
Experiencia	15
Cumplimiento	5
Equipo	15
TOTAL	100

7.2.2. En relación con el equipo, estableció en el numeral 29.8:

#### Equipo

*Para efectos de calificación se seleccionarán dentro de los equipos solicitados en la sección IV, numeral 3 de este Pliego de Condiciones los siguientes considerados como los representativos, a los cuales se les asignará un puntaje máximo de 15. Distribuido de la siguiente manera:*

<i>EQUIPO OFRECIDO</i>	<i>CANT</i>	<i>PUNTOS</i>	<i>PUNTAJE</i>
------------------------	-------------	---------------	----------------

---

<sup>2</sup> De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La entidad demandada remitió al tribunal *a-quo* copia de los documentos del contrato suscrito con la demandante, por lo cual serán tenidos en cuenta (c. 3).

C/U	TOTAL	MÁXIMO	
Bulldózer D6C o superior	1	3	3
Retroexcavadora con balde de una (1) yarda cúbica de capacidad o mayores	2	3	6
Compresor con martillo	2	1	2
Equipo soldadura	1	1	1
Vibrocompactador portátil	3	1	<u>3</u>
TOTAL			15

Los equipos acreditados como propios recibirán el 100% del puntaje, a los alquilados se les asignará el 50% del puntaje máximo. La propiedad deberá ser acreditada mediante facturas de compra o manifiesto de Aduana o tarjeta de propiedad o contrato de compraventa.

7.2.3. En la sección IV del pliego, condiciones especiales del contrato, el numeral 3 dispuso el "equipo mínimo requerido": 2 buldózer D6C o superior, 2 retroexcavadoras balde 1 yarda<sup>3</sup>, 3 volquetas de 4 m<sup>3</sup> o más, un campero o camioneta, 2 compresores con martillos, 1 vibrocompactador, 1 equipo de soldadura, 3 vibrocompactadores portátiles, 2 bombas de motor a gasolina, 2 mezcladoras de 1 saco, 1 equipo completo de topografía y 1 cargador retroexcavadora, estableciendo que "El proponente que no cumpla con el equipo mínimo será rechazado".

7.3. Durante el plazo de la licitación, varios proponentes pidieron aclaraciones de diversos puntos del pliego de condiciones, entre ellas, la firma Conalvías S.A., preguntó si "Para acreditar el equipo propio es suficiente con la inscripción en el registro único de la Cámara de Comercio". Se expidieron 3 adendos, mediante los cuales se aclararon algunos puntos del pliego y se amplió la fecha de cierre de la licitación hasta el 22 de mayo de 1996. En el adendo 001, en relación con el equipo ofrecido, se dispuso (f. 197, 212, c. 1):

EQUIPO OFRECIDO	CANTIDAD	PUNTOS	PUNTAJE MÁXIMO
Bulldózer D6C o superior	1	1	1
Retroexcavadora sobre orugas con balde de 1 yarda cúbica de capacidad			

<i>o mayores</i>	2	4	8
<i>Compresor con martillo</i>	2	1	2
<i>Equipo soldadura</i>	1	1	1
<i>Equipo de compactación</i>	3	1	3
<b>TOTAL</b>			<b>15</b>

*La propiedad deberá ser acreditada por el registro de inscripción en la Cámara de Comercio o en su defecto por facturas de compra o manifiesto de aduana o tarjeta de propiedad o contrato de compraventa.*

*Para el caso de equipos alquilados, la disponibilidad del mismo deberá ser acreditada por el propietario indicando por lo menos, el tiempo en que estará disponible, las características del equipo y el compromiso de ubicarlos en la zona de las obras en la eventualidad de que el arrendatario resulte favorecido en la adjudicación.*

*Los equipos acreditados como propios recibirán el 100% del puntaje, a los alquilados se les asignará el 50% del puntaje máximo.*

7.4. En la licitación pública presentaron oferta 12 proponentes: i) consorcio Rafael Morales-Equipo Universal y Cía. Ltda.; ii) R y M Construcciones & Cía. Ltda.; iii) consorcio Efraín Rodríguez-Jorge E. Duarte; iv) consorcio Carlos Emilio Ordóñez-Hernando Eslava Rubio; v) consorcio Incipal Ltda.-Hugo A. Delgado; vi) consorcio Mario Germán García-Agenor García; vii) consorcio Cimelec Ingenieros Ltda.-Alberto Gómez C.; viii) consorcio Chacón Antia; ix) Ingeniera María Gilma Gómez; x) J.G.C. & Cía. Ltda.; xi) consorcio Arbeláez Botero Cerón; xii) consorcio Construtec Ltda.-Alfonso Casas (acta de cierre de la citación y apertura de la urna triclave de la licitación, f. 36, c. 1).

