**PLIEGO DE CONDICIONES – Concepto – Proceso de selección – Reglas básicas**

Los pliegos de condiciones constituyen uno de los documentos previos más importantes de la licitación, porque contiene las reglas básicas del proceso de selección y por ello debe elaborarse con mucho cuidado, atendiendo siempre a que su contenido corresponda con las necesidades de contratación de la entidad, predeterminadas a través de los estudios previos, adelantados con tal fin.

También han sido definidos como un conjunto de reglas obligatorias para la administración que las adopta y para el particular que, presentando la oferta, se somete a ellos para que rijan la relación negocial; son indicativos de los derechos y obligaciones de las partes contratantes y en términos generales, orientan la naturaleza, el modo y la forma de colaboración del contratista con la administración.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Carácter instrumental**

Tienen un carácter instrumental que sirve para hacer efectiva la igualdad de los potenciales oferentes y dan publicidad a la selección facilitando a su vez la participación de la ciudadanía. El pliego es la ley del contrato y a él deben ajustarse, íntegramente, las propuestas que se formulen; vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos, de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Vinculatoriedad – Límite – Actuación – Administración Pública**

Debido a la vinculatoriedad del pliego de condiciones, el margen de acción de la administración dentro del proceso de selección se encuentra restringido de acuerdo con lo que se señale en aquel, y en los eventos en que existan vacíos o incongruencias en el pliego de condiciones se le permite a la administración, interpretarlo y darle alcance sin afectar su coherencia, sentido e integralidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

### Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

### Bogotá, D. C, veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00482-01(35736)**

**Actor: ALIMENTOS SPRESS LTDA**

**Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA E INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-**

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

Tema: Presupuestos procesales. Ineptitud sustantiva de la demanda – Acción procedente para impugnar actos separables del contrato – Deber de interpretar la demanda. Pliego de condiciones. Vinculatoriedad – Interpretación.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 21 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

**ANTECEDENTES**

* + - 1. **La demanda**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la sociedad Alimentos Spress Ltda., actuando por conducto de apoderado judicial, en escrito del 21 de febrero del 2000[[1]](#footnote-1), presentó demanda en contra de la Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, formulando las siguientes pretensiones:

“PRINCIPAL

1º Que se declare la nulidad de la resolución No. 5345 del 20 de diciembre de 1999, expedida por el señor LAUREANO ANTONIO VILLAMIZAR CARRILLO, proferida en la audiencia pública celebrada el 20 de diciembre en las instalaciones del INPEC, según debe constar en el acta que se suscribió de adjudicación del contrato en persona distinta al actor, con desconocimiento de los principios de economía, obligatorios en la selecciono (sic) objetiva, por la ley 80 de 1993, artículo 25, y de transparencia, reguladores de la adjudicación del contrato.

2º Que, en virtud de la declaración anterior, se restablezca en su derecho al actor, por cuanto su propuesta de licitación fue la MEJOR, dentro de similares condiciones técnicas, teniendo en cuenta además, que la nulidad del acto de adjudicación implica ipso iure la del contrato adjudicado.

Que se declare que el mejor proponente en la Licitación Pública 007 de 1999, es ALIMENTOS SPRESS LTDA, de conformidad con la Ley 80 de 1993, en relación con los ítems suministro de alimentación por el sistema de precios por ración, entendiéndose por ración: desayunos, almuerzos y comida, todos los días de la semana para los internos de los establecimientos carcelarios adscritos a la Regional Central así: CARCEL DEL CIRCUITO DE FACATATIVA, RECLUSION POLICIA NACIONAL DE FACATATIVA Y ESTACIONES DE POLICIA DE SANTAFE DE BOGOTA.

Que se declare que ALIMENTOS SPRESS LTDA, sufrió perjuicios por el hecho de no haber obtenido la adjudicación del contrato al cual tenía derecho por cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones y sus adendos y ser el único proponente valido.

3º Que a la sentencia que le ponga fin al proceso, se le de cumplimiento en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

Que conforme a la normatividad existente se condene a la demandada al pago de las costas correspondientes.

SUBSIDIARIA

Que, en subsidio de la nueva adjudicación se ordene, para el actor, la reparación del daño inferido, mediante la restitución económica que corresponda y la indemnización de perjuicios, conceptos dentro del cual se incluirán los gastos de preparación de los documentos de la licitación y la utilidad calculada de la ejecución de la obra, por tener un derecho indiscutible, desconocido con la evaluación irregular de las propuestas, agregado lo correspondiente a las expensas de la petición para conciliar la controversia, como se determina en la sección estimación razonada de la cuantía;

Que, surtida una de las declaraciones anteriores, se ordene la revisión inmediata de los precios para el debido restablecimiento del equilibrio económico del contrato;

Que, de no acogerse una de las anteriores, el Tribunal, en ejercicio de la regla IURA NOVIT CURIA, decida a favor del actor en el sentido que corresponda rigurosamente al mantenimiento de un orden justo en relación con sus derechos; (…)”

* + - 1. Hechos

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación la Sala sintetiza:

