

SUBSANABILIDAD – Requisitos habilitantes – Factores de evaluación – Alcance

Los documentos susceptibles de subsanación realmente eran dos (2), de una parte, se trataba de la escritura pública (...) y, de otra, la certificación de autorización de distribución del software para el laboratorio de idiomas (...), pues, los demás puntos en controversia sobre los requisitos habilitantes se centraban en la falta de verificación al detalle de los documentos ya aportados con la oferta y que el municipio insistió en invalidarlos, esto es, las certificaciones de contratos ejecutados (experiencia general y específica) y certificaciones de experiencia del técnico eléctrico o electricista (equipo mínimo requerido). (...) Es claro entonces que la entidad contratante, al momento de adoptar la decisión de adjudicación del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, pasó por alto lo dispuesto expresamente en el segundo inciso del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues, si bien el legislador exige que “los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”, lo cierto es que en el presente asunto los documentos objeto de subsanación fueron emitidos antes del 2 de mayo de 2019, es decir, previamente al cierre del proceso que de acuerdo con el cronograma previsto en el pliego de condiciones definitivo el cierre y presentación de ofertas se llevó a cabo el 9 de mayo de 2019 (...). De esta manera, como los requisitos con los que la entidad demandada sustentó la decisión de inhabilitación de la oferta presentada por la unión temporal Codazzi 2019 eran susceptibles de subsanación, su oposición a la decisión de nulidad de la Resolución no. 410 de 11 de junio de 2019 no tiene vocación de prosperidad, por lo tanto, debe desestimarse.

UTILIDAD DEL CONTRATISTA – Inexistencia

Para la Sala es claro que en las precisas particularidades en las que culminó el proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, no es posible establecer con certeza que la unión temporal Codazzi Cesar 2019 hubiera sido el oferente que hiciera el lance con el menor valor de manera tal que resultara adjudicatario del contrato, pues, al expediente no se allegó la oferta económica presentada a la entidad ni se cuantificó la pérdida de oportunidad generada con ocasión de la decisión de adjudicación del proceso, razón por la cual no es posible acceder a las pretensiones indemnizatorias. (...) [E]n este preciso asunto, con los documentos que conforman el expediente no hay manera de saber, de modo cierto, inequívoco y necesario, que la unión temporal demandante con ocasión de la decisión de adjudicación del proceso de selección perdió la oportunidad de resultar habilitado y a cuanto ascendió tal perjuicio. En ese sentido, como no hay evidencia cierta del perjuicio que la unión temporal Codazzi Cesar afirma haber sufrido por el hecho de no resultar adjudicataria del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, la Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de perjuicios solicitados con la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Demandante: UNIÓN TEMPORAL CODAZZI 2019 (INTEGRADA POR LAS COMPAÑÍAS HARDWARE ASESORÍAS SOFTWARE LTDA Y SOLUCIONES ITPC SAS)
Demandado: MUNICIPIO DE AGUSTÍN CODAZZI (CESAR)
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA – NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN – REQUISITOS SUBSANABLES

Síntesis del caso: la parte actora pide que se declare la nulidad de la resolución mediante la cual se adjudicó el proceso de selección en la modalidad de subasta inversa, por cuanto la unión temporal demandante fue inhabilitada sin validarse la oportunidad de subsanación, y, en consecuencia, se restablezca el derecho con el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir; el tribunal de primera instancia declaró la nulidad de la resolución de adjudicación y denegó el reconocimiento de la utilidad esperada. Inconforme con la decisión, ambas partes se opusieron a la sentencia; la parte actora solicitó el reconocimiento del 5% del valor del contrato, en atención a las reglas de la experiencia y la sana crítica, y la entidad demandada insiste en que los requisitos advertidos en la evaluación preliminar de las ofertas no eran susceptibles de subsanación.