7.5. La propuesta presentada por María Gilma Gómez Sánchez incluyó:

7.5.1. La relación y descripción del equipo ofrecido, así (f. 29 y 30, anexo):

Nº	CLASE DE EQUIPO	PROPIEDAD <sup>3</sup>	MARCA	MODELO	CAPACIDAD
1	Buldozer	A	Komatsu	D65E-6	155 Hp
1	Retroexcavadora	P	Caterpillar	E200B	1 Yda <sup>3</sup>
1	Compresor 2 mart.	P	Sullair	95	250 cpm
1	Compresor 2 mart.	P	Sullair	96	250 cpm
1	Equipo soldadura	P	Lincoln	Ranyer 8	25Amp-
					8000v/p
1	Vibrador portátil	P	Semko	95	

<sup>3</sup> A: Alquilado. P: Propio.

1	Vibrador portátil	P	Elliot	EY28	
1	Vibrador portátil	P	Elliot	EY28	
1	Apisonador canguro	P	Stow	9506799	
1	Volqueta	A	International	95	7.5 M <sup>3</sup>
1	Volqueta	A	International	95	7.5 M <sup>3</sup>
1	Volqueta	A	Chevrolet	83	6.0 M <sup>3</sup>
1	Camioneta	P	Luv 2300	89	
1	Vibrocompactador	A	Dinapac	CA15	
1	Motobomba	P	IHM	20M/19	3"X3"
1	Motobomba	P	IHM	20M/19	3"X3"
1	Motobomba	P	IHM	20M/19	3"X3"
1	Vibrador concreto	P		VG500	14'
1	Mezcladora	P	Apolo		1 saco
1	Mezcladora	P	Apolo		1 saco
1	Equipo topográfico	A			
1	Cargador Retroexc	A	Case	SK580	0.8m <sup>3</sup> x0.26M <sup>3</sup>

7.5.2. En relación con los compresores ofrecidos como propios, la proponente aportó para probar dicha propiedad:

7.5.2.1. Factura cambiaria de compraventa n.º 40858 del 15 de marzo de 1995, expedida por IMOCOM S.A., en la que consta la adquisición, entre otras cosas, de un (1) compresor portátil Sullair 250 DPQ (f. 34, anexo).

7.5.2.2. Orden de pedido n.º 10042 del 15 de abril de 1996 de IMOCOM S.A., en la que se describe, entre otras cosas, 1 compresor Sullair 250 DPQ (f. 36, anexo).

7.6. El 19 de junio de 1996, el comité evaluador designado por la entidad demandada para calificar las ofertas de la licitación pública LP-002-96, presentó *"informe preliminar de evaluación"*, en el cual consta que fue rechazada la oferta presentada por el consorcio Carlos Emilio Ordóñez-Hernando Eslava, por no cumplir los requisitos de clasificación exigidos en el pliego de condiciones y el adendo 1. Las demás ofertas se consideraron hábiles y fueron objeto de ponderación. En relación con el factor de equipos, se consignó que *"Conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones Sección IV, numeral 3 'Equipo mínimo requerido' se verificó la disponibilidad certificada de la totalidad del Equipo. Los proponentes que no cumplieron este requisito no fueron evaluados y se les asignó cero (0) puntos"*. En el cuadro de calificación, la proponente María Gilma Gómez aparece con un puntaje de 14.50 –sobre 15 posibles- en el factor de equipo ofrecido y el proponente R y M Construcciones Ltda., con 14.50<sup>4</sup>. En

<sup>4</sup> En el cuadro de la revisión jurídica, en el rubro de "relación de equipo ofrecido resumen propuesta" aparece que la demandante cumplió con el requisito y en el cuadro de *"evaluación preliminar de equipo ofrecido junio 19 de 1996"*, aparece que la actora ofreció: buldócer alquilado, puntaje 0.50; retroexcavadora propia,

consecuencia, la señora Gómez obtuvo una calificación total de 89.68 ocupando el primer lugar y la firma R y M un puntaje de 82.75, quedando de tercera (fr. 93 a 97, c. 1).

7.7. El 10 de julio de 1996, la alcaldía de Neiva expidió informe final de evaluación de la licitación pública LP-002-96, en el cual se dio respuesta a las observaciones efectuadas por distintos oferentes al informe de evaluación preliminar y se corrigieron errores que se presentaron en la misma. Se anota en este documento, que se presentó el informe preliminar de evaluación el 19 de junio de 1996 y que estuvo disponible para consulta de los oferentes del 20 al 27 de junio del mismo año, fecha en la cual se cerró el plazo para recibir observaciones. En el capítulo de “Equipo”, se consigna que “En el proceso de evaluación final, se efectuaron modificaciones a la calificación de los siguientes proponentes”, entre los cuales se hallan la demandante y el favorecido con la adjudicación, respecto de quienes se dijo (f. 40 a 50, c. 1):

**ING. MARÍA GILMA GÓMEZ S:** *En su relación de equipo ofrece un compresor marca SULLAIR como propio, pretendiendo acreditarlo con una orden de pedido, documento que no corresponde a ninguno de los exigidos en el Pliego de Condiciones y el Adendo, lo cual indica que no está acreditado, por lo que según lo establecido en el Pliego de Condiciones Sección IV, numeral 3 no cumple con el equipo mínimo solicitado y este ítem de equipo no se puntúa.*

(...)