* 1. A través de la Resolución Nro. 4168 del 29 de octubre de 1999, se dio inicio al proceso licitatorio Nro. 007 de 1999 por parte de la División de Servicios Administrativos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- cuyo objeto era “suministrar alimentación por el sistema de precios por ración, entendiéndose por ración: desayunos, almuerzos y comida, todos los días de la semana para los internos de los establecimientos carcelarios adscritos a la regional central, relacionados a continuación: cárceles de Leticia, Duitama, Sogamoso, Facatativá, Fusagasugá, Girardot, Zipaquirá, Acacias, Granada, reclusión Policía Nacional de Facatativá, Penitenciaría de Tunja “El Barne”, reclusión nacional de mujeres “El Buen Pastor”, cárceles de los Distritos de Bogotá “La Modelo”, y su anexo psiquiátrico, Villavicencio, Santa Rosa de Viterbo, El Olivo, Colonia Penal de Oriente en Acacias, estaciones de Policía de Bogotá”.
	2. La sociedad Alimentos Spress Ltda., presentó propuesta parcial para los centros carcelarios de Facatativá, reclusión Policía Nacional de Facatativá y estaciones de Policía de Santafé de Bogotá.
	3. Para los establecimientos que presentó oferta la sociedad Alimentos Spress Ltda., también se presentaron los siguientes oferentes:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **CARCEL DEL CIRCUITO DE FACATATIVA** | **RECLUSION POLICIA NACIONAL FACATATIVA** | **ESTACIONES DE POLICIA DE BOGOTA** |
| NELSON HURTADO | NELSON HURTADO | HECTOR DANIEL SANTIAGO MURCIA |
| UNION TEMPORAL GENOVEVA TOVAR | SERVIFOOD | ALIMENTOS SPRESS LTDA. |
| OLGA LUCIA SANABRIA | UNION TEMPORAL GENOVEVA TOVAR |  |
| ALIMENTOS SPRESS LTDA. | ALIMENTOS SPRESS LTDA. |  |

* 1. Una vez realizada la evaluación de las ofertas, el INPEC mediante Resolución Nro. 5345 del 20 de diciembre de 1999, rechazó la oferta de Alimentos Spress Ltda, en cuanto a la capacidad financiera al igual que por el aspecto jurídico. Sin embargo, respecto de la capacidad financiera esta fue habilitada posteriormente.
	2. En lo que atañe al aspecto jurídico, el rechazo se debió a que según la Oficina Jurídica del INPEC, la sociedad demandante no cumplió con lo señalado en el numeral 1.10.2 del pliego de condiciones. Sin embargo, el numeral que transcribe la oficina jurídica es diferente a lo que efectivamente se señaló en el pliego, pues en este se trata de forma diferente a las personas jurídicas nacionales y extranjeras, además que acreditó que esta había sido constituida con 18 meses de anticipación a la apertura de la licitación, sin que fuese obligatorio estar inscrito en el RUP.
	3. Adicionalmente, el comité evaluador manifestó que según el numeral 5.1.3 del pliego, se estipuló que para cada minuta y para cada uno de los 14 menús, los porcentajes de kilocalorías aportadas por cada macronutriente se debía encontrar entre los rangos de 10% y 12%, por lo que descalificó la oferta de Alimentos Spress Ltda, al no encontrarse en dicho rango. Sin embargo, según lo que se establece a folios 31 y siguientes de la oferta, se puede apreciar que los menús si se encontraban dentro de dicho rango.
	4. La propuesta de Alimentos Spress Ltda., era la mejor y por ende debió adjudicársele la licitación Nro. 007 de 1999, pues fue la única que presentó el análisis con base en una tabla de composición de alimentos reconocida nacionalmente y sus menús estaban dentro del rango de proteínas exigidos en el pliego. Además, el comité evaluador no tuvo en cuenta causales excluyentes en que incurrieron los adjudicatarios de la licitación; como que la propuesta de Héctor Daniel Santiago Murcia rebasaba el presupuesto oficial, o que la oferta de Servifood no presentaba análisis nutricional y que el análisis nutricional de Nelson Hurtado no cumplía con las especificaciones técnicas pues no utilizó una tabla de composición de alimentos reconocida nacionalmente.
1. Concepto de violación

El concepto de violación se sintetiza así:

* 1. Violación de los artículos 2, 4, 6, 24, 25, 29, 58 y 90 de la Constitución Política; y 23, 26 y 30 de la ley 80 de 1993.

Considera la parte demandante que la administración no puede desconocer caprichosamente los principios de la contratación estatal, entre ellos el deber de selección objetiva, pues se *“prohíbe el favoritismo hacia cierto proponente; se exige imparcialidad en la selección, la cual sólo debe tener en cuenta la óptima calidad de las propuestas; por ello la administración debe actuar solo en virtud de COMPETENCIA REGLADA, sin que el servidor público pueda tomar decisiones subjetivas o que impliquen juicios de valor”.*

1. Actuación Procesal

4.1. Mediante decisión del 5 de septiembre del 2000[[2]](#footnote-2), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, admitió la demanda y dispuso la notificación personal de la misma a las partes demandadas.

4.2. En su escrito de contestación de la demanda, el Ministerio de Justicia y del Derecho propuso la excepción de “indebida representación por pasiva” puesto que según el Decreto 2160 de 1992 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, cuenta con personería jurídica y autonomía, además que es representado por su director y no por el Ministerio de Justicia y del Derecho[[3]](#footnote-3).

4.3. Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Manifestó que la sociedad Alimentos Spress Ltda, solo acreditó 9 meses de suministro de alimentación, y lo exigido, según el pliego eran 18 meses, además que dicha circunstancia implicaba el rechazo de la oferta, sin embargo y en pro de garantizar principios como el de transparencia, evaluó la misma[[4]](#footnote-4).

4.4. A través de proveído del 23 de enero de 2001[[5]](#footnote-5), el *a quo*, abrió a pruebas el proceso de la referencia. Fenecida la etapa probatoria, se corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto del 24 de noviembre de 2006[[6]](#footnote-6).