Temas: competencia del juez de segunda instancia - nulidad del acto de adjudicación – requisitos susceptibles de subsanación – oportunidad de subsanación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las ambas partes contra la sentencia de 25 de agosto de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que declaró la nulidad de la resolución mediante la cual se adjudicó el proceso de selección y denegó las demás pretensiones de la demanda (fls. 326 a 339 cdno. ppal.) en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución no. 410 del 11 de junio de 2019, proferida por el MUNICIPIO DE AGUSTÍN CODAZZI – CESAR, por medio de la cual se adjudicó la subasta inversa SIP- 003 del 2019 al oferente “Unión Temporal TICs Agustín Codazzi”, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condenas en costas en esta instancia.

Expediente no. 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Actor: Unión Temporal Codazzi Cesar 2019
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.”
(documento no. 4, índice no. 2 SAMAI – negrillas y mayúsculas fijas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 5 de noviembre de 2019 en la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Valledupar (Cesar), la unión temporal Codazzi Cesar 2019, integrada por las compañías Hardware Asesorías Software Ltda y Soluciones ITPC SAS, actuando por intermedio de apoderado judicial¹, interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (documento no. 10, índice no. 2 SAMAI) con las siguientes súplicas:

*“Primera: Que se **DECLARE la NULIDAD** de la Resolución no. 410 del 11 de junio de 2019, a través de la cual se adjudica el proceso de selección abreviada – subasta inversa no. SI-003-2019, publicada el 11 de julio de 2019, proferida por la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE AGUSTÍN CODAZZI CESAR.*

Segunda: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la Unión Temporal Codazzi Cesar 2019, tenía el derecho a participar y ser adjudicataria de la SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA NO. 003 DE 2019.

*Tercera: Que se condene a título de **RESTABLECIMIENTO DE DERECHO**, a la ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE AGUSTÍN CODAZZI CESAR, a indemnizar a la Unión Temporal Codazzi Cesar 2019, pagando la suma de **MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS COP (\$1.646.587.440)** correspondientes a la utilidad esperada del contrato de compraventa subyacente del proceso de SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA no. SI-003-2019 y del cual se le privó ilegalmente de ser adjudicatario.*

*Cuarta: Solicito actualice o indexe el valor de la utilidad esperada dejada de percibir desde el día en que se debió cumplir el CONTRATO DE COMPRAVENTA hasta la fecha en que se haga efectivo el pago” (fl. 15 y 16 *ibidem* – negrillas y mayúsculas del original).*

¹ La demanda fue presentada por el profesional de derecho designado por la señora Katherine Gómez Delgado en la condición de representante legal de la unión temporal Codazzi Cesar 2019, en ejercicio de las facultades a ella conferidas en el acta de constitución, visible en los folios 4 a 6 del documento no. 14, índice 2 SAMAI.

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 15 de abril de 2019, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) publicó en la plataforma electrónica Secop una convocatoria para adelantar un proceso de selección abreviada con el objeto de mejorar la calidad de formación mediante la dotación de espacios tecnológicos en las instituciones educativas del municipio, a través de la modalidad de subasta inversa.
- 2) Luego del cierre del proceso y resolver las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones, el 2 de mayo de 2019 el municipio convocante publicó el pliego definitivo.
- 3) El 7 de mayo de 2019, el municipio publicó la adenda no. 1 al pliego de condiciones, y determinó que los proponentes debían acreditar la experiencia relacionada con los bienes y servicios objeto del proceso con los contratos ejecutados, de manera tal que con la sumatoria de los contratos aportados se verificara la experiencia en el suministro de cada uno de los bienes y servicios requeridos; además, señaló que la información relativa a la experiencia se podía complementar con cualquier otro documento adicional, siempre y cuando fuera expedido por la entidad pública contratante.
- 4) El 27 de mayo de 2019, el municipio publicó el informe de evaluaciones y determinó que la unión temporal Codazzi Cesar 2019 no resultaba habilitada por falta de acreditación de requisitos exigidos en el pliego de condiciones, razón por la cual rechazó la propuesta.
- 5) Concretamente las causas del rechazo de la oferta se limitaron a señalar que *i)* la constitución de la unión temporal no se suscribió por quienes ostentaban la representación legal de la compañía Hardware Asesorías Software Ltda, integrante de la misma, *ii)* resultaban inválidas las certificaciones de experiencia aportadas al proceso por los integrantes de la unión temporal, *iii)* no se anexó la certificación del

fabricante o distribuidor autorizado del software de laboratorio de idiomas y, iv) las certificaciones aportadas para acreditar la experiencia específica del personal mínimo no eran válidas.