**R y M CONSTRUCCIONES LTDA:** *En la relación de equipo la retroexcavadora Hitachi EX-200 ofrecida se puntúa como alquilada por cuanto está contratada por Leasing.*

*El cargador Jhon Deere 510 ofrecido también es contratado por Leasing, por tanto se puntúa como equipo alquilado. Su puntaje total definitivo en equipo es de 12.5.*

7.8. Finalmente, se expuso el puntaje definitivo que obtuvo cada proponente, así:

Ry M Construcciones Ltda.	80.75 puntos
Ingeniera María Gilma Gómez	75.43 puntos
Consorcio Cimelec Ing. Ltda.-Alberto Gómez	72.00 puntos
Consorcio Rafael Morales-Equipo Universal	71.00 puntos
Consorcio Chacón Antia	64.59 puntos

---

puntaje 8; compresor martillo, propio, puntaje 2; equipo soldadura, propio, puntaje 1; vibrocompactador portátil propio, puntaje 3, para un total de 14.50 puntos (f. 103 y 143, c. 1).

Consortio Construtec Ltda.-Alfonso Casas	57.75 puntos
Consortio Incipal Ltda-Hugo A. Delgado	54.75 puntos
Consortio Efraín Rodríguez-Jorge E. Duarte	53.51 puntos
Consortio Mario Germán García-Agenor García	52.50 puntos
J.G.C. & Cía. Ltda.	40.93 puntos
Consortio Arbeláez Botero Cerón	28.00 puntos

7.9. Mediante resolución n.º 287 del 18 de julio de 1996, el alcalde de Neiva adjudicó la licitación pública n.º LP-002-96 a la firma R y M Construcciones Ltda. (f. 221, c. 1).

7.10. La sociedad IMOCOM S.A., expidió factura cambiaria de compraventa el 5 de julio de 1996, por concepto de un compresor Sullair 250 DPQ, 2 martillos MRD-50 Sullair y 2 lubricadores de línea 15 PF de ½ pinta Sullair 251311 con acoples – elementos que corresponden a los incluidos en la orden de pedido n.º 10042 del 15 de abril de 1996, presentada con la oferta-. (f. 29, c. 1).

### **III. El problema jurídico**

8. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si, como lo sostuvo la demandante, la entidad no podía modificar el informe preliminar de evaluación y rebajarle el puntaje otorgado en el mismo a su propuesta y si al hacerlo incurrió en una irregularidad que vició la adjudicación de la licitación y como consecuencia de ello, si vulneró el derecho de la actora a resultar favorecida con la selección.

### **IV. Análisis de la Sala**

9. La presente controversia gira en torno de la legalidad del acto de adjudicación de una licitación, la cual es cuestionada por otro proponente que participó en dicho procedimiento de selección. En estos casos, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, para obtener la prosperidad de todas sus pretensiones, el demandante debe comprobar la ilegalidad del acto acusado y que su oferta, además de cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, era la más conveniente para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las propuestas: *“La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la*

*nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración”<sup>5</sup>.*

10. Es decir que en controversias como la presente, en las que se cuestiona la validez de las decisiones de adjudicación de los contratos estatales en los procedimientos de selección de contratistas, son dos los extremos que se deben establecer como requisito *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias: i) la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, y ii) que la oferta del demandante era la mejor y más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión.

11. En cuanto a lo primero, deberá probarse alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas por la ley –falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo, artículo 82 del C.C.A-. Y en cuanto a lo segundo, para que se pueda dar la comprobación exigida respecto de la oferta del demandante, deben obrar en el proceso el respectivo pliego de condiciones y todas las ofertas que fueron presentadas en el procedimiento de selección, para poder corroborar, mediante el análisis y comparación de las mismas, de frente a las disposiciones que rigieron el procedimiento de selección y los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las ofertas, que la presentada por el demandante cumplió todos los requisitos y fue la mejor, haciéndose acreedora a la adjudicación<sup>6</sup>.

12. El cuestionamiento de la adjudicación de la licitación pública n.º LP-002-96, que recayó en la firma R y M Construcciones Ltda., se centra en el hecho de que la demandante, señora María Gilma Gómez Sánchez, obtuvo en la evaluación preliminar de las propuestas el puntaje más alto y posteriormente éste fue rebajado en forma inoportuna e ilegal, con lo cual se favoreció a la firma finalmente seleccionada.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>6</sup> Sin perjuicio de que tal hecho pueda ser acreditado por otros medios de prueba, como un dictamen pericial que así lo establezca. Sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 20629, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

13. En el plenario se acreditó que la propuesta presentada por la demandante obtuvo una calificación inicial de 89.68 puntos y que posteriormente, su puntaje definitivo fue de 75.43. No obstante, la Sala considera que tal modificación no fue ilegal, sino que obedeció al trámite normal del procedimiento de selección y a la realidad de lo acontecido con la oferta de la señora María Gilma Gómez Sánchez.

