



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Subsección C**

Consejero ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación: 05-001-23-31-000-1995-00613-01 (31.211)
Demandante: Tecnologías y Representaciones Ltda.
Demandado: Metroseguridad
Referencia: Acción contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2005, por el Tribunal Administrativo de Antioquia -fls. 258 a 279, cdno. ppal.-, que negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“FALLA

“1. Negar las pretensiones de la demanda”

“2. No se condena en costas porque no se causaron”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Tecnologías y Representaciones Ltda. -en adelante T y R., la demandante o el proponente-, en ejercicio de la acción “contractual y/o de restablecimiento del derecho”, presentó demanda –fls. 32 a 47, cdno. 1- contra Metroseguridad –en adelante

la demandada, la contratante o la entidad - con el fin de que se accediera, entre otras, a las siguientes pretensiones -fls. 38 y 39, cdno. 1-:

"PRETENSIONES

"1. Que el contratista Tecnologías y Representaciones Ltda. era el único proponente calificado para la Licitación Pública No. 002 de 1994, del Establecimiento Público de carácter Municipal de la ciudad de Medellín y por consiguiente debió haber sido la única sociedad beneficiaria con la Adjudicación de la Licitación pública referida".

(...)

"3. Que las resoluciones Nos. 140 de 1994 'por medio de la cual se adjudica un contrato para el suministro, montaje, instalación y puesta en servicio de un sistema de video para vigilancia ciudadana' y la No. 149, nominada 'Por medio de la cual se adiciona la resolución número 140 de septiembre 20', que en realidad modifica la resolución No. 140, ya citada, son, en consecuencia, nulas"

"4. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a Metroseguridad –Municipio de Medellín-, a pagar todos los perjuicios producidos en la sociedad tecnologías y Representaciones Ltda. por no habersele adjudicado la referida Licitación No. 002 de 1994 y fundamentalmente los siguientes:

"1) Gastos efectuados con el objeto de presentar su oferta.

"2) La utilidad que esperaba obtener en la ejecución del contrato.

"3) Pérdida del derecho de exclusividad en el manejo del sistema Autoscope

"4) Daños morales...

(...)

"5. Que como consecuencia de las declaraciones precedentes el Contrato celebrado entre la Siemens y Metroseguridad, para el suministro de videos y control de tráfico vehicular, es nulo, en consecuencia, se proceda a la liquidación del Contrato en el estado en que se encuentre al momento de proferirse la sentencia".

Manifestó que Metroseguridad abrió la Licitación Pública No. 002 de 1994, con el objeto de dotar a la ciudad de Medellín de un sistema de vigilancia ciudadana y control de tráfico vehicular, por sistema de video y de posicionamiento global por satélite. La licitación contenía dos aspectos básicos: i) "un sistema óptimo, eficaz y confiable para la intercomunicación de los equipos, cámaras de video y demás utensilios para su utilización"; ii) "sistema de control de variables, que ante las exigencias de los pliegos, debía ser automatizado, es decir, por medio de un software especializado para ser utilizado en el control de mando del sistema".

La licitación pública se cerró el 21 de julio de 1994. En relación con el sistema de control por video se presentaron cuatro propuestas, entre ellas la suya y la de Siemens S.A. La entidad, antes de elaborar el informe de evaluación, solicitó aclaraciones a los proponentes. A la empresa que ahora es demandante le pidió "aclarar cómo se logra la redundancia en el control central en el esquema suministrado en su oferta y de acuerdo con lo solicitado en el numeral 3.05.1". Respondió: "ofrecemos un módulo CPU pre-programado de repuesto para reemplazar el original en caso necesario".

Las ofertas de los demás proponentes no incluyeron un sistema de software para el manejo del tráfico vehicular, que permitiera medir las variables exigidas por la administración, mientras que el demandante "incluye software de medición de variables especial Autoscope 2003".

En relación con la oferta de Siemens –adjudicatario de la licitación-, señaló que "ofrece un sistema de circuito de video – Sin Software", incluso "explícitamente menciona que no ofrece el sistema de medición de variables". Como si fuera poco, Siemens solicitó copias de las ofertas de los demás oferentes y "usurpó" la información de la oferta del demandante, copiando incluso sus catálogos. Finalmente, Siemens respondió la solicitud de aclaración modificando sustancialmente su oferta: i) "incluye el Software Autoscope 2003"; ii) "reduce el plazo ofrecido de 8 1/4 meses a 4 1/2; iii) "ofrece una reducción del 40% en el valor del Software, cuando su oferta, página 43, indicaba que 'no ofrecemos ningún tipo de descuentos'" -fl. 35, cdno. 1-.