6) El 30 de mayo de 2019, la unión temporal Codazzi Cesar 2019 presentó observaciones al informe de evaluación, aclaró cada uno de los requisitos que fundamentaron el rechazo de la oferta y subsanó los defectos advertidos con la documentación adicional a la inicialmente aportada.

7) El municipio dio respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación, e insistió en mantener la inhabilitación respecto de lo que denominó la falta de capacidad jurídica de la unión temporal, la falta de certificación del fabricante o distribuidor autorizado del *software* del laboratorio de idiomas, falta de experiencia específica del técnico electricista como personal mínimo requerido y por falta de experiencia de la unión temporal, pues, en cada certificación de contrato ejecutado no se especificaron el suministro de la totalidad de los bienes y servicios requeridos.

8) El 11 de junio de 2019, mediante la Resolución no. 410 el municipio adjudicó el contrato al oferente unión temporal TICS Agustín Codazzi.

3. Fundamento de la demanda

En el texto de la demanda la actora presentó como fundamentos de derecho y concepto de violación normativa, en resumen, lo siguiente:

La Resolución no. 410 de 11 de junio de 2019, mediante la cual el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) adjudicó el proceso de selección abreviada en la modalidad de subasta inversa no. SI-003-2019, adolece de nulidad por el hecho de ser contraria a la normatividad en que debía fundarse, por razón de los cargos de nulidad que se resumen a continuación:

3.1 Violación de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, en especial del principio de selección objetiva

Con la expedición de la Resolución no. 410 de 11 de junio de 2019, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) desconoció los principios de economía, imparcialidad, responsabilidad, buena fe y transparencia dispuestos en los artículos 23, 24, 25 y 28 de la Ley 80 de 1993, y artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, ya que decidió adjudicar el proceso de selección sin otorgar la oportunidad de subsanación al oferente inhabilitado.

3.2 Los requisitos habilitantes pueden ser subsanados

La decisión de adjudicación emitida por el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) es contraria al parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto declaró inhabilitada a la unión temporal Codazzi Cesar 2019 por el hecho de considerar que los requisitos habilitantes son insubsanables.

4. Posición de la parte demandada

A través de escrito radicado el 19 de abril de 2021 contestó la demanda con oposición a las pretensiones, formuló una excepción y solicitó que fueran negadas las súplicas (documento no. 9, índice no. 2 SAMAI) con los siguientes argumentos:

- 1) Contrario a lo sostenido por la parte actora, la entidad durante toda la actuación precontractual cumplió a cabalidad con los principios que rigen la contratación estatal y garantizó la aplicación del pliego de condiciones.
- 2) El hecho de que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia no otorguen puntaje, salvo cuando se trata de selección de consultores, no implica que tales aspectos no sean objeto de comprobación y menos aún que no sean tenidos en cuenta para la selección de la oferta más favorable a los intereses de la administración pública.
- 3) Propuso como excepción la “*innominada*”, conforme a la cual el juez puede declarar las excepciones que de oficio encuentre probadas.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cesar, en providencia de 25 de agosto de 2022 (documento no. 21, índice no. 2 SAMAI) declaró la nulidad de la resolución de adjudicación del proceso de selección y denegó las demás súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) Para establecer si se subsanaron los defectos evidenciados por el municipio en la evaluación preliminar, se analizaron los documentos aportados con las observaciones al informe de evaluación en contraste con el pliego definitivo de condiciones, así:

a) El municipio erró en la decisión de no tener por subsanada la capacidad jurídica de la unión temporal Codazzi Cesar 2019, pues, esta aportó copia de la escritura pública en la que el representante legal del integrante de la unión expresamente le confirió poder a la señora Ingrid Milena Pita Lizarazo, quien efectivamente suscribió la constitución de la unión temporal.