4.5. La parte demandante en su escrito de alegatos, solicitó acceder a las súplicas de la demanda, pues demostró que Alimentos Spress Ltda., estaba inscrito en el RUP 18 meses antes del inicio de la licitación, además que era la oferta más favorable[[7]](#footnote-7).

4.6. Las partes demandadas igualmente descorrieron el término de alegatos. La Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho[[8]](#footnote-8), solicitó la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva a su favor, mientras que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, en adición a lo ya expresado en su contestación, consideró que la acción se encuentra caducada pues de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos proferidos, antes de la celebración del contrato, y con ocasión de la actividad contractual son demandables mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, por lo que al ser expedida la Resolución 5345 el 20 de diciembre de 1999, y presentarse la demanda el 21 de febrero de 2000, se tiene que fue extemporánea[[9]](#footnote-9).

El Ministerio Público por su parte guardó silencio.

**5. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia proferida el 21 de mayo de 2008[[10]](#footnote-10), declaró, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

Consideró el *a quo* que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por la parte demandante, no era la procedente puesto que para la fecha de presentación de la demanda ya habían sido suscritos los respectivos contratos, por lo que de acuerdo a lo señalado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el inciso 2 del artículo 32 de la ley 446 de 1998 era necesario demandar la ilegalidad del acto de adjudicación como fundamento de la nulidad absoluta de los respectivos contratos a través de la acción de controversias contractuales.

6. El recurso de apelación

Contra la anterior providencia fue interpuesto[[11]](#footnote-11) y sustentado[[12]](#footnote-12) recurso de apelación por la parte demandante.

Manifestó el recurrente, que en la demanda si se solicitó la nulidad de los contratos que se firmaron como consecuencia de la adjudicación de la licitación 007 de 1999, pues en las pretensiones de la demanda se señaló expresamente que “*la nulidad del acto de adjudicación implica ipso iure la del contrato adjudicado*”.

Adicionalmente, señaló que el trámite que se le dio a la acción incoada, incluso desde el auto admisorio, fue el de una acción contractual que se notificó a los contratistas el trámite de la acción de la referencia. Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia de instancia para en su lugar proceder a estudiar de fondo el asunto.

7. Actuación en segunda instancia

El recurso de alzada fue admitido por esta Corporación mediante auto del 18 de febrero de 2009[[13]](#footnote-13); posteriormente por auto del 16 de marzo de 2009[[14]](#footnote-14), se dispuso correr traslado para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días.

La parte demandante, en su escrito de alegatos de conclusión, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y en el recurso de apelación[[15]](#footnote-15). Por su parte el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, solicitó la confirmación de la sentencia apelada[[16]](#footnote-16).

El Ministerio Público guardó silencio.

**CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia, para lo cual abordará los siguientes puntos: 8) competencia; 9) acervo probatorio; 10) análisis del caso concreto; y 11) condena en costas.

**8. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, dado que, conforme al Decreto 597 de 1988 la cuantía exigida en el 2000 para que el asunto fuera susceptible de doble instancia, era de $26`390.000,oo y en este caso la pretensión mayor estimada en la cuantía de la demanda ascendía a la suma de $501.865.656,oo.

**9. Acervo probatorio**

**9.1. De las copias simples**

La Sala valorará los documentos allegados en copia simple, de acuerdo al criterio acogido en la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)[[17]](#footnote-17) de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual es posible apreciar las copias simples si las mismas han obrado a lo largo del plenario, y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Del material probatorio allegado al presente proceso la Sala destaca:

* Copia auténtica de la Resolución Nro. 4168 de 1999, mediante la cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, ordena la apertura de la Licitación Pública Nro. 007 de 1999 con el objeto de suministrar alimentación para los internos de los establecimientos carcelarios adscritos a la regional central del INPEC[[18]](#footnote-18).
* Copia auténtica del oficio suscrito el 13 de diciembre de 1999 por la Gerente de la sociedad Alimentos Spress Ltda., en el cual presenta sus observaciones a la calificación presentada por el comité evaluador[[19]](#footnote-19).
* Propuesta presentada por Alimentos Spress Ltda., dentro de la licitación pública Nro. 007 de 1999 iniciada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-[[20]](#footnote-20).
* Copia auténtica del certificado de inscripción, clasificación y calificación de la sociedad Alimentos Spress Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 16 de febrero de 2001. Se señala que la sociedad se encuentra inscrita en el registro de proponentes bajo el número 00012280 del 17 de febrero de 1999[[21]](#footnote-21).

“CERTIFICA

QUE : ALIMENTOS SPRESS LIMITADA

N.I.T.: 08300239462

DOMICILIADO EN: CRA 94 NO. 67A-35 BOGOTA D.C.

DIRECCION DE NOTIFICACION JUDICIAL: CRA 94 NO. 67A-35

MUNICIPIO: BOGOTA D.C.

INSCRITO EN EL REGISTRO DE PROPONENTES BAJO EL NUMERO: 00012280 DEL 17 DE FEBRERO DE 1999

CERTIFICA

FECHA DE RENOVACIÓN EL 11 DE FEBRERO DEL 2000, INSCRITA EN EL LIBRO DE PROPONENTES BAJO EL NUMERO\_: 00107938 DEL 11 DE FEBRERO DEL 2000

CERTIFICA

CONSTITUCION: ESCRITURA PUBLICA NO. 0001086 DE NOTARIA OCTAVA DE BOGOTA D.C. DEL 11 DE ABRILDE 1996, INSCRITA EL 30 DE ABRIL DE 1996 BAJO EL NUMERO 00536000 DEL LIBRO IX (…)”.

