

CONTRATACIÓN ESTATAL – Procesos de Selección – Utilización de Datos de Ofertas Descalificadas para Calificar Ofertas Habilitadas – Desconocimiento del Pliego de Condiciones – Selección Objetiva

El hecho de considerar los ofrecimientos económicos de participantes que no cumplen con las condiciones mínimas para poder participar le resta toda objetividad al proceso de selección, pues, la fiabilidad de los métodos estadísticos depende de la veracidad y precisión de los datos que los preceden y ninguna certeza brindan las cifras proporcionadas por quien no reúne las cualidades exigidas para participar válidamente en la licitación.

El solo aumento en la cantidad de muestras tomadas para calcular una media aritmética no garantiza, en modo alguno, una mayor fiabilidad en los resultados obtenidos, por el contrario, solo la calidad del insumo determina ese aspecto.

De esta forma, la selección objetiva no puede sustentarse en los datos o cifras presentados por un participante que carece de las exigencias requeridas para participar según lo explicó la Sección Tercera de esta Corporación –como bien lo señaló el apelante– en los siguientes términos:

"[E]l rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos)". (negritas adicionales).

En esa perspectiva, como la entidad demandada determinó el primer cuartil y con ello el orden de elegibilidad de los proponentes habilitados con apego en los valores ofertados por todos los participantes –incluso aquellos descalificados–, desconoció el numeral 3.21 del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva; sin embargo, esta circunstancia per se no permite anular el acto acusado.

Aunque el proponente vencido logró probar la anomalía en comento lo cierto es que no acreditó las consecuencias derivadas de esta, pues, en ningún momento desvirtuó el orden de elegibilidad, el solo hecho de que se incluyeran indebidamente datos al momento de calcular el primer cuartil no significa, indefectiblemente, que el resultado del ejercicio varíe al punto de desplazar al participante que finalmente resultó ser el adjudicatario.

Las pretensiones de anulación se sustentaron en una supuesta elección indebida, pero, la única prueba técnica, idónea y específica que obra en el proceso para respaldar esa tesis, el dictamen pericial de parte aportado junto con la demanda en los términos de los artículos 219 y 220 del CPACA, no demostró la veracidad de esa afirmación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, once (11) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Demandante: INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROA
SERVICIOS TIC
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO -
APELACIÓN DE SENTENCIA
Asunto: UTILIZACIÓN DE DATOS DE PROPUESTAS
RECHAZADAS PARA CALIFICAR OFRECIMIENTOS
HABILITADOS

Síntesis del caso: en el desarrollo de un proceso de selección, el Servicio Nacional de Aprendizaje empleó los datos de ofertas económicas descalificadas para calificar las propuestas habilitadas lo cual desconoció el pliego de condiciones y el principio de selección objetiva; sin embargo, el actor no acreditó que esa irregularidad variaba el orden de elegibilidad.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 8 de julio de 2020 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Se fijan como agencias en derecho en favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) en la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE PESOS MCTE (\$120.000.000.00), suma que deberán pagar solidariamente las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS; TÉLMEX COLOMBIA SA y COMCEL SA, una vez quede ejecutoriada esta providencia.” (fl. 1061 cdno. ppal. - negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 28 de mayo de 2015 (fl. 2 cdno. ppal.), los integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC (conformada por las sociedades Télmex

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

Colombia SA, Comunicación Celular SAS (COMCEL SA) y Carvajal Tecnología y Servicios SAS) presentaron demanda en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) con las siguientes pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales¹ (fls. 2 a 38 cdno. ppal.):

“1. Que se declare la nulidad del acto administrativo proferido en la audiencia pública llevada a cabo el 24 de diciembre de 2014, mediante el cual el SENA adjudicó la licitación pública no. DG 011 2014 a la unión temporal SENA DIGITAL, así como de la Resolución no. 2839 del 24 de diciembre de 2014, con idéntico contenido, por violación del principio de selección objetiva (art. 5º Ley 1150 de 2011) y por haber desconocido el pliego de condiciones de la licitación.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare la nulidad del contrato de prestación de servicios de tecnologías de información y comunicaciones no. 1014 de 2014, suscrito entre el SENA y la unión temporal SENA DIGITAL, el cual no se encuentra aún en su etapa de ejecución.

3. Que a título de restablecimiento del derecho, el SENA sea condenado a pagar los perjuicios causados a las empresas convocantes, los cuales serán equivalentes al valor de la utilidad esperada en la ejecución del contrato por cada una de ellas, así:

Para TÉLMEX COLOMBIA SA la suma de CINCUENTA Y TRES MIL CUARENTA Y DOS MILLONES VEINTE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$53.042.020.495).

Para CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS la suma de CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS CATORCE PESOS (\$52.438.023.614).

Para COMCEL SA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$252.178.892).