b) Las certificaciones de los contratos identificados con los números SA-021-2104, 00404-2018 y 529-824 dieron cuenta del suministro de la totalidad de los items requeridos por el municipio, así como también fueron ejecutados dentro de los 8 años anteriores al cierre del proceso de selección.

c) En relación con la autorización del fabricante del *software* del laboratorio de idiomas, se evidenció que tal documento fue aportado con la subsanación, razón por la cual la unión temporal sí contaba con la autorización para ofrecer el servicio de laboratorio de idiomas.

d) En cuanto a la experiencia específica del técnico eléctrico o electricista, de acuerdo con la revisión de los documentos aportados con la propuesta, contrario a lo decidido por el municipio convocante es claro que el profesional contaba con la experiencia superior a los 3 años exigida en el pliego de condiciones.

2) De la revisión de los pliegos de condiciones, de la oferta presentada por la unión temporal Codazzi Cesar 2019 y la subsanación de la evaluación preliminar se tiene

que la experiencia general, específica y capacidad jurídica exigidas están debidamente acreditadas, tal como lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.2.4 del Decreto 1082 de 2016, lo cual impone declarar la nulidad del acto administrativo demandado; sin embargo, no procede el reconocimiento de la utilidad esperada.

3) Al respecto, no es posible en el caso concreto determinar el monto de la utilidad a que tenía derecho el proponente de haber sido escogido, pues, como se trata de un proceso de selección en la modalidad de subasta inversa, la oferta seleccionada resultaba ser la que, luego de los lances, ofreciera el precio más bajo.

4) La parte actora se limitó a señalar que la utilidad correspondía al 30% del valor del contrato suscrito en cumplimiento de la Resolución no. 410 de 2011 de adjudicación, sin acompañar prueba alguna que permitiera establecer la certeza de ese monto, más aún si se tiene en cuenta que no existe una cifra puntual señalada en la oferta presentada por la unión temporal Codazzi 2019.

6. El recurso de apelación

Las partes se opusieron a la sentencia de primera instancia a través de la formulación de los respectivos recursos de apelación (documentos números 23 y 24, índice no. 2 SAMAI) los cuales fueron concedidos por el *a quo* mediante auto de 6 de octubre de 2022 (documento no. 26 *ibidem*), impugnaciones que fueron sustentadas en los términos que se reseñan a continuación:

6.1 El municipio de Agustín Codazzi (Cesar)

El tribunal de primera instancia omitió tener en cuenta que la subsanación solo podía tener lugar sobre los documentos que desde antes de la presentación de las ofertas cumplían con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, que los aspectos que inhabilitaban al proponente, si bien no otorgaban puntaje, eran insubsanables, de ahí que no pudiera el oferente presentarlos como subsanación después de la fecha límite de presentación de las ofertas.

6.2 La unión temporal Codazzi Cesar 2019

1) La decisión adoptada por el tribunal de primera instancia, en cuanto tiene que ver con el reconocimiento de la utilidad esperada, desatendió la regla jurisprudencial que permite determinar la forma en la cual se establece o tasan los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad en materia de subasta inversa, pues, cuando a juicio del tribunal no se haya determinado el margen de utilidad, ante la actuación ilegal de la administración es deber del juez determinar el monto de los perjuicios ocasionados.

2) Solicitó conceder el restablecimiento del derecho por cuenta de la utilidad dejada de percibir en el 5% del valor de la utilidad de la oferta, en atención a lo dispuesto en la sentencia del 14 de febrero de 2019 del Consejo de Estado con ponencia de la doctora Marta Nubia Velásquez Rico en el expediente no. 58.894, en la que se determinó que, en los eventos en los cuales no se tenga certeza sobre el valor de la utilidad, en aplicación de las reglas de la experiencia y la sana crítica se puede considerar 5% del valor del contrato como porcentaje de la utilidad esperada.

7. Actuación surtida en segunda instancia

1) El 23 de enero de 2023 se admitió el recurso de apelación (índice no. 6 SAMAI).