14. Debe tenerse en cuenta que la licitación pública constituye un procedimiento administrativo especial, cuya finalidad no es otra que la formación de la voluntad de la administración, que culmina con la decisión de adjudicación de un contrato estatal a través de la expedición del respectivo acto administrativo. Procedimiento reglado que se halla regulado por la Ley 80 de 1993, en cuanto establece los requisitos mínimos que se deben observar en su tramitación<sup>7</sup> y cuyo artículo 29<sup>8</sup> dispuso el deber de las entidades de efectuar una selección objetiva, definiéndola como aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, debiéndose entender por ofrecimiento favorable, según la norma, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad.

---

<sup>7</sup> El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, regula la estructura de los procedimientos de selección, cuya apertura deberá ordenarse mediante acto administrativo una vez cumplidos los requisitos previos relativos al análisis de oportunidad y conveniencia del contrato, adecuación a los planes de inversión y compras, la existencia de presupuesto, estudios, diseños, planos, etc. que se requieran y la elaboración del pliego de condiciones con los requisitos mínimos exigidos en el numeral 5° del artículo 24 de la misma ley. La norma dispone así mismo, lo relacionado con la publicación de los avisos previos a la apertura de la licitación, su contenido, el número de los mismos, los medios de publicación en que deben efectuarse y los plazos mínimos entre uno y otro; establece la celebración de una audiencia para precisar alcances del pliego de condiciones, la posibilidad de expedir adendas para introducir modificaciones al pliego de condiciones, la posibilidad de prorrogar el plazo de la licitación, el cual se ordena informar en el pliego y que se autoriza prorrogar, cuando sea conveniente y a solicitud de los proponentes; se indica que en los pliegos deben informarse los plazos de las distintas etapas del procedimiento: para la evaluación de las ofertas, para ponerlas en conocimiento de los proponentes y que éstos puedan solicitar las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables, el plazo para adjudicar el contrato y el término para su suscripción, que podrán ser prorrogados; la posibilidad de declarar desierta la licitación; la regulación de la audiencia pública de adjudicación contemplada en el artículo 273 de la Constitución Política; se dispone así mismo que *“Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes”*, pero que *“en ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, modificar o mejorar sus propuestas”*; y, finalmente, la norma dispone el deber de efectuar la adjudicación mediante acto administrativo debidamente motivado.

<sup>8</sup> Modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

15. Es decir que, el ofrecimiento más favorable, “(...) es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta”<sup>9</sup>, sin que la favorabilidad de la oferta pueda estar constituida por factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones o solo en alguno de ellos, y sin que el más bajo precio o el plazo ofrecido pueda ser el único factor de selección, puesto que además, el plazo ofrecido que sea menor al previsto en los pliegos de condiciones, no será objeto de evaluación.

16. Dentro de esta actuación administrativa de la licitación pública, una etapa importante es precisamente la de la evaluación y calificación de las propuestas, una vez se produce el cierre de la licitación, la cual se lleva a cabo por un comité evaluador designado por el representante legal de la entidad, tarea que implica efectuar, en primer término, la verificación del cumplimiento de todos los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos en el pliego de condiciones para participar en el procedimiento y a continuación, proceder a la calificación de cada una de las propuestas, mediante la asignación de los puntajes que correspondan, utilizando los respectivos métodos de ponderación a los diferentes factores de calificación, todo de acuerdo con lo dispuesto en el mismo pliego.

17. A partir de esta evaluación, se elabora el informe por el comité evaluador, que contendrá el puntaje parcial otorgado en los distintos factores de calificación y de la sumatoria de éste, el puntaje total obtenido por cada uno de los oferentes, surgiendo así un primer orden de elegibilidad.

18. Sin embargo, ésta sólo es una etapa más del procedimiento de selección, puesto que con posterioridad es necesario poner a disposición de todos los oferentes dicho informe de evaluación, con la finalidad de que lo conozcan y puedan solicitar las aclaraciones y presentar las observaciones que consideren pertinentes, con miras a que se corrijan los errores que en la calificación de los distintos aspectos se hubieran podido presentar, en relación con sus propias ofertas y con las de los demás.

19. Como resultado de ese trámite, la administración puede proceder a revisar nuevamente las calificaciones otorgadas a las propuestas y a corregir aquellas

---

<sup>9</sup> Sentencia del 8 de febrero de 2012 ya citada.

que presenten errores, luego de lo cual se producirá el informe definitivo de evaluación, que será el tenido en cuenta para la etapa de la adjudicación.

20. En todo caso, la Sala recuerda que, ni el informe preliminar ni el informe definitivo de evaluación, corresponden a decisiones de la administración ni radican derechos en cabeza de los proponentes. No son actos administrativos y constituyen apenas meros actos de trámite, de los que no se derivan situaciones particulares jurídicamente protegidas, que resulten inmodificables.