4. Que el SENA sea condenada a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.” (fl. 14 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), es posible acumular pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales siempre que, entre otros requisitos, sean conexas, que no sean excluyentes entre sí –salvo que se propongan como principales y subsidiarias– y que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas. Sobre el particular, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de junio de 2024, exp. 70.326, CP Fredy Ibarra Martínez.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

1) El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) adelantó una licitación pública para contratar la “*prestación, integración e interoperabilidad de servicios de tecnologías de información y comunicaciones (TIC) aquellos conexos y complementarios, así como los demás bienes y prestaciones requeridos para la operación y funcionamiento de unos y otros, en todas las sedes y lugares en los que el SENA cumpla las funciones a su cargo y desarrolle las actividades de educación y formación que constituyen su objeto*” (fl. 3 cdno. ppal.), en la cual se presentaron cuatro (4) proponentes: *i) la unión temporal Proa Servicios TIC, ii) la unión temporal SENA Digital, iii) el Consorcio Sonda TI y, iv) ZTE Tecnología.co.*

2) La entidad demandada concluyó que únicamente los dos (2) primeros participantes –las uniones temporales– cumplían con los requisitos habilitantes, en consecuencia, descartó al Consorcio Sonda TI y a ZTE Tecnología.co; no obstante, al momento de evaluar las propuestas económicas consideró los ofrecimientos no habilitados para calcular el primer cuartil –principal criterio de comparación del factor monetario– el cual fue definido en el pliego de condiciones en los siguientes términos:

“Se entiende por cuartil ‘cualquiera de los percentiles 25, 50 o 75’. Por su parte ‘percentil’ significa ‘valor que divide un conjunto ordenado de datos estadísticos de forma que un porcentaje de tales datos sea inferior a dicho valor. Así un individuo en el percentil 80 está por encima del 80% del grupo al que pertenece’ [se cita como fuente:] www.drae.es.

Por consiguiente, el Primer Cuartil corresponde al percentil veinticinco (25), valor que divide un conjunto ordenado de datos estadísticos, de tal forma que veinticinco por ciento (25%) de tales datos sea inferior a dicho valor.”².

En efecto, el informe de evaluación señaló que “*el cálculo del primer cuartil se realiza aplicando la fórmula Excel a los valores de línea base y crecimiento de las ofertas económicas de las propuestas presentadas*” (fl. 9 cdno. ppal.) lo cual desconoce el numeral 3.21 del pliego de condiciones que solo permitía la calificación de los proponentes habilitados.

3) Así las cosas, por el hecho de incluir los datos de los participantes descalificados la entidad adjudicó indebidamente el contrato número 1014 del 29 diciembre de 2014 a la unión temporal SENA Digital (conformada por las compañías Indra

² Pág. 174 a 176 del archivo 4_ED_03Cuadern03Foliola1416 pdf en índice 2 SAMAI.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

Sistemas SA y Colombia Telecomunicaciones SA ESP), pues, sin esa injerencia el demandante hubiese ocupado el primer lugar en el orden de elegibilidad por cuanto al realizar el cálculo del primer cuartil únicamente con las propuestas habilitadas el resultado variaba en favor del actor.

3. Cargos de la demanda

La parte demandante considera que el acto acusado desconoció los artículos 209 de la Constitución Política y 5 de la Ley 1150 de 2007 e igualmente el numeral 3.21 del pliego de condiciones; la solicitud de nulidad se sustentó en lo siguiente:

“Infracción de las normas en las que debía fundarse” y “falsa motivación”, porque el acto de adjudicación pasó por alto que la selección objetiva obliga a escoger, entre los habilitados, el ofrecimiento más favorable, pues, precisamente, solo las ofertas que cumplan con lo requerido pueden ser empleadas para hacer los respectivos cálculos del primer cuartil para efectos de ser comparadas entre sí según lo previsto en el numeral 3.21 del pliego de condiciones.

4. Contestación de la demanda, intervención de los terceros con interés y de los llamados en garantía

1) El Servicio Nacional de Aprendizaje (fls. 253 a 276 cdno. ppal.) cuestionó la interpretación del pliego de condiciones propuesta por el actor, pues, la finalidad de considerar todas las ofertas económicas, aún las descalificadas, era conocer los precios de mercado de los equipos requeridos.

2) Adicionalmente, la empresa tercera con interés Indra Sistemas SA como integrante de la unión temporal Sena Digital, adjudicataria del contrato (fls. 189 a 227 cdno. ppal.), precisó que los equipos ofertados por el demandante no cumplían con los requerimientos técnicos establecidos en el pliego de condiciones.

3) Por su parte, el tercero con interés Colombia Telecomunicaciones SA –integrante de la unión temporal adjudicataria– (fls. 65 a 138 cdno. ppal.) indicó que el pliego de condiciones obligaba a considerar todos los ofrecimientos para conocer los precios de mercado y evitar precios artificialmente bajos.