Añadió el demandante que, a excepción de él, los demás proponentes no cumplieron el artículo 52 del Decreto 356 de 1994, que para participar en licitaciones de equipos de seguridad exigía contar con el registro previo ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

El 12 de septiembre de 1994 el comité técnico rindió su informe, "clasificando tan solo al que desde el inicio no cumplió con el pliego de condiciones y además había modificado su oferta, Siemens S.A. y entretanto descalifica sin fundamento a T. y R."

El 16 de septiembre de 1994, presentó “pliego de cargos” contra el informe del comité, señalando, en relación con su oferta, que “era totalmente falso que se hubieran incumplido los ítems de Redundancia, requerimientos específicos y de equipos para el soporte del sistema”. Además, Siemens incumplió los siguientes *ítems*: i) “punto 2.5. del Item 3.09 “medición de variables de tráfico”; ii) Item 1.2: “video grabadoras y Monitores de servicio... con grabación de los infractores de la luz roja del semáforo”; iii) “Capítulo ‘Red de Transmisión’ los equipos ofrecidos no transmiten señales que permitan el control del posicionador y del lente de cada cámara. En consecuencia no hay transmisión de datos, y no se podrían manejar las cámaras y el Zoom desde la sala de mando”; iv) “tampoco cumplió la exigencia 3.05.1 de los pliegos de condiciones referente a la redundancia”.

Metroseguridad, sin contestar las observaciones que presentó T y R, y al día siguiente de vencido el término en que debía reposar el informe de evaluación en la secretaría, adjudicó el contrato a la *oferta adicionada* por Siemens, olvidando señalar si lo hacía en relación con la oferta básica o con su adición, por lo que tuvo que expedir una nueva resolución aclarando que adjudicaba la propuesta adicionada. Incluso, allí se da cuenta de las deficiencias de la propuesta de Siemens, al expresar: “que la firma Siemens S.A. ofreció cumplir a satisfacción el requerimiento de medición de variables de tráfico con un sistema de digitalización de imágenes de video el cual fue ofrecido a precios unitarios”; igualmente se menciona que se tomaba el descuento ofrecido por Siemens en la adición de su oferta: “Que la comisión técnica evaluadora recomendó que el sistema de medición de variables de tráfico se adjudique y contrate a doce (12) entradas de video, caso en el cual Siemens S.A. ofreció un descuento de un cuarenta por ciento (40%)”.

Como consecuencia de lo anterior, señaló que no solo perdió este contrato, sino el derecho de exclusividad del producto *Autoscope*, en Latinoamérica, y con ello la posibilidad de tener acceso directo y potencia a sus principales ciudades, que desarrollarían el programa de control vehicular por medio de videos.

En relación con los fundamentos de derecho, señaló que: “aprovechando que ya se conocían todas las ofertas, Siemens con la connivencia de la entidad pública contratante, dentro de los cinco días que la ley confiere a los proponentes para revisar

el informe del comité evaluador y presentar observaciones, cambió y mejoró, como se ha señalado en este escrito y se probará en el curso de este proceso, la propuesta que inicialmente había presentado. Se rompió así sin escrúpulo alguno, el fundamento constitucional de la igualdad de las partes ante la ley, (preámbulo y art. 1), el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, que deben acatar funcionarios y particulares”.

También se afectó el principio de selección objetiva “ya que no fue correcta la motivación de los actos atacados”, porque de un análisis objetivo de las propuestas se concluía que la del ahora demandante cumplía los requisitos, a diferencia de las demás, lo que se evidenció en las observaciones que presentó frente al informe de evaluación, frente a las cuales hubo absoluta indiferencia, sin profundizar en que Siemens no estaba inscrita en la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad.

2. Contestación de la demanda

Metroseguridad indicó que no es cierto que Siemens hubiera modificado su propuesta durante el término que permanecen en la secretaría de la entidad los informes de evaluación. Lo que sucedió fue que, al amparo del pliego de condiciones -artículo 4.07-, se permitía solicitar a los proponentes aclaración de sus ofertas para obtener mayor información sobre la forma en que cumplían los requisitos del pliego. Agotada esta etapa