2) Posteriormente, el 6 de marzo de 2023 se notificó al Ministerio Público del auto admisorio (índice no. 10 SAMAI) y, en los términos del numeral 5 del artículo 247 del CPACA se le informó que no había solicitud ni decreto de pruebas en segunda instancia y se le corrió traslado para emitir el respectivo concepto; sin embargo, transcurrido el término otorgado el Ministerio Público guardó silencio (índice no. 12 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de

la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones y, 4) condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirigió a obtener la nulidad de la resolución mediante la cual se adjudicó el proceso de selección en la modalidad de subasta inversa no. SIP-003-2019 convocada en su momento por el municipio de Agustín Codazzi (Cesar), por cuanto la unión temporal demandante fue inhabilitada sin validarse la oportunidad de subsanación y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho consistente en el valor de la utilidad dejada de percibir por el hecho de no poder ejecutar el contrato.

El Tribunal Administrativo del Cesar declaró la nulidad de la resolución de adjudicación, por cuanto los requisitos advertidos en la evaluación preliminar no eran necesarios para comparar las propuestas ni otorgaban puntaje, que podían ser subsanados hasta antes de la decisión de adjudicación del proceso, y denegó el restablecimiento del derecho ya que la parte actora no acreditó el porcentaje de utilidad de la oferta.

En el presente asunto, ambas partes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia sobre la base de insistir que *i)* los documentos susceptibles de subsanación solo son los que cumplían con los requisitos del pliego de condiciones con antelación a la presentación de la oferta, *ii)* los documentos que aportó con la intención de subsanación la parte actora no son subsanables y, *iii)* el monto de los perjuicios y utilidad dejada de percibir reclamados con la demanda debían analizarse en atención a las reglas de la experiencia y la sana crítica.

La sentencia apelada será confirmada, por las razones que se exponen a continuación.

2. Análisis de la impugnación

2.1 Hechos probados

Examinadas las pruebas allegadas al proceso, se tiene acreditado lo siguiente:

- 1) El 15 de abril de 2016, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) publicó el aviso de convocatoria del proceso de selección en la modalidad de selección abreviada por subasta inversa, para la contratación del *“MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD EDUCATIVA MEDIANTE LA IMPLEMENTACIÓN DE TIC’S Y DOTACIÓN DE ESPACIOS TECNOLÓGICOS ESPECIALIZADOS EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL MUNICIPIO DE AGUSTÍN CODAZZI, CESAR”* (fls. 10 a 13 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas del original).
- 2) El 2 de mayo de 2019, luego del trámite de observaciones al proyecto de pliego el municipio publicó el pliego de condiciones definitivo (fls. 13 a 107 *ibidem*).
- 3) El 27 de mayo de 2019, el municipio publicó el informe de evaluaciones, documento en el que se dejó constancia de que al proceso se presentaron ofertas de la unión temporal TICS Agustín Codazzi, consorcio Tecnocomputer Cesar – 2019 y de la unión temporal Codazzi Cesar 2019, y determinó que únicamente resultaba habilitada la unión temporal TICS Agustín Codazzi (fls. 107 a 245 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI).
- 4) El 30 de mayo de 2019, la unión temporal Codazzi Cesar 2019 presentó observaciones al informe de evaluación y aportó los documentos con los que pretendió subsanar los puntos de inconformidad de la entidad (fls. 246 a 605 *ibidem*).
- 5) El 7 de junio de 2019, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) dio respuesta a las observaciones realizadas al informe de evaluación y mantuvo la decisión de inhabilidad de la unión temporal Codazzi 2019 (fls. 610 a 717 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI).

6) El 11 de junio de 2019, el municipio de Agustín Codazzi mediante la Resolución no. 410 adjudicó a la unión temporal TICS Agustín Codazzi el proceso de selección en la modalidad de subasta inversa no. SIP-003-2019 por un valor de \$5.487.982.500 (fls. 718 y 719 *ibidem*).