4) Además, el Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (CINTEL), llamado en garantía por el SENA porque fungió como su asesor técnico y financiero durante el proceso de selección (fls. 647 a 695 cdno. ppal.), afirmó que se respetó el principio de selección objetiva, toda vez que el pliego de condiciones no prohibió la utilización de todas las propuestas presentadas para hacer la calificación económica de las ofertas habilitadas.

5) Por último, la Aseguradora Solidaria de Colombia (fls. 111 a 118 cdno. 8), llamada en garantía como garante del contrato suscrito entre CINTEL y el SENA, aclaró que no hubo incumplimiento de las obligaciones del negocio por ella amparado.

5. Sentencia de primera instancia

La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 8 de julio de 2020 negó las pretensiones de la demanda (fls. 1046 a 1061 cdno. ppal.) con los siguientes fundamentos:

1) El numeral 6.1.2 del pliego de condiciones previó que la evaluación de las ofertas económicas se realizaría mediante una metodología sustentada en criterios estadísticos (cálculo del primer cuartil) la cual tenía una doble finalidad, de un lado, evitar la selección de una propuesta con un valor artificialmente bajo y, de otra, la elección de la oferta económica que fuera más coherente con los precios del mercado.

2) Si bien en los términos de referencia no se *“indicó con qué tipo de propuestas se debía calcular el primer cuartil -solamente las habilitadas o todas las presentadas-; no obstante, no se puede pasar por alto, que desde el punto de vista jurídico, el análisis del pliego se debe efectuar en armonía con el principio de selección objetiva”* (fl. 1058 cdno. ppal.).

En consecuencia, como la efectividad del método estadístico adoptado por la entidad contratante depende de la cantidad de variables empleadas en el cálculo resulta necesario considerar todas las ofertas económicas –incluso las descalificadas– para poder seleccionar objetivamente las propuestas habilitadas, de lo contrario, el resultado estaría sustentado en una muestra pequeña o irrelevante

que podría no identificar los ofrecimientos artificialmente bajos o no reflejar la realidad del mercado.

En virtud de lo anterior la entidad estatal debía, necesariamente, tomar en consideración todas las propuestas presentadas para que los resultados permitieran hacer una selección objetiva.

3) En esa perspectiva, el hecho de que la adenda número 3 modificó el numeral 3.21 de los términos de referencia para aclarar que solo se evaluarían y calificarían las ofertas de los proponentes habilitados con el fin de establecer el orden de elegibilidad –antes no se incluía la condición de ser un participante aceptado para participar en esa etapa– no significa, tal como lo propone la tesis del actor, que se varió la metodología de evaluación económica (cálculo del primer cuartil) dispuesta en el numeral 6.21 del pliego de condiciones.

En efecto, el proceso de selección comprendía las siguientes etapas: *i*) verificación de los requisitos habilitantes, *ii*) cálculo del primer cuartil y, *iii*) aplicación del método de evaluación económica a las propuestas habilitadas; en consecuencia, el numeral 3.21 del pliego de condiciones únicamente determinó que las ofertas que cumplieran con todas las exigencias podían ser evaluadas con fundamento en el criterio estadístico definido en el paso inmediatamente anterior, por lo tanto, ninguna injerencia tuvo la modificación hecha por la adenda número 3 al mencionado numeral respecto de la forma para determinar el primer cuartil.

4) Adicionalmente, el dictamen pericial practicado para acreditar que el cálculo de primer cuartil se debía calcular solamente con las dos propuestas habilitadas adolece de error grave porque, de una parte, el perito no acreditó ser idóneo para practicarlo –se desconoce su formación académica y experiencia profesional– y, de otra, la experticia empleó una fórmula distinta a la prevista en el pliego de condiciones para calcular el primer cuartil, no señaló las fuentes técnicas empleadas ni constató la información financiera de los participantes en el proceso de selección, tampoco sustentó la afirmación de que la utilidad esperada era del 22% del valor del contrato.

6. Recurso de apelación

La parte demandante³ afirmó que solo las propuestas habilitadas podían ser consideradas para hacer el cálculo del primer cuartil, pues, de lo contrario la determinación del precio más favorable se haría con datos ajenos al proceso de selección siendo que los elementos de las ofertas rechazadas no pueden servir de referente para la comparación de los ofrecimientos según lo expresamente contemplado en el numeral 3.21 del pliego de condiciones.

Adicionalmente, en relación con la idoneidad del perito, el artículo 219 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) no exige presentar los soportes que certifiquen la formación académica ni la experiencia, basta la manifestación sobre el particular bajo la gravedad de juramento, además, la peritación no adolece de error grave porque no cambió el objeto de la experticia, por el contrario, el dictamen pericial arribó a las conclusiones con fundamento en la información proporcionada por las partes y con fundamento en las disposiciones del pliego de condiciones.

7. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto del 24 de mayo de 2021 (índice 7 SAMAI) se admitió el recurso de apelación, el 12 de septiembre de 2022 (índice 36 SAMAI) se negó la solicitud de pruebas hecha por la parte actora.

Posteriormente, mediante auto del 4 de septiembre de 2023 (índice 65 SAMAI) se corrió traslado para alegar de conclusión, término en el cual el demandante (índice 73 SAMAI) insistió en las razones de su impugnación; la entidad demandada (índice 79 SAMAI) reprodujo los argumentos de defensa esbozados durante el proceso; por su parte, el tercero con interés la compañía Indra Sistemas SA (índice 75 SAMAI) y el llamado en garantía Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (índice 71 SAMAI) aseguraron que el acto acusado no incurrió en ninguno de los vicios alegados en la demanda, mientras que la empresa Colombia Telecomunicaciones SA –tercero con interés–, la

³ Archivo 05. Recurso de apelación COMCEL vs SENA (Julio 2020).pdf en 33_ED_05. Anexos memorial 27 de julio de 2020.rar en índice 3 SAMAI.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

Aseguradora Solidaria de Colombia –llamada en garantía– y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Presentada la demanda oportunamente⁴, le corresponde a la Sala determinar, conforme a la apelación de la parte demandante, si se debe revocar la decisión de primera instancia porque, a juicio del impugnante, el acto acusado es nulo, pues, calculó el primer cuartil con base en todas las propuestas presentadas en la licitación, por tanto, con desconocimiento de la selección objetiva que obliga tan solo a considerar los datos de las propuestas habilitadas para poder hacer una comparación de las ofertas en debida forma.

La Sala confirmará el fallo impugnado, porque las razones de la impugnación no permiten concluir algo distinto a lo expuesto y decidido por el tribunal de primer grado, aunque, las razones de la decisión de esta otra sentencia son distintas a las expuestas por el *a quo*.

2. El caso concreto

2.1 El cálculo del primer cuartil con fundamento en las pruebas habilitadas y no habilitadas

1) El apelante sostiene que la entidad consideró indebidamente el valor ofertado en las propuestas descalificadas para calcular el primer cuartil lo cual, en su criterio,

⁴ Las pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho son oportunas porque la Resolución número 2839 del 24 de diciembre de 2014, fue notificada el mismo día de su expedición, el trámite conciliatorio se surtió entre el 26 de febrero de 2015 y el 21 de mayo siguiente (fl. 1 cdno. pruebas 2) y la demanda se presentó el 28 de mayo de ese mismo año (fl. 2 cdno. ppal.), igualmente, con solo tomar la fecha de suscripción del contrato (29 de diciembre de 2014) se concluye que las súplicas de controversias contractuales también se promovieron en tiempo.

varió el resultado y favoreció al participante que finalmente resultó seleccionado; al respecto, es necesario precisar lo siguiente:

a) El numeral 3.21 del pliego de condiciones (modificado por la adenda número 3) previó que solo las propuestas habilitadas serían evaluadas y calificadas, cuyo texto es como sigue:

“Aquellas Propuestas completas de Proponentes Habilitados, que reúnan los requisitos exigidos, se consideran aceptadas y serán objeto de evaluación y calificación para establecer el Orden de Elegibilidad Preliminar de adjudicación del Contrato proyectado, en función de los criterios o factores de ponderación establecidos en este Pliego de Condiciones.”⁵ (texto resaltado de la Sala).

b) Por su parte, en los términos de referencia (numeral 6.1.2) se estableció lo siguiente en relación con la calificación de la propuesta económica:

“6.1.2. Oferta o propuesta económica: quinientos (500) puntos (...).

La calificación de la oferta económica se realizará así:

Valor total de la oferta económica: quinientos (500) Puntos

La asignación de este puntaje tendrá lugar mediante la evaluación y calificación de cada uno de los componentes que integran dicha oferta, así:

Concepto		Puntaje	
	Componente línea base	400	
Propuesta económica	Componente crecimiento	Primera categoría precios unitarios línea base	84
		Segunda categoría precios unitarios complementarios	16
Total		500	

Para la asignación de puntaje por concepto del Valor Total del Componente de la Propuesta Económica referido a los Servicios de la Línea Base (Componente no. 1), y por concepto de las dos (2) Categorías en que se subdivide el Componente correspondiente al Crecimiento proyectado de dichos Servicios (Componente No. 2), se llevará a cabo verificación aritmética de los Formatos correspondientes, para establecer que no contienen errores de esta naturaleza.

Si el Valor Total del Componente No. 1 de las Propuestas Económicas supera el ciento por ciento (100%) del Presupuesto Oficial correspondiente al mismo, es decir, \$383.993.115.384, la Propuesta será RECHAZADA.

⁵ Pág. 124 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a416.pdf en índice 2 SAMAI.