* Propuesta presentada por Héctor Daniel Santiago Murcia, dentro de la licitación pública Nro. 007 de 1999 iniciada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-[[22]](#footnote-22).
* Copia simple de la Resolución Nro. 5345 del 20 de diciembre de 1999 expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, mediante la cual adjudicó la licitación pública Nro. 007 de 1999[[23]](#footnote-23). Se destaca:

“(…)

5) OBSERVACIONES DEL PROPONENTE ALIMENTOS SPRESS LTDA.

Dice que erradamente su propuesta fue rechazada acogiéndonos al numeral 1.10.2 del pliego de condiciones, ya que la constitución de la sociedad data de 1.996; a esta observación no accederá el instituto por ser improcedente.

Sobre el segundo aspecto numeral 1.4 no se acepta su observación al decir que en la inscripción en el RUP era exigencia para las personas jurídicas extranjeras ya que el régimen específico para aquellas está determinado en el numeral 1.10.4 del pliego de condiciones.

Dejamos como constancia que la observación se hizo por parte de los evaluadores de la Oficina Jurídica el siguiente:

**Texto: “De acuerdo con el numeral 1.10.2 el proponente debe estar inscrito en el RUP con una antigüedad no menor a dieciocho (18) meses a la fecha de apertura, cuando según el certificado sólo tiene nueve (9) meses”.** Cuando los resultados publicados cambiaron el sentido de la causal de rechazo al incluir que se rechazaba por no cumplir el tiempo exigido de la constitución del proponente en el registro mercantil de la Cámara de Comercio (…)”.

* Copia auténtica del contrato Nro. 1385 del 27 de diciembre de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y Héctor Daniel Santiago Murcia, con el objeto de suministrar alimentación a la población interna de las cárceles del circuito judicial de Chiquinquirá, Duitama, Sogamoso, Fusagasugá, Villavicencio, Santa Rosa de Viterbo, penitenciaría Central de Colombia La Picota, penitenciaría nacional de Tunja El Barne y estaciones de Policía de Bogotá[[24]](#footnote-24).
* Copia auténtica del contrato Nro. 1386 del 27 de diciembre de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y Fabio Doblado Barreto, con el objeto de suministrar alimentación a la población interna de la cárcel Distrito judicial La Modelo de Bogotá y su anexo psiquiátrico y reclusión de mujeres el Buen Pastor de Bogotá[[25]](#footnote-25).
* Copia auténtica del contrato Nro. 1387 del 28 de diciembre de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y Nelson Hurtado, con el objeto de suministrar alimentación a la población interna de las cárceles del circuito judicial de Facatativá y Zipaquirá[[26]](#footnote-26).
* Copia auténtica del contrato Nro. 1388 del 27 de diciembre de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y Luis Alfredo Almansa Rincón, con el objeto de suministrar alimentación a la población interna de la cárcel circuito judicial de Girardot y la reclusión Policía Nacional de Facatativá[[27]](#footnote-27).
* Dictamen pericial rendido por Jhon Jairo Bejarano Roncancio suscrito el 30 de julio de 2006[[28]](#footnote-28).
* Copia simple del pliego de condiciones de la licitación pública Nro. 007 de 1999, y adendo del mismo[[29]](#footnote-29).

“(…)

FECHA Y HORA DE APERTURA: NOV 16/99 10:00 A.M. DIVISION SERVICIOS ADMINISTRATIVOS.

(…)

1.10. OFERENTES

(…)

Los interesados deben estar inscritos, clasificados y calificados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio como proveedores, así:

Actividad 03

Especialidad 01,02,03,04

 (…)

1.10.1.PERSONAS NATURALES

El oferente debe acreditar Matricula Mercantil vigente con una antigüedad de inscripción no inferior a dieciocho (18) meses e inscripción en el registro de proveedores, no inferior a dieciocho (18) meses en actividad 03, especialidad 01, 02, 03 y 04 a la fecha de apertura de la presente Licitación.

1.10.2. PERSONAS JURIDICAS

EL OFERENTE debe acreditar su existencia y representación legal mediante la presentación del certificado correspondiente. Cuando el OFERENTE sea persona extranjera deberá acreditar su existencia y representación de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, en concordancia con lo que determina la Ley 80 de 1993 y estar inscrito como proveedor en actividad 03, especialidad 01, 02, 03, 04 con una antigüedad no menor a dieciocho (18) meses a la fecha de apertura de la presente licitación.

El objeto social del OFERENTE debe permitir la actividad, gestión u operación que se solicita en esta licitación y en el contrato que de ella se derive.

Para contratar, la persona jurídica OFERENTE debe demostrar que ha sido constituida por lo menos con dieciocho (18) meses de anticipación a la apertura de la licitación y que su duración no será inferior a la vigencia del contrato y un año más.

Para contratar, la persona jurídica debe demostrar a través de su certificado de existencia y representación legal, un desarrollo del objeto social no menor de 2 años dedicado al suministro de alimentación.

Si fuere el caso, el representante legal del OFERENTE deberá acreditar la autorización respectiva para comprometerlo (persona jurídica, consorcio, unión temporal o sociedad) por el valor de la propuesta.

(…)

1.10.5. CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES

(…)

Cada uno de los consorciados deberán tener matrícula mercantil

1.14. CAUSALES DE RECHAZO

Son causales para que una oferta sea rechazada por el INPEC:

Que el OFERENTE se encuentre en una situación de Incapacidad, inhabilidad o incompatibilidad que le impida contratar con el INPEC.