21. Sostener lo contrario, equivaldría a admitir que es el comité evaluador de las entidades estatales quien ostenta la competencia para adjudicar los contratos, lo cual obviamente no es así, puesto que ellos se limitan a formular una recomendación con fundamento en la calificación de las propuestas que les es encomendada y por atribución legal –artículo 11, Ley 80 de 1993-, es el jefe o representante de la entidad y ordenador del gasto quien decide a quién le adjudica el contrato, acogiendo o no dicha recomendación, puesto que se puede separar de la misma en virtud de la existencia de una justificación seria para ello. Así lo ha dicho la jurisprudencia en pasadas ocasiones:

***“1. La naturaleza jurídica del informe de evaluación de las propuestas***

*El art. 24 de la ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de transparencia de la contratación estatal, señala en el numeral 2º que “[e]n los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”.*

*Así, el procedimiento de selección que la ley estructuró en el art. 30, establece el deber de señalar en el pliego de condiciones o términos de referencia, el plazo dentro del cual la entidad elaborará “los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” (num.7) y el deber de poner ese informe a disposición de los oferentes, por un término de cinco (5) días hábiles, para que éstos lo conozcan y presenten las observaciones que estimen pertinentes (num. 8).*

*La anterior fue una innovación que introdujo la ley 80 de 1993, en cuanto busca, con la colaboración y participación de los proponentes, acertar objetivamente en el estudio de sus ofrecimientos y garantizar que el proceso de selección y particularmente el de evaluación, se lleve a cabo libre de interpretaciones o apreciaciones erróneas.*

(...)

*El informe de evaluación de las propuestas, que generalmente elabora un comité asesor que previamente designa el representante legal de la entidad y que se advierte en los pliegos de condiciones, debe contener la comparación objetiva de las ofertas, con sujeción exclusivamente a los criterios de selección establecidos en los pliegos de condiciones. Se trata de una actuación reglada en la cual las recomendaciones de ese comité deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación o del concurso. Por consiguiente, el informe de evaluación de las ofertas debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de transparencia y de publicidad de la actividad precontractual. Así lo establece el ord. 7º del art. 24 de la ley 80 de 1993: “Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia” (se destaca).*

*No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, ya que ésta sólo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (art. 26 ord. 5º ley 80 de 1993)<sup>10</sup>. Además, esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes.*

*Es cierto, que la ley no establece la oportunidad para corregir los informes de evaluación y tampoco señala que, corregidos éstos, deban ponerse nuevamente a consideración de los oferentes. Sin embargo, es claro que esta etapa de publicidad y contradicción del estudio y comparación de las ofertas debe agotarse antes de la adjudicación o, por lo menos, ser concomitante con ella, como posteriormente fue reglamentado.<sup>11</sup>*

*Como consecuencia de lo anterior, el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que éste puede apartarse del mismo.<sup>12</sup>*

---

<sup>10</sup> [2] “Esta disposición señala que “la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

<sup>11</sup> [3] “El decreto reglamentario 287 de 1996, señala: ‘Art. 2. Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.’”

<sup>12</sup>[4] “Desde antes de la ley 80 de 1993, la jurisprudencia de la sección ha dicho que el informe de los comités o cuerpos técnicos en quienes se encarga la evaluación de las propuestas para la adjudicación de la licitación pública, pese a ser “de una importancia excepcional... no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga” (sentencia del 20 de junio de 1983. Exp. 3355). En igual sentido se pronunció en la sentencia del 25 de marzo de 1993 (exp. 6740), en tanto allí sostuvo que “los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos”, ya que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente. También en la sentencia del 12 de agosto de 1993 (Exp.6867), destacó la importancia de los informes o conceptos para definir cual es la mejor propuesta, pero sin que ello signifique que son intocables, incuestionables e

*Por consiguiente, no cabe afirmar que el informe de evaluación de las propuestas sea un acto administrativo definitivo, en tanto no crea una situación jurídica particular ni pone fin a una actuación administrativa.<sup>13</sup> Es, un acto de trámite -preparatorio- no definitivo, habida cuenta que no contiene una decisión de fondo en tanto en la etapa de evaluación de las propuestas no se define la adjudicación, ya que, por el contrario, una vez elaborado el informe se continúa con el trámite licitatorio que termina con la adjudicación<sup>14</sup>.*

22. Y en virtud de tal naturaleza, el informe de evaluación es susceptible de modificación, para corregir la calificación inicialmente otorgada a las ofertas, pues como lo dijo la Sala en la referida providencia, *“No es válida, por tanto, la afirmación de la sociedad actora en el sentido de que los cuadros finales de evaluación de las propuestas crearon a su favor el derecho a ser adjudicatario, razón por la cual era aplicable el art. 73 del c.c.a, en cuanto debía pedirse el consentimiento del interesado para modificar los informes de evaluación de las propuestas, pues, como ya se dijo, la finalidad de las observaciones que pueden hacer los participantes en el proceso de selección del contratista es precisamente que dichos informes se corrijan o se modifiquen, si el estudio que realizó el comité asesor de la entidad licitante no está acorde con las condiciones establecidas en la ley y en los pliegos de condiciones y que es el acto de adjudicación, expedido por el jefe o representante legal de la entidad, el que pone fin al procedimiento de selección del contratista”*.