La misma consecuencia se predica de aquellas Ofertas Económicas en las que el Valor Total del Componente No. 2 exceda la suma de \$119.670.344.846, que corresponde al Presupuesto Total estimado del Componente no. 2, referido a la proyección de crecimiento de la Línea Base.

En todo caso, los Precios Unitarios deben corresponder a valores de mercado. (...).

Con el valor total de cada componente (no. 1 y no. 2) se calculará el primer cuartil del respectivo conjunto.

Se entiende por cuartil 'cualquiera de los percentiles 25, 50 o 75'. Por su parte 'percentil' significa 'valor que divide un conjunto ordenado de datos estadísticos de forma que un porcentaje de tales datos sea inferior a dicho valor. Así un individuo en el percentil 80 está por encima del 80% del grupo al que pertenece' [se cita como fuente:] www.drae.es.

Por consiguiente, el Primer Cuartil corresponde al percentil veinticinco (25), valor que divide un conjunto ordenado de datos estadísticos, de tal forma que veinticinco por ciento (25%) de tales datos sea inferior a dicho valor.

Para determinar el Primer Cuartil en la evaluación de cada uno de los dos (2) Componentes de la Propuesta Económica, se aplicará a cada conjunto ordenado de datos la siguiente fórmula Excel:

= Cuartil (serie conjunto ordenado de datos; 1)

El puntaje correspondiente a cada Componente de la Oferta Económica se asignará mediante la aplicación de las siguientes fórmulas, según el caso:

Para aquel Componente cuyo Valor Total esté comprendido entre el Primer Cuartil y el Presupuesto Oficial de dicho Componente:

$Px = (VPO - VPx) / (VPO - Q1) * 400$ si se trata del Componente Línea Base (Componente no. 1), y

$Px = (VPO - VPx) / (VPO - Q1) * 100$, si corresponde al Componente de Precios Unitarios, (Componente no. 2, incluidas las dos (2) categorías).

Para aquel Componente cuyo Valor Total esté comprendido entre el Primer Cuartil y el Límite Inferior de dicho Componente:

$Px = (VPx - Llmin) / (Q1 - Llmin) * 400$, si se trata del Componente Línea Base (Componente no. 1), y

$Px = (VPx - Llmin) / (Q1 - Llmin) * 100$, si corresponde al Componente de Precios Unitarios, (Componente no. 2, incluidas las dos (2) categorías).

Dónde:

Px: es el Puntaje por asignar al respectivo Componente del Proponente X

VPO: corresponde al Valor del Presupuesto Oficial del Componente en cuestión

VPx: es el Valor ofrecido por el Proponente X para dicho Componente

Q1: corresponde al Primer Cuartil del mismo Componente

Llmin: es el límite inferior del respectivo Componente de las Ofertas Económicas de los Proponentes, correspondiente al menor valor de todas ellas.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
 Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
 Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

Aquellas Ofertas Económicas cuyo Valor Total para cada uno de los Componentes sea igual al Primer Cuartil, serán calificadas con el máximo puntaje de Cuatrocientos (400) Puntos, si se trata del Componente No. 1, Servicios Línea Base, y de den (100) Puntos, si corresponde al Componente No. 2, Precios Unitarios de Crecimiento”⁶ (negritas adicionales).

c) Al momento de efectuar la evaluación económica en el informe final de evaluación de las propuestas, la entidad estatal adelantó el siguiente ejercicio:

“[E]l puntaje final que obtiene cada uno de los proponentes habilitados es determinado una vez se establece la lista de Proponentes habilitados desde el punto de vista de Capacidad Jurídica, financiera y Técnica y Operacional.

El cálculo del primer cuartil se realiza aplicando la fórmula Excel a los valores de Línea Base y Crecimiento de las ofertas económicas de las propuestas presentadas. (...).

Por lo tanto, la asignación de puntaje para la calificación económica se realiza utilizando los valores de las ofertas económicas como fueron presentadas por cada uno de los proponentes.

Los puntajes asignados a las propuestas habilitadas se muestran a continuación.

	UT Proa Servicios TIC	Consorcio Sonda TI	UT SENA Digital	ZTE Tecnología.co	Primer cuartil	Límite Inferior
<i>Línea base</i>	383.993.115.383	375.737.263.402	383.993.115.382	373.808.809.315	375.255.149.880,25	373.808.809.315
<i>Crecimiento</i>	110.083.083.153	117.097.432.432	119.670.344.845	119.609.897.061	115.343.845.112,25	110.083.083.153
<i>Calificación</i>						
<i>Línea base</i>	0,00000005		0,00000009			
<i>Crecimiento</i>	0,00000000		0,00000002			
<i>Total</i>	0,00000005	0,00000000	0,00000011	0,00000000		

(...)⁷ (resalta la Sala).

d) Con fundamento, entre otras razones, en el anterior análisis económico, la autoridad demandada mediante la Resolución número 2839 del 24 de diciembre de 2014 adjudicó el contrato a la unión temporal SENA Digital (fls. 296 a 302 cdno. pruebas 2).