2.2 El caso concreto

En los términos en que ambas partes interpusieron los recursos de apelación contra de la sentencia de primera instancia, corresponde a la Sala establecer si los documentos que aportó con la intención de subsanación la parte actora son subsanables y, si se procede el reconocimiento de los perjuicios y utilidad dejada de percibir reclamados con la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

2.2.1 Requisitos subsanables

En los términos propuestos por la entidad demandada en el recurso de apelación, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) con la expedición de la Resolución no. 410 de 2019 dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en el pliego de condiciones y las normas en que debía fundarse, lo que condujo, finalmente, a la adjudicación del proceso no. SI-003-2019 a la unión temporal TICS Agustín Codazzi que, en su criterio, había cumplido con los requisitos exigidos por la entidad.

1) A juicio de la entidad territorial, los documentos relativos a la capacidad jurídica, requisitos técnicos, experiencia general y específica de los proponentes no son susceptibles de subsanación ya que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007 tales documentos conllevarían a una adición extemporánea de la propuesta presentada.

2) Los requisitos que condujeron a la declaración de inhabilidad de la oferta presentada por la unión temporal Codazzi 2019 son los siguientes:

a) Capacidad jurídica de la unión temporal, pues, quien suscribió el acto de creación de la unión temporal Codazzi 2019 como representante legal de compañía

Hardware Asesorías Software Ltda no fungía como tal en el certificado de existencia y representación.

b) Las certificaciones de contratos ejecutados aportadas al proceso, con las que se acreditaba la experiencia, no acreditaban el suministro de la totalidad de los bienes y servicios requeridos por la entidad y no cumplían con la exigencia de haber sido ejecutados mínimo 8 años antes del cierre del proceso.

c) La experiencia específica del técnico eléctrico o electricista no cumplía con la experiencia mínima de 3 años requerida.

d) La certificación de licencia por parte del distribuidor o fabricante autorizado del software de laboratorio de idiomas no fue aportado con la propuesta.

3) De la lectura del pliego de condiciones, es relevante para la solución del caso el aparte 6.3 que expresamente señala lo siguiente:

"6.3. REGLAS DE SUBSANABILIDAD

El municipio de Agustín Codazzi, para la verificación de las propuestas que se presente dentro de este Proceso de Selección Abreviada, aplicará lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prescribe: "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. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante, lo anterior, en aquellos procesos de selección en dos que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización".

Los proponentes, posteriormente al cierre y hasta antes de la realización de la subasta inversa, podrán subsanar ante la oficina asesora jurídica del municipio de Agustín Codazzi, los documentos que sean objeto de subsanación contemplados en el informe de evaluación. En el evento de no aportarlos o cuando estos no acrediten los requisitos, calidades y condiciones habilitantes, exigidas en los Pliegos de Condiciones, el Oferente, resultará inhabilitado y por consiguiente no se tendrá en cuenta su Oferta para participar en la subasta Inversa.

En caso [de] que el proponente no subsane en el término establecido por la entidad o lo realice de manera incompleta o inequívoca se procederá al rechazo.

Expediente no. 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Actor: Unión Temporal Codazzi Cesar 2019
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

La presentación de los documentos a subsanar deberá hacerse de forma Física y presencial en la oficina jurídica del Municipio, no serán admitidos por correo electrónico.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso” (fls. 65 y 66 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

En los términos del pliego de condiciones, el proceso de selección no contaba con requisitos que otorgaran puntaje, solo se trataba de habilitación de los requisitos de capacidad jurídica, financiera de organización, experiencia del proponente y técnicos.

4) En ese contexto, el municipio convocante advirtió que la oferta presentada por la unión temporal demandante no satisfacía los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, en lugar de dar aplicación al parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y solicitar a la oferente su subsanación, la inhabilitó.

Aduce la entidad demandada en el recurso de apelación que los documentos sobre los que sustentó la decisión de inhabilitación de la propuesta presentada por la unión temporal Codazzi 2019 no podían ser objeto de subsanación porque, de una parte, eran necesarios para la comparación de las propuestas, y de otra, porque con ellos no se acreditaban situaciones de hecho acaecidas con anterioridad al cierre del proceso de selección.