La falta de la garantía de seriedad. En caso de errores u omisiones de forma no de fondo el INPEC requerirá al OFERENTE para que sea corregida dentro de los términos de la presente licitación.

Cuando no se acredite la existencia de la sociedad OFERENTE, la constitución del consorcio o de la unión temporal, su representación por quien suscribe la oferta o cuando dichos documentos presenten defectos.

Cuando de acuerdo con los documentos presentados, el Representante o apoderado carezca de facultades suficientes para presentar la propuesta y suscribir el contrato.

Cuando la propuesta se presente extemporáneamente o no se presente en el lugar establecido en este pliego.

Cuando el Oferente, persona natural o persona jurídica no acredite su Matrícula Mercantil y Registro de Proponentes conforme a lo estipulado en este pliego.

Cuando falte alguno de los documentos financieros o esté en forma defectuosa.

Cuando la capacidad residual de contratación sea inferior al 70% del total de los ítems ofertados, si presenta varias propuestas, la capacidad residual no podrá ser inferior al 70% de la sumatoria de los ítems de las propuestas ofertadas.

Cuando el proponente haya tratado de interferir o influir indebidamente en el análisis de las propuestas o de informarse indebidamente del mismo”.

En el adendo mediante el cual se “ACLARAN Y SE MODIFICAN ALGUNOS ASPECTOS DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LAS LICITACIONES 007, 008, 009, 010, 011 Y 012 DE 1999” se señaló:

“REQUISITO DE CALIFICACION

En cuanto a la vigencia de inscripción en el R.U.P. se mantiene lo establecido en el pliego de condiciones.”

* Copia auténtica de la evaluación consolidada de las ofertas presentadas dentro de la licitación pública Nro. 007 de 1999[[30]](#footnote-30). En esta se tiene que para la Cárcel del Circuito de Facatativá, Reclusión Policía Nacional de Facatativá y las Estaciones de Policía de Bogotá el proponente Alimentos Spress Ltda., no cumple con la evaluación jurídica.

**10. Caso concreto**

10.1. En el plenario se encuentra demostrado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- dio inicio a la licitación pública Nro. 007 de 1999, con el objeto de suministrar alimentos para los internos de los establecimientos carcelarios adscritos a la regional central del INPEC.

En virtud de tal invitación, la sociedad Alimentos Spress Ltda., presentó oferta parcial para la cárcel del circuito de Facatativá, reclusión Policía Nacional Facatativá, y estaciones de Policía de Bogotá. Sin embargo, mediante Resolución Nro. 5345 del 20 de diciembre de 1999 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- adjudicó la licitación pública Nro. 007 de 1999 sin que resultara adjudicataria la sociedad Alimentos Spress Ltda, en ninguno de los establecimientos en los que ofertó debido a que su oferta fue rechazada dado que su inscripción en el registro único de proponentes no tenía la antigüedad exigida en el pliego de condiciones.

Posteriormente, entre el 27 y 29 de diciembre de 1999, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- suscribió con los adjudicatarios, los respectivos contratos.

10.2. La sociedad Alimentos Spress Ltda., incoó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando la nulidad del acto de adjudicación, Resolución 5345 de 1999, pues a su juicio no debió rechazarse jurídicamente su oferta, además que era la mejor calificada, por lo que debió resultar adjudicataria. Sin embargo, el Tribunal de Origen declaró, de oficio, la ineptitud sustantiva de la demanda al encontrar que dado que para la fecha en que se demandó ya se habían suscrito los contratos estatales, la acción procedente era la de controversias contractuales.

La parte demandante se alzó contra la sentencia de instancia bajo el argumento de que en la demanda de la referencia sí se demandó la nulidad de los contratos celebrados en virtud de la adjudicación de la licitación Nro. 007 de 1999, además y a pesar que en el libelo introductorio se señaló que la acción incoada era la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., lo cierto es que el trámite que se le dio a la misma fue de una acción contractual.

10.3. Conforme a los hechos que se encontraron probados y a los argumentos del recurso de apelación, corresponde a la Sala dilucidar, como problemas jurídicos, si puede considerarse que la acción impetrada por la parte demandante fue de controversias contractuales, más allá de lo señalado en la demanda, y si el rechazo de la oferta de la sociedad Alimentos Spress, dentro del proceso licitatorio 007 de 1999, se ajustó a lo señalado en el pliego de condiciones.

10.4.Existe una relevancia singular de los presupuestos procesales que se proyectan en la estructuración regular o normal del proceso, la relación jurídica derivada de éste y las condiciones necesarias del fallo de fondo. Se trata de elementos estructurales de la relación jurídico-procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial.

La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o inhibirse a fallar de fondo las pretensiones de la demanda, por lo que en este último caso, no exime al juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia.[[31]](#footnote-31)

Conforme con lo anterior, es menester mencionar que la ineptitud sustantiva de la demanda es aquella situación procesal caracterizada, fundamentalmente, por la no existencia en el proceso de la adecuada e idónea forma de la relación procesal, que imposibilita entrar al conocimiento del fondo de la cuestión debatida.

Por otra parte, el legislador a través del Decreto 01 de 1984, consagró diferentes tipos de acciones para ser impetradas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

Una de esas acciones, es aquella prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, conocida como acción de controversias contractuales, la cual prescribe:

“Artículo 87. **De las controversias contractuales**. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. **Una vez celebrado este, la ilegalidad de los actos previos solamente podrán invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato**. (…)” (Negrillas fuera del texto)

Por lo anterior, es procedente incoar la mencionada acción para actos contractuales, es decir, *aquellos que se expiden por parte de la entidad pública contratante con ocasión de la ejecución del contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación”[[32]](#footnote-32)*, al igual que para “*los actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, como, por ejemplo, el de la adjudicación del contrato.”[[33]](#footnote-33)*

Es decir, los actos separables y previos al contrato, como el acto de adjudicación del contrato, si bien pueden ser demandados por las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato.