2) Aclarado lo anterior, la Sala advierte que el pliego de condiciones previo, expresamente y puntualmente, que únicamente las ofertas completas y debidamente habilitadas serían objeto de calificación y, precisamente, en esa etapa –la de calificación– se calcula el primer cuartil; en otras palabras, los términos de referencia establecieron que se aplicaría el método estadístico adoptado por la

⁶ Pág. 174 a 176 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a416.pdf en índice 2 SAMAI.

⁷ Pág. 369 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a416.pdf en índice 2 SAMAI.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

entidad contratante para determinar el orden de elegibilidad –mecanismo exclusivo y propio de la etapa de calificación– únicamente de los ofrecimientos de los participantes que cumplieran con los requisitos habilitantes.

3) Así las cosas, el hecho de considerar los ofrecimientos económicos de participantes que no cumplen con las condiciones mínimas para poder participar le resta toda objetividad al proceso de selección, pues, la fiabilidad de los métodos estadísticos depende de la veracidad y precisión de los datos que los preceden y ninguna certeza brindan las cifras proporcionadas por quien no reúne las cualidades exigidas para participar válidamente en la licitación.

4) El solo aumento en la cantidad de muestras tomadas para calcular una media aritmética no garantiza, en modo alguno, una mayor fiabilidad en los resultados obtenidos, por el contrario, solo la calidad del insumo determina ese aspecto.

5) De esta forma, la selección objetiva no puede sustentarse en los datos o cifras presentados por un participante que carece de las exigencias requeridas para participar según lo explicó la Sección Tercera de esta Corporación –como bien lo señaló el apelante– en los siguientes términos:

“[E]l rechazo de una propuesta o su exclusión del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, además de que imposibilita la consideración de ese ofrecimiento para la correspondiente selección o adjudicación, también impide su comparación frente a las demás ofertas, por lo cual uno o varios de los componentes de la propuesta rechazada –como por ejemplo su precio o su plazo– mal podrían tenerse en cuenta para efectos de operar, al momento de adoptar la decisión definitiva de adjudicación o de declaratoria de desierta, los elementos de comparación previstos en el pliego de condiciones, como suelen ser las fórmulas matemáticas consagradas para determinar el precio más favorable (a partir del promedio o de la media aritmética del precio de todos los ofrecimientos recibidos)”⁸. (negrillas adicionales).

6) En esa perspectiva, como la entidad demandada determinó el primer cuartil y con ello el orden de elegibilidad de los proponentes habilitados con apego en los valores ofertados por todos los participantes –incluso aquellos descalificados–, desconoció

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24.059, CP Mauricio Fajardo Gómez.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

el numeral 3.21 del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva; sin embargo, esta circunstancia *per se* no permite anular el acto acusado.

Aunque el proponente vencido logró probar la anomalía en comento lo cierto es que no acreditó las consecuencias derivadas de esta, pues, en ningún momento desvirtuó el orden de elegibilidad, el solo hecho de que se incluyeran indebidamente datos al momento de calcular el primer cuartil no significa, indefectiblemente, que el resultado del ejercicio varíe al punto de desplazar al participante que finalmente resultó ser el adjudicatario.

7) En ese contexto, las pretensiones de anulación se sustentaron en una supuesta elección indebida, pero, la única prueba técnica, idónea y específica que obra en el proceso para respaldar esa tesis, el dictamen pericial de parte aportado junto con la demanda en los términos de los artículos 219 y 220 del CPACA, no demostró la veracidad de esa afirmación, como se explica a continuación:

a) El *a quo* desestimó el dictamen pericial, indebidamente, con fundamento en lo previsto en el artículo 226⁹ del CGP, porque el perito no aportó ninguna evidencia sobre sus condiciones profesionales y académicas, pero, lo cierto es que el artículo 219¹⁰ del CPACA, en su versión original, norma especial aplicable en este caso para los dictámenes periciales aportados por las partes, por ser la disposición vigente al momento de presentarse la demanda y de proferirse el auto que decretó las pruebas¹¹, no exige la presentación de los respectivos soportes, pues, esa norma especial requiere únicamente la manifestación del perito, bajo la gravedad de juramento, de contar con la experiencia y los conocimientos suficientes para rendir el dictamen, tal como ocurrió en el presente asunto¹², en consecuencia, no se requería verificar documentalmente la idoneidad del perito.

⁹ “El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.”.

¹⁰ “[A]l emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, (...) que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación.”.

¹¹ No es aplicable el texto modificado por el artículo 55 de la Ley 2080 de 2021, en aplicación de la disposición de transición normativa contenida en el artículo 86 de la misma ley.