5) Al respecto advierte la Sala que, contrario a lo sostenido por el municipio de Agustín Codazzi, los documentos susceptibles de subsanación realmente eran dos (2), de una parte, se trataba de la escritura pública no. 509 del 1 de abril de 2019 de la Notaría Octava del Círculo de Cotarios de Bucaramanga (Santander) (fls. 302 a 308 del documento 9, índice no. 2 SAMAI) y, de otra, la certificación de autorización de distribución del *software* para el laboratorio de idiomas emitida el 7 de mayo de 2009 por la compañía Studyroom Lbs (fl. 35 *ibidem*), pues, los demás puntos en controversia sobre los requisitos habilitantes se centraban en la falta de verificación al detalle de los documentos ya aportados con la oferta y que el municipio insistió en invalidarlos, esto es, las certificaciones de contratos ejecutados (experiencia general y específica) y certificaciones de experiencia del técnico eléctrico o electricista (equipo mínimo requerido).

Expediente no. 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Actor: Unión Temporal Codazzi Cesar 2019
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

6) Debe ponerse de presente que al expediente no fue aportada el acta de cierre del proceso, así como tampoco el acto administrativo contentivo de la apertura; sin embargo, en el acápite de antecedentes de la Resolución no. 410 de 2011 mediante la cual se adjudicó el proceso de selección, el municipio de Agustín Codazzi (Cesar) señaló que mediante la Resolución no. 131 de 2 de mayo de 2019 (fl. 718 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI) ordenó la apertura del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, es decir, que los documentos con los que la unión temporal Codazzi 2019 pretendió subsanar los defectos advertidos en el informe de evaluación preliminar daban cuenta de hechos acaecidos antes de la fecha en la que se dispuso el cierre del proceso de selección que, obviamente, debió ser con posterioridad al acto de apertura, pues, ambos fueron emitidos antes del 2 de mayo de 2019.

7) Es claro entonces que la entidad contratante, al momento de adoptar la decisión de adjudicación del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, pasó por alto lo dispuesto expresamente en el segundo inciso del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues, si bien el legislador exige que *“los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”*, lo cierto es que en el presente asunto los documentos objeto de subsanación fueron emitidos antes del 2 de mayo de 2019, es decir, previamente al cierre del proceso que de acuerdo con el cronograma previsto en el pliego de condiciones definitivo el cierre y presentación de ofertas se llevó a cabo el 9 de mayo de 2019 (fl. 86 del documento no. 14, índice no. 2 SAMAI).

8) De esta manera, como los requisitos con los que la entidad demandada sustentó la decisión de inhabilitación de la oferta presentada por la unión temporal Codazzi 2019 eran susceptibles de subsanación, su oposición a la decisión de nulidad de la Resolución no. 410 de 11 de junio de 2019 no tiene vocación de prosperidad, por lo tanto, debe desestimarse.

2.2.2 Indemnización de perjuicios – utilidad esperada

Con la confirmación de la nulidad de la resolución mediante la cual se adjudicó el proceso de selección de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, procede la Sala a examinar la determinación del reconocimiento de los perjuicios en la modalidad de utilidad esperada solicitados con la demanda.

1) Está probado que la unión temporal demandante subsanó efectivamente los requisitos advertidos por el municipio de Agustín Codazzi en el informe de evaluación preliminar, tal como lo acreditó con los documentos que conforman el expediente (documentos números 1 y 4, índice no. 2 SAMAI); sin embargo, el proceso fue adjudicado a otro oferente, esto es, a la unión temporal TICS Agustín Codazzi, en atención a que se estaba en presencia de un solo oferente habilitado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015².

2) Según lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015, la oferta presentada por los proponentes *“puede ser mejorada con los Lances hasta la conformación de la oferta definitiva”*, razón por la cual, le correspondía a la unión temporal probar la pérdida de oportunidad y por ende su cuantificación.

3) De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que en las precisas particularidades en las que culminó el proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, no es posible establecer con certeza que la unión temporal Codazzi Cesar 2019 hubiera sido el oferente que hiciera el lance con el menor valor de manera tal que resultara adjudicatario del contrato, pues, al expediente no se allegó la oferta económica presentada a la entidad ni se cuantificó la pérdida de oportunidad generada con ocasión de la decisión de adjudicación del proceso, razón por la cual no es posible acceder a las pretensiones indemnizatorias.