Así, el artículo 32 de la ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que hace alusión a la acción de controversias contractuales, permite que los actos separables proferidos con anterioridad a la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución del contrato, término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, pues una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos únicamente podrá invocarse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato en el escenario de la acción de controversias contractuales.

La Corte Constitucional, al decidir sobre la exequibilidad de la citada norma, expresó lo siguiente:

“Ha de determinar la Corte si el hecho de que la posibilidad de interponer las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento contra los actos precontractuales deje de operar con la celebración del contrato, implica una violación del derecho al debido proceso en la medida en que el acto de suscripción del contrato es, según alega el actor, desconocido para los interesados. Sobre este particular, comparte la Corte las apreciaciones del Procurador General de la Nación cuando afirma que no asiste razón al demandante, por cuanto el momento de la celebración del contrato, por disposición legal, debe especificarse en el pliego de condiciones o en los términos de referencia, que son de naturaleza pública. De esta forma, no es cierto que la fecha de celebración del contrato estatal sea, como afirma el actor, desconocida para todos los interesados salvo para las partes que lo suscriben. La fecha de celebración del contrato ha de estar claramente establecida en los términos de referencia, que son de público conocimiento por mandato del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y cualquier prórroga introducida por el jefe o representante de la entidad contratante habrá de efectuarse mediante acto administrativo sujeto al principio de publicidad que ha de guiar la actividad administrativa por mandato constitucional (art. 209, C.P.). Ahora bien, considera la Corte que la disposición en comento impone una carga procesal mínima a los interesados en ejercer la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos precontractuales, a saber, la de estar debida y oportunamente informados, por medio de los canales públicos establecidos en la ley, sobre la fecha en que según los pliegos de condiciones, términos de referencia o actos administrativos pertinentes habrá de suscribirse el contrato administrativo correspondiente. Se trata de una carga que no resulta manifiestamente desproporcionada ni irrazonable, y que -se reitera- es de fácil cumplimiento, por la naturaleza pública tanto de los pliegos de condiciones y términos de referencia como de los actos administrativos mediante los cuales se introduzcan modificaciones a la fecha de celebración del contrato inicialmente prevista (art. 24, Ley 80 de 1993).”[[34]](#footnote-34)

Ahora bien, tal y como lo afirma la parte demandante en su escrito de apelación, es deber del juez interpretar la demanda, y en virtud del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal darle el alcance correspondiente, sin que importe el *nomen iuri*s que las partes hayan dado a las acciones interpuestas.

En efecto, en reciente pronunciamiento esta Subsección, dentro del estudio de legalidad del acto de liquidación unilateral de un contrato, consideró que la acción ejercida había sido la de controversias contractuales, a pesar que en el libelo introductorio se expresó que se ejercía la de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A. Al respectó se señaló:

“Revisado el texto de la demanda, se observa que la parte actora manifestó que la acción se presentaba *“en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo”*; sin embargo, encuentra la Sala que, a pesar de lo dicho en la demanda, y una vez estudiado el libelo introductorio acorde al principio de la primacía del derecho sustancial -artículo 228 C.N.-, debe entenderse que la acción ejercida fue la contractual, pues se cumplieron todos los presupuestos necesarios para ello,

En efecto: 1) las pretensiones fueron circunscritas por la parte demandante a las actuaciones adelantadas con motivo de la actividad contractual, precisamente en lo que atañe a la liquidación del contrato Nro. 776 de 1998; 2) los supuestos fácticos y las pruebas que se aportaron, se dirigieron a demostrar, tanto la existencia del contrato y las presuntas irregularidades en las que habría incurrido la entidad demandada al expedir los actos administrativos demandados; 3) la parte demandante cumplió con la carga procesal- numeral 4 de artículo 137 del Código Contencioso Administrativo – de señalar las normas violadas y el fundamento de su violación.

(…)

Así las cosas, resulta razonable concluir que, más allá de lo expresado en la demanda, la acción incoada fue la de controversias contractuales – articulo 87 del C.C.A.-, circunstancia que no afecta el litigio pues el juicio se desarrolló sobre la base de una acción contractual, tanto así que en la referencia del auto admisorio de la demanda se señaló que la acción era de naturaleza contractual, afirmación frente a la cual las partes no presentaron reclamo alguno, y quienes en sus intervenciones señalan que la acción ejercida es la de nulidad y restablecimiento de naturaleza contractual”[[35]](#footnote-35).

Como se puede ver, es deber del juez, en virtud del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal, interpretar la demanda, y en el caso concreto encuentra la Sala que a la acción incoada se le dio el trámite de controversias contractuales y además fue interpuesta en tiempo. Por lo anterior, y aunado al hecho que en las pretensiones de la demanda se señaló que “*la nulidad del acto de adjudicación implica ipso iure la del contrato adjudicado*”, se tiene que la demanda reúne los requisitos para que proceda la Sala a estudiar de fondo el asunto, por lo que en este punto se revocará la sentencia de instancia.

10.5. Los pliegos de condiciones constituyen uno de los documentos previos más importantes de la licitación, porque contiene las reglas básicas del proceso de selección y por ello debe elaborarse con mucho cuidado, atendiendo siempre a que su contenido corresponda con las necesidades de contratación de la entidad, predeterminadas a través de los estudios previos, adelantados con tal fin.