23. Ahora bien, en el plenario como ya se vio, se probó que la demandante, al momento de presentar la oferta en el proceso licitatorio en cuestión, no era propietaria de uno de los equipos que se exigían como mínimos en el pliego de condiciones y que serían objeto de calificación, el cual daba como alternativa que los mismos fueran alquilados, es decir que no necesariamente tenían que ser los proponentes dueños de los equipos requeridos, pero sí debían demostrar su disponibilidad inmediata, bien fuera acreditando su propiedad, o la existencia del contrato de arrendamiento respectivo.

---

*inapelables, ya que “sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia”.*

<sup>13</sup> [5] *Son actos definitivos, de conformidad con el inciso final del art. 50 del c.c.a., aquellos “que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790, C.P. Nora Cecilia Gómez Molina.

24. No obstante, la actora en la propuesta presentó como si fueran propios los dos compresores que se exigían como mínimo en el pliego de condiciones, cuando en realidad, uno de ellos no le pertenecía ni lo tenía disponible por haberlo alquilado, sino que apenas se disponía a adquirirlo, con lo cual incumplió el requisito de equipo mínimo, circunstancia que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 de la sección IV del pliego, debería conducir a su rechazo (ver párrafo 8.2.3.), pero que en este caso, se tradujo en una disminución del puntaje de la proponente, al excluir de su calificación el correspondiente al factor de equipos.

25. De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, *“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”*. Ellas deben cumplir con los requisitos en él exigidos, en el mismo momento de su presentación, sin que sea posible posteriormente arreglarlas, mejorarlas o completarlas. Esto significa que el proponente debe demostrar que cumplía todas las exigencias del pliego, en el mismo instante de la presentación de la oferta y resulta inadmisibles la acreditación del cumplimiento posterior de algún requisito.

26. Esta medida opera para todos los proponentes, en virtud del principio de igualdad en el procedimiento de selección de contratistas, de tal manera que ninguno de ellos puede recibir un tratamiento diferenciado o preferencial y todos están sometidos a los mismos requisitos, trámites y exigencias dispuestos en el pliego de condiciones, así como a las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

27. Por otra parte, no se puede perder de vista que al elaborar el pliego de condiciones, la entidad establece unos factores de calificación que le sirven de parámetro para la comparación objetiva de las ofertas, de tal manera que pueda establecer cuál de ellas resulta ser la más favorable. Se trata entonces, de elementos de juicio que revisten importancia desde el punto de vista del objeto del contrato que se pretende adjudicar -y por ende, de la finalidad del proceso de selección, que no es otra que la satisfacción de un interés público-, por cuanto resultan indicativos de la mayor o menor calidad de la oferta, globalmente considerada y de su aptitud para satisfacer de la mejor manera las necesidades de la administración.

28. De acuerdo con lo anterior, las exigencias relacionadas con dichos factores de calificación, deben ser cumplidas por todos los proponentes desde el mismo momento de la presentación de las ofertas, sin que sea procedente admitir el cumplimiento y acreditación posteriores de tales requisitos.

29. Al respecto, se observa que la Ley 1150 de 2007, al regular la selección objetiva del contratista<sup>15</sup>, estableció una serie de requisitos relacionados básicamente con las condiciones personales de los oferentes -la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes-, que dispuso como habilitantes, es decir, necesarios para participar en el procedimiento de selección, de tal manera que deben ser acreditados, pero que no son objeto de calificación mediante la asignación de puntaje, respecto de los cuales, además, el párrafo 1º del artículo 5 de la misma ley, estableció que *“la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*,<sup>16</sup> por consiguiente, *“se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.”*<sup>17</sup>.

30. La anterior distinción entre requisitos sujetos a puntaje y los que no lo son, obedece a la necesidad de centrar la labor de calificación de las ofertas en aquellos factores objetivos –económicos y técnicos- que marcan realmente una

---

<sup>15</sup> El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, preceptúa: *“De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de los previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación; 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos (...).”*

<sup>16</sup> Si bien la Ley 1150 es posterior a los hechos origen de la presente controversia, se observa que la Ley 80 de 1993, en el numeral 15 de su artículo 25, estableció que *“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”* y el numeral 7º del artículo 30 *ibídem*, autoriza a las entidades para, durante la etapa de evaluación de las ofertas, *“(...) solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”*.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054B, C.P. Enrique Gil Botero.

verdadera diferencia cualitativa entre una oferta y otra, dejando de lado circunstancias personales de los proponentes que nada le aportan en este sentido a lo ofrecido y que sí pueden conducir a la aplicación de criterios subjetivos y desviados en la etapa de la evaluación de las propuestas<sup>18</sup>. Es decir, que se les da prevalencia a los aspectos técnicos y económicos, como factores de calificación de las ofertas. Al respecto, la exposición de motivos de la referida ley, explica:

*Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa") y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos.*

*Esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta busca evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, dentro de la cual surge un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, cual es la reforma al Registro Único de Proponentes, de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrador del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente. De lograrse los cometidos de la reforma, las entidades públicas se verán por fin liberadas de tener que examinar el detalle de las interminables resmas de papel que acompañan hoy las ofertas, conteniendo las certificaciones de experiencia del proponente y de su equipo de trabajo, los estados financieros de los últimos años, toda clase de indicadores, etc. Sobra decir que esta sola medida reducirá considerablemente los precios finales de los bienes o servicios que se adquieran, en la medida en la cual el proponente no tendrá que cargar más con este costo asociado a la participación en cada proceso de selección, sino que deberá mantener actualizada la información pertinente en el respectivo registro (...).*

*(...) La redacción propuesta entrega a las Cámaras de Comercio la carga de la verificación de la información contenida en el registro, a efecto de que esta sea la fuente de las entidades para la verificación de la capacidad jurídica del proponente y de las condiciones referidas a su capacidad administrativa, operacional y financiera, con el objeto de que la valoración de las propuestas de las entidades se centre en los aspectos técnicos y económicos, que se refuerza con el contenido normativo propuesto para la selección objetiva (artículo 5º)<sup>19</sup>.*

---

<sup>18</sup> Dejando a salvo el caso de los procesos para la selección de consultores, en los cuales las condiciones personales de los proponentes sí revisten importancia y por lo tanto, de acuerdo con el mismo artículo 29 en su numeral 4º, en los mismos se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto y se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso n.º 458 del 1 de agosto de 2005, p. 10.

31. No obstante, aún en relación con esos requisitos habilitantes a los que se refiere la Ley 1150 de 2007, que no otorgan puntaje -y que no existían con esta connotación en la Ley 80 de 1993-, se ha entendido que lo permitido por la ley, en los términos expuestos, es la acreditación de los mismos aún después del cierre de la licitación y a solicitud de la entidad, más no su cumplimiento efectivo, el cual en todo caso, debió producirse o existir, en el momento mismo de la presentación de la oferta.<sup>20</sup> O dicho de otro modo, se permite acreditar, luego del cierre de la licitación, que un determinado requisito sí existía al momento de la presentación de la oferta, aunque con la misma no se hubiera presentado la respectiva prueba.

32. Si lo anterior resulta predicable de aquellos requisitos que hoy la ley contempla sólo como habilitantes, es decir que no otorgan puntaje, con mayor razón lo es respecto de aquellas exigencias que a la vez constituyen factores de calificación, como sucedió en el presente caso, en relación con los equipos mínimos exigidos en el pliego de condiciones, que debían cumplirse por los proponentes al momento de presentación de las ofertas y no luego del cierre de la licitación.

---

<sup>20</sup> Así lo entendió también la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto n.º 1992 del 10 de mayo de 2010, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, en el cual sostuvo que “(...) no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones. Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6º del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes.// Es conveniente agregar que quien se presenta al proceso de selección debe cumplir, en la fecha en que presenta su oferta, con las condiciones que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. A título ilustrativo, si se requiere una experiencia determinada, la misma se debe tener al presentar la propuesta y la administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, etc.); pero no puede extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llegare a cumplir después del cierre de la licitación.// **5.2. Lo que puede ser requerido es la prueba de las condiciones o elementos de la oferta.** // Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...).No existe el derecho a subsanar. Lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual. // Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas”.

33. En el *sub-lite*, se les exigió a los proponentes acreditar la disponibilidad de un equipo mínimo para dedicarlo a las obras objeto de la licitación, bien fuera propio o alquilado, estableciendo en el primer caso como documentos pertinentes para tal prueba, i) el registro de inscripción en la Cámara de Comercio, o en su defecto ii) por facturas de compra o iii) manifiesto de aduana o iv) tarjeta de propiedad o v) contrato de compraventa. Y la demandante, respecto de uno de los compresores exigidos, tan sólo acreditó su intención de adquirirlo, puesto que lo único que aportó como prueba de su tenencia fue una orden de pedido, es decir que, para el momento preciso de la presentación de la oferta, no tenía disposición del mismo. Y si bien obra una factura cambiaria de compraventa de tal equipo, la misma es posterior -5 de julio de 1996- a la fecha de cierre de la licitación, que se produjo el 22 de mayo de 1996 (ver párrafos 7.3 y 7.9). Es decir que desde el punto de vista de los equipos mínimos requeridos cuya disponibilidad debía acreditarse con la oferta, la proponente no cumplió con lo exigido en el pliego de condiciones.

34. El cumplimiento de este requisito, que además era factor de calificación, debió producirse en la fecha misma de presentación de la propuesta y no con posterioridad, como sucedió en el presente caso respecto de la oferta de la demandante. En consecuencia, resultó acertada la decisión de la administración de privar a la actora del puntaje correspondiente a este factor de calificación, lo que produjo la obvia disminución del puntaje total y por lo tanto, la modificación del lugar que ocupaba inicialmente en el orden de elegibilidad.