¹² En el dictamen pericial el perito indicó que era “*experto independiente en temas estadísticos, económicos y financieros*” (pág. 522 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a1416.pdf en índice 2 SAMAI) y allegó su hoja de vida donde señala que cuenta, entre otras cosas, con una amplia experiencia profesional y estudios de pregrado y posgrado en economía (pág. 572 a 581 *ibidem*).

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

b) Sin perjuicio de la anterior circunstancia, el dictamen pericial no desarrolló ni explicó suficientemente las razones que permitan concluir que el adjudicatario no debió serlo o que el otro participante era el llamado a ocupar la primera posición; en efecto, en la experticia se expuso lo siguiente:

“CALIFICACIÓN ECONÓMICA CON DOS OFERENTES (OFERENTES HABILITADOS)

Nuevamente, se encuentran los puntajes para (i) la unión temporal Proa Servicios TIC; y (ii) unión temporal SENA Digital pero, ahora, utilizando únicamente sus ofertas, es decir, las ofertas de los proponentes habilitados. Es decir, se utiliza la información de la unión temporal Proa Servicios TIC y unión temporal SENA Digital.

i. Unión temporal Proa Servicios TIC en el segundo escenario

a. Componente Línea Base

Al calificar a unión temporal Proa Servicios TIC en el segundo escenario, se encuentra que el puntaje del componente de línea base para la unión temporal Proa Servicios TIC es 228,5714286.

b. Componente Crecimiento

Nuevamente, se calcula el puntaje para el componente de crecimiento para la unión temporal PROA Servicios TIC, pero bajo el segundo escenario. El puntaje en el componente de crecimiento para Unión Temporal PROA Servicios TIC es 0.

Es decir, que la Unión Temporal Proa Servicios TIC en el segundo escenario, obtiene un puntaje total (sumando componente de línea base y componente de crecimiento) de 228,5714286 que es muy superior al puntaje total de la unión temporal SENA Digital.

ii. Unión temporal SENA Digital en el segundo escenario

a. Componente Línea Base

Realizando los ejercicios correspondientes que se detallan en el informe, el puntaje en el componente de línea base para el segundo escenario para Unión Temporal SENA Digital TIC es 0.

b. Componente Crecimiento

En el componente de crecimiento para la Unión temporal SENA Digital de este segundo escenario el puntaje es 0,00000001.

Es decir, al sumar el componente Línea Base y el Componente de Crecimiento, el puntaje total de la unión temporal SENA Digital en el segundo escenario, es de 0,00000001. (...).

Si se utilizan únicamente las ofertas de los oferentes habilitados, la Unión Temporal SENA Digital obtendría un puntaje total de 0,00000001, mientras que la Unión Temporal PROA Servicios TIC obtendría un puntaje total de 228,57142857. Es decir, bajo este

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

escenario el mayor puntaje lo obtiene la Unión Temporal PROA Servicios TIC.

TABLA 3
 PUNTAJES BAJO EL SEGUNDO ESCENARIO: CALIFICACIÓN
 ECONÓMICA CON LOS DOS OFERENTES HABILITADOS

Oferente y componente	Puntaje escenario 2	Puntaje total escenario 2
<i>Proa línea base</i>	<i>228,57142857</i>	<i>228,57142857</i>
<i>Proa crecimiento</i>	-	
<i>SENA Digital línea base</i>	-	<i>0,00000001</i>
<i>SENA Digital crecimiento</i>	<i>0,00000001</i>	

(...)."13 (mayúsculas fijas del original y negrillas de la Sala).

c) Así las cosas, aunque el dictamen pericial no incurrió en error grave porque en ningún momento cambió el objeto de la prueba¹⁴, lo cierto es que carece de las necesarias e idóneas explicaciones que soporten sus conclusiones, pues, no desarrolla ni aplica o, por lo menos, no lo hace de forma expresa, las etapas previstas en los términos de condiciones y las fórmulas dispuestas para determinar el puntaje de los componentes de línea base y de crecimiento, respectivamente.

d) En efecto, el numeral 6.1.2 del pliego de condiciones, cuyo contenido fue transcrito líneas atrás, establece que la oferta económica puede obtener hasta 500 puntos (400 puntos por el componente de línea base y 100 por el de crecimiento); para puntuar cada oferta era necesario, en primer lugar, verificar que los ofrecimientos no superaron el presupuesto oficial de cada componente¹⁵ so pena de rechazo, seguidamente, se debía determinar el primer cuartil de cada uno de los conjuntos¹⁶ para lo cual es indispensable sumar el monto de las ofertas y fijar el valor total de cada componente, con ese insumo corresponde aplicar la fórmula¹⁷

¹³ Pág. 525 y 526 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a1416.pdf en índice 2 SAMAI.