También han sido definidos como un conjunto de reglas obligatorias para la administración que las adopta y para el particular que, presentando la oferta, se somete a ellos para que rijan la relación negocial; son indicativos de los derechos y obligaciones de las partes contratantes y en términos generales, orientan la naturaleza, el modo y la forma de colaboración del contratista con la administración.

Tienen un carácter instrumental que sirve para hacer efectiva la igualdad de los potenciales oferentes y dan publicidad a la selección facilitando a su vez la participación de la ciudadanía

El pliego es la ley del contrato y a él deben ajustarse, íntegramente, las propuestas que se formulen; vincula en los estrictos y precisos términos en él contenidos, de manera que la entidad debe actuar en consonancia con los criterios de evaluación y la correspondiente forma de aplicarlos, pues de otro modo no se cumplirían ni garantizarían los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior.

Sobre la importancia y el alcance de los pliegos de condiciones dentro de un proceso licitatorio se pronunció esta Subsección, señalando:

“En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta.

Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia[[36]](#footnote-36), comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción).

En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.[[37]](#footnote-37)

En ese orden de ideas, el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.

Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último[[38]](#footnote-38)”[[39]](#footnote-39).

Como se observa, debido a la vinculatoriedad del pliego de condiciones, el margen de acción de la administración dentro del proceso de selección se encuentra restringido de acuerdo con lo que se señale en aquel, y en los eventos en que existan vacíos o incongruencias en el pliego de condiciones se le permite a la administración, interpretarlo y darle alcance sin afectar su coherencia, sentido e integralidad.

La sentencia arriba citada igualmente se ocupa de este punto, en los siguientes términos:

“En otros términos, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, constituyen el marco general de la contratación pública, bases sobre las cuales se debe desarrollar el procedimiento de selección del contratista, para lo cual es imperativo que se surtan los correspondientes estudios previos que soporten la elaboración del pliego de condiciones, en atención a la necesidad que se va a satisfacer (objeto del contrato) y el respeto irrestricto al interés público. Luego, una vez elaborado el pliego de condiciones, la administración pública queda sometida a un proceso eminentemente reglado que impide que se adopten decisiones discrecionales –al margen que atiendan al interés público o general– ya que siempre será imperativo que la administración –inclusive cuando interprete el pliego– sustente y motive las razones por las cuales adopta una decisión, para lo cual se apoyará en los conceptos técnicos y jurídicos contenidos en el pliego de condiciones.

(…)

Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.

(…)

Como se advierte de los pronunciamientos reseñados, es imposible que la administración pública prevea todas las circunstancias que se pueden presentar a lo largo del procedimiento de selección, aunado al hecho de que como todo acto jurídico es posible que el pliego contenga ciertos vacíos o lagunas –con independencia de que se trate de un acto extremadamente reglado– razón por la que es factible que se presenten problemas hermenéuticos típicos de cualquier norma o precepto, razón por la que es preciso que el operador acuda a los postulados fijados por el legislador para brindar herramientas interpretativas; en el caso contractual administrativo, el estatuto de contratación de la administración pública remite a los principios de la función administrativa, a los generales del derecho, a los propios del derecho privado –civil y/o comercial–, y a los particulares del derecho administrativo.

Ahora bien, tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público.

Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

A modo de colofón, la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la “*lectura o interpretación conforme*” a los principios aplicables a la contratación estatal. De modo que, el municipio de Rionegro estaba facultado para solucionar la contradicción que fue advertida respecto del numeral 1.12.5., relacionada con el cumplimiento de contratos previos con la administración.

En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad[[40]](#footnote-40).

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones.

En otros términos, la administración pública cuenta con una compleja gama de herramientas nomoárquicas que le permiten salvaguardar el proceso licitatorio frente a posibles lagunas o problemas interpretativos que se presenten en el pliego de condiciones.

Ahora bien, el hecho de que la ley y la jurisprudencia hayan reconocido en cabeza de la administración estatal la facultad o potestad de interpretación de los pliegos de condiciones, ello no puede constituir una patente de corso para que las entidades elaboren pliegos ambiguos, confusos, anfibológicos, farragosos, sinuosos, inasibles u abstrusos; por el contrario, la exigencia legal consiste en que, se itera, aquéllos sean claros y precisos”[[41]](#footnote-41).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la parte demandante arguye que el requisito de estar inscrito en el R.U.P. con una antigüedad no inferior a 18 meses, era únicamente de las personas jurídicas extranjeras y no de las personas jurídicas nacionales; en efecto señala el numeral 1.10.2. del pliego de condiciones:

1.10.2. PERSONAS JURIDICAS

EL OFERENTE debe acreditar su existencia y representación legal mediante la presentación del certificado correspondiente. Cuando el OFERENTE sea persona extranjera deberá acreditar su existencia y representación de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, en concordancia con lo que determina la Ley 80 de 1993 y estar inscrito como proveedor en actividad 03, especialidad 01, 02, 03, 04 con una antigüedad no menor a dieciocho (18) meses a la fecha de apertura de la presente licitación.

El objeto social del OFERENTE debe permitir la actividad, gestión u operación que se solicita en esta licitación y en el contrato que de ella se derive.

Para contratar, la persona jurídica OFERENTE debe demostrar que ha sido constituida por lo menos con dieciocho (18) meses de anticipación a la apertura de la licitación y que su duración no será inferior a la vigencia del contrato y un año más.