² El texto de la norma en comento es como sigue: **“ARTÍCULO 2.2.1.1.2.2.6. Adjudicación con oferta única.** La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente título para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme.” (mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

Expediente no. 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Actor: Unión Temporal Codazzi Cesar 2019
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

4) De otra parte, no resulta aplicable al presente asunto el criterio de decisión contenido en la sentencia del 14 de febrero de 2019 de esta Corporación dictada en el expediente con radicación no. 58.894, MP Marta Nubia Velásquez Rico como referente para la cuantificación del perjuicio sufrido por el licitante frustrado, por cuanto, a diferencia de aquel, en este caso el oferente vencido no probó que efectivamente hubiera resultado adjudicatario del proceso, no aportó al expediente la oferta económica y mucho menos acreditó a cuanto ascendía la pérdida de oportunidad generada con ocasión del acto de adjudicación al otro proponente.

Así las cosas, no es posible dar aplicación a la petición de la parte actora en relación con el reconocimiento del 5%, pues, en aquel caso el demandante demostró que habría resultado el adjudicatario del proceso, aportó la oferta económica y acreditó sus perjuicios materiales con un dictamen pericial, mientras que en este preciso asunto, con los documentos que conforman el expediente no hay manera de saber, de modo cierto, inequívoco y necesario, que la unión temporal demandante con ocasión de la decisión de adjudicación del proceso de selección perdió la oportunidad de resultar habilitado y a cuanto ascendió tal perjuicio.

En ese sentido, como no hay evidencia cierta del perjuicio que la unión temporal Codazzi Cesar afirma haber sufrido por el hecho de no resultar adjudicataria del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa presencial no. SIP-003-2019, la Sala confirmará la decisión de negar el reconocimiento de perjuicios solicitados con la demanda.

Así las cosas, como no hay elemento diferente o adicional que no haya dejado de absolver por el tribunal de primera instancia, la Sala no encuentra fundamento alguno para dar curso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por ambas partes del proceso.

Por consiguiente, la Sala encuentra que la decisión de declarar la nulidad de la Resolución no. 410 de 11 de junio de 2019 y denegar las demás súplicas de la demanda adoptada por el *a quo* es acertada y, por ello debe ser confirmada.

3. Conclusiones

El Tribunal Administrativo del Cesar declaró la nulidad de la resolución de adjudicación demandada, por estimar que los requisitos advertidos en la evaluación preliminar no eran necesarios para la comparación de las ofertas ni otorgaban puntaje y, en ese sentido, podían ser subsanados hasta antes de la decisión de adjudicación del proceso, y denegó el restablecimiento del derecho, porque la parte actora no acreditó el porcentaje de utilidad de la oferta, decisión en contra de la cual ambas partes concurrieron en apelación insistiendo en sus pedimentos particulares.

Sin embargo, como la entidad demandada no logró demostrar que los requisitos con los que sustentó la decisión de inhabilitación de la oferta presentada por la unión temporal Codazzi 2019 no eran susceptibles de subsanación la decisión del *a quo* de anular el acto demandado fue acertada y, en atención a que la parte demandante no acreditó el valor de la pérdida de oportunidad, se impone necesariamente la confirmación de la sentencia apelada.

4. Condena en costas y agencias en derecho

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo que se ventile un interés público³ la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, a su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso consagra que se condenará en costas “*a la parte vencida*”.

En el presente caso ambas partes se opusieron a la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia, pero, como ninguna de las oposiciones tuvo vocación de prosperidad, la Sala se abstendrá de condenar en costas, en atención a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**,

³ Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente no. 11001-03-26-000-2019-00011-00 (63.217), MP Fredy Ibarra Martínez.

Expediente no. 20001-23-33-000-2019-00455-01 (69.327)
Actor: Unión Temporal Codazzi Cesar 2019
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar del 25 de agosto de 2022.

2º) Abstéñese de condenar en costas.

3º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

CONSTANCIA: la presente providencia fue firmada electrónicamente por el Magistrado Ponente de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma digital SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.