¹⁴ En la demanda se aportó el dictamen pericial para acreditar que "la aplicación de la fórmula establecida en el numeral 6.1.2 el pliego de condiciones, con la comparación de las propuestas económicas de los proponentes habilitados, da como resultado que la unión temporal Proa TIC obtiene un mayor puntaje y, por lo tanto, se le debió adjudicar el contrato." (fl. 36 cdno ppal.).

¹⁵ El presupuesto oficial para el componente de línea base era de \$383.993.115.384 y para el de crecimiento, \$119.670.344.846 (pág. 175 del archivo 4_ED_03Cuaderno3Folio1a1416.pdf en índice 2 SAMAI).

¹⁶ El pliego de condiciones prevé que "con el valor total de cada componente (no. 1 y no. 2) se calculará el primer cuartil del respectivo conjunto." (ibidem).

¹⁷ En los términos de referencia se estipuló lo siguiente: "Para determinar el Primer Cuartil en la evaluación de cada uno de los dos (2) Componentes de la Propuesta Económica, se aplicará a cada conjunto ordenado de datos la siguiente fórmula Excel: = Cuartil (serie conjunto ordenado de datos; 1)." (ibid.).

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

del primer cuartil prevista en el pliego de condiciones, por último, se debe comprobar cuál es el límite inferior¹⁸ –la oferta de menor valor–.

Ahora bien, una vez se cuenta con el primer cuartil y el límite inferior de cada uno de los componentes es posible asignar el puntaje con fundamento en las fórmulas dispuestas para el efecto en los términos de referencia cuya aplicación está condicionada al valor ofertado, así:

Para ofertas cuyo valor esté entre el primer cuartil y el presupuesto oficial se emplean las siguientes fórmulas¹⁹:

$$Px = \frac{(VPO - VPx)}{(VPO - Q1)} \times 400$$

Para el componente de línea base (400 puntos posibles)

$$Px = \frac{(VPO - VPx)}{(VPO - Q1)} \times 100$$

Para el componente de crecimiento (100 puntos posibles)

En contraste, si el valor de la oferta se ubica entre el primer cuartil y el límite inferior se aplican estas otras fórmulas:

$$Px = \frac{(VPx - LImin)}{(Q1 - LImin)} \times 400$$

Para el componente de línea base (400 puntos posibles)

$$Px = \frac{(VPx - LImin)}{(Q1 - LImin)} \times 100$$

Para el componente de crecimiento (100 puntos posibles)

e) Precisado lo anterior, se advierte que el dictamen pericial aseguró que la exclusión de los datos descalificadas variaba el puntaje otorgado y que, en ese contexto, el demandante ocuparía el primer lugar; sin embargo, en el análisis no se

¹⁸ En las reglas de participación se definió que la variable LImin “es el límite inferior del respectivo Componente de las Ofertas Económicas de los Proponentes, correspondiente al menor valor de todas ellas” (*ibid.*).

¹⁹ Los parámetros y variables de las fórmulas están definidos en el pliego de condiciones –ya transcrito–.

indica el valor de las variables requeridas por el pliego de condiciones para llegar a esa conclusión, en ningún momento identifica el valor del primer cuartil ni del límite inferior que empleó, inclusive, no muestra que efectiva y de modo determinante cambió el valor de esas variables a pesar de solo usar las cifras de los únicos participantes habilitados, tampoco señala cuál de las fórmulas aplicó a las ofertas o en cuál de los supuestos se ubicaban las ofertas habilitadas (entre el primer cuartil y el presupuesto oficial o el primer cuartil y el límite inferior), además, no explicó por qué el componente de crecimiento del demandante y el de línea base del adjudicatario fueron de cero (0).

8) Por consiguiente, el dictamen no prueba que el orden elegibilidad variaba, indefectible y sustancialmente en favor de la parte actora, al emplearse en el cálculo únicamente los valores de las ofertas habilitadas, aspecto fundamental para determinar y verificar la falsedad de los motivos expuestos en la adjudicación los cuales están amparados por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, en consecuencia, como el actor no acreditó los fundamentos de hecho que sustentan sus pretensiones, según lo exige el artículo 167²⁰ del Código General del Proceso (CGP), se confirmará el fallo impugnado que negó las súplicas de la demanda.

3. Condena en costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP, como se confirmó totalmente la sentencia de primera instancia la parte demandante asumirá las costas procesales de la segunda instancia, las cuales deberán ser liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, incluidas las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²⁰ “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”.

Expediente: 25000-23-36-000-2015-01215-03 (66.445)
Actor: Integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC
Nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación de sentencia

FALLA:

1º) Confírmase la sentencia del 8 de julio de 2020 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º) Condénase en costas de la segunda instancia a los integrantes de la unión temporal Proa Servicios TIC (conformada por las sociedades Télmex Colombia SA, Comunicación Celular SAS (COMCEL SA) y Carvajal Tecnología y Servicios SAS) en favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, **tásense** de manera concentrada por el tribunal de primera instancia.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.