Para contratar, la persona jurídica debe demostrar a través de su certificado de existencia y representación legal, un desarrollo del objeto social no menor de 2 años dedicado al suministro de alimentación.

Si fuere el caso, el representante legal del OFERENTE deberá acreditar la autorización respectiva para comprometerlo (persona jurídica, consorcio, unión temporal o sociedad) por el valor de la propuesta.

De la lectura de dicho aparte se tiene que el pliego de condiciones fue ambiguo, pues no señaló específicamente que las personas jurídicas nacionales debían estar inscritas en el registro de proponentes como proveedor en actividad 03, especialidad 01, 02, 03, 04 con una antigüedad no menor a dieciocho (18) meses a la fecha de apertura de la presente licitación, con lo que podría pensarse que la obligación de estar inscrito, en el R.U.P., y con dicha antigüedad únicamente era de las personas jurídicas extranjeras

Sin embargo, respecto del primer punto, esto es, la inscripción en el R.U.P., se tiene que de acuerdo a lo señalado en el numeral 1.10 del pliego los interesados debían estar inscritos, clasificados y calificados en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio como proveedores, en actividad 03 y especialidad 01, 02, 03, 04, de lo cual se colige que era obligación de los oferentes, sin importar su naturaleza el de estar inscritos en el R.U.P. con las características descritas en el pliego.

Ahora bien, y en lo que se refiere a la vigencia de esta inscripción de las personas jurídicas nacionales, dicho vacío se llena mediante una interpretación sistemática del pliego y de acuerdo con los principios de contratación. En efecto, se tiene que en los numerales 1.10.1 y 1.10.2. del pliego de condiciones se estableció, como requisito para las personas naturales y las personas jurídicas extranjeras, el deber de estar inscritas en el R.U.P. con una antigüedad no menor a 18 meses al momento de la apertura de la licitación, ello aunado a que uno de los principios que rigen la contratación estatal, y más que todo los procesos de selección, es el de igualdad con el cual se prohíja “*un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”[[42]](#footnote-42).*

De acuerdo con lo anterior, considerar que la inscripción en el R.U.P. con una antigüedad no inferior a 18 meses era únicamente requisito para las personas naturales y extranjeras, implicaría desconocer el trato igualitario que deben tener todos los oferentes, afectando así la transparencia del proceso de selección.

Por lo anterior se tiene que las personas jurídicas, igualmente, debían estar inscritas en el R.U.P. con una antigüedad no inferior a 18 meses, situación que incluso dejó entender la administración cuando en el adendo relativo a las aclaraciones al pliego señaló que “*en cuanto a la vigencia de inscripción en el R.U.P. se mantiene lo establecido en el pliego de condiciones*”, de lo que se deduce que el requisito no era, solamente estar inscrito, sino con la vigencia en este establecido, esto es 18 meses.

Conforme a los anteriores asertos, encuentra la Sala que la decisión del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, de rechazar la oferta de la sociedad Alimentos Spress Ltda., fue acertada pues la apertura de la licitación se efectuó el 16 de noviembre de 1999, por lo que la inscripción en el R.U.P. debía ser no inferior al 15 de julio de 1998 (18 meses de antigüedad), y dado que conforme al certificado de la Cámara de Comercio la inscripción de la sociedad demandante se realizó el 17 de febrero de 1999, esto es, con tan solo 9 meses de antigüedad se debía rechazar la oferta de acuerdo con lo señalado en el numeral 1.14 del pliego de condiciones, por lo que la Sala no accederá a las pretensiones de la demanda.

**11. Condena en costas**

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

**F A LL A**

Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 21 de mayo de 2008 la cual quedará así:

**PRIMERO: Negar** las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Sin condena en costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. Folios 1 a 20 C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 26 Ibídem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 30 a 33 Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 40 a 43 Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 51 y 52 Ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 202 Ibídem. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 204 a 215 Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 216 y 217 Ibídem. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 218 a 226 Ibídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 314 a 320 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 322 y 323 Ibídem. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 331 a 340 Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 347 a 350 Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 352 Ibídem. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 353 a 371 Ibídem. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 372 y 373 Ibídem. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia De Unificación Del Veintiocho (28) De Agosto De Dos Mil Trece (2013). Radicación: 05001233100019960065901. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 217 y 218 cuaderno Nro. 4 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 263 a 272 Ibídem. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 65 a 267 cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 48 a 52 Ibídem. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 1 a 352 cuaderno Nro. 3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 1 a 22 cuaderno Nro. 2 [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 302 a 309 Ibídem. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 281 a 287 Ibídem. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 288 a 294 Ibídem. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 295 a 300 Ibídem. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 1 a 17 cuaderno Nro. 4. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folios 83 a 161 Ibídem. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 196 a 215 Ibídem [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación: 05001233100020110151101 (44125). C. P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del ocho (08) de mayo dos mil trece (2013). Radicación: 250002326000199900747-01(24218). C. P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-33)
34. Corte Constitucional, Sala Plena, C 712/2005, Sentencia del 6 de julio de 2005, Expediente D-5523, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. sentencia del 29 de julio de 2015. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. Radicación Nro: 25000-23-26-000-2007-00274-01 (33.696) [↑](#footnote-ref-35)
36. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que “mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (…) Transparencia quiere decir, claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de julio de 2001, exp. 13681, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández. [↑](#footnote-ref-37)
38. Al respecto, esta Sala ha puntualizado: “La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de julio de 201. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) [↑](#footnote-ref-39)
40. Al respecto, consultar los artículos 25 a 32 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 24 de julio de 201. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007. [↑](#footnote-ref-42)