35. Además de lo anterior, que a juicio de la Sala resulta demostrativo de que la oferta de la demandante no era la mejor, se observa que la demandante no acreditó lo contrario, puesto que en el *sub-lite*, si bien fue aportada copia del respectivo pliego de condiciones, sólo obran las ofertas presentadas por la firma R y M Construcciones Ltda., -a quien se le adjudicó el contrato- y la señora María Gilma Gómez Sánchez (anexos), lo que impide verificar la calificación realizada por el municipio de Neiva respecto de todas las ofertas presentadas en la licitación y por este medio llegar a una conclusión diferente y coincidente con lo sostenido por la actora, en el sentido de que la suya fue la mejor de todas, porque aplicando los criterios del pliego obtenía el mayor puntaje y por lo tanto, debiendo haber ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad, debió así mismo resultar favorecida con la adjudicación, omisión probatoria que conduce al fracaso las pretensiones de la demanda.

(...) las descritas consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P.C., de acuerdo con el cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la **carga de la prueba** que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la **causa petendi** de la demanda o de la defensa, según el caso; y en cuanto a la noción de “carga” dentro de los procesos judiciales, ha dicho la doctrina<sup>21</sup>:

“La noción de la carga ha sido elaborada principalmente a base de su diferenciación del concepto de obligación; se ha observado acertadamente que mientras el incumplimiento de una obligación lleva consigo la aplicación de una sanción, el incumplimiento de una carga no origina nunca sanción alguna sino simplemente un perjuicio para la persona a quien la carga grava; así, la comparecencia en juicio del demandado no es, en el proceso civil moderno, una obligación sino una carga porque si no comparece no se le impone sanción alguna aunque quede sometido al perjuicio que supone la incontestación de la pretensión del actor (...).

(...) en todo derecho subjetivo se observa que el no ejercicio del poder que el ordenamiento jurídico confiere al titular lleva consigo o puede llevar una serie de perjuicios para el mismo en cuanto que queda sin proteger el interés para cuya tutela se concedió el poder (...). Esto quiere decir que la carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo, es el mismo derecho subjetivo sub specie de dicho resultado.

(...) en numerosas ocasiones interesa estudiar, con respecto a determinado problema, más que un derecho subjetivo determinado, las consecuencias que su no ejercicio lleva consigo para su titular; así, en la prueba interesa, más que el derecho de la parte a probar, la carga de esta prueba, es decir, las consecuencias que produce la falta de ejercicio de tal derecho (...).”.

En relación con las reglas que operan respecto de la carga de la prueba, la doctrina autorizada ha puntualizado<sup>22</sup>:

“Con esta expresión [se refiere a “la carga o peso de la prueba o sea el ‘onus probandi’] se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa (...). Es el onus probandi de la terminología forense, pero la actividad se extiende también a las negaciones que forman parte del diálogo procesal (...).

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

a) *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;

---

<sup>21</sup> [15] “GUASP, Jaime; *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid-España, 1997, pg. 38”.

<sup>22</sup> [16] “ROCHA ALVIRA, Antonio; *De la Prueba en el Derecho*. Clásicos Jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica Diké, 1990, pgs. 61 y 62”.

b) *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

c) *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda”.

(...)

Y en eventos como el que se analiza en el **sub-lite**, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y, por lo tanto, la sociedad actora debe soportar las consecuencias de que este extremo del debate probatorio haya quedado sin demostrar, pues éste es el efecto que se desprende del hecho de que no obre en el plenario el documento rector del proceso de selección, del cual se pregona la ilegalidad del acto administrativo con el que culminó<sup>23</sup>.

36. En el presente caso, no obran en el plenario las ofertas presentadas por todos los proponentes que participaron en la licitación, lo que en principio impide verificar la afirmación de la demandante en el sentido de que la suya fue la mejor, por encima de todas las demás, es decir que incumplió con la carga de la prueba que sobre ella recaía. Y como lo dijo recientemente la Sala, “Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos<sup>24</sup>”<sup>25</sup>.

## V. Conclusión

37. De acuerdo con lo expuesto, la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que se halla investida la resolución n.º 287 del 18 de julio de 1996, por medio de la cual el alcalde de Neiva adjudicó la licitación pública n.º LP-

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 15862, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>24</sup> [31] “Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 26 de abril de 2006, exp. 16.041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; septiembre 26 de 1996, exp. 9963, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 17 de marzo de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 30 de enero 30 de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández”.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

002-96 a la firma R y M Construcciones Ltda., razón por la cual resulta procedente la confirmación del fallo de primera instancia que denegó las pretensiones.

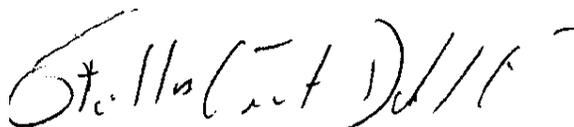
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

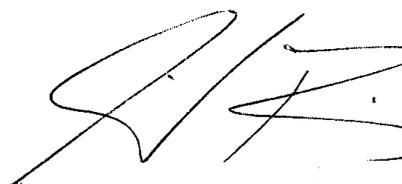
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Huila –sala de descongestión para fallos-, el 9 de noviembre de 2001.

SEGUNDO: Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**



**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Presidente de la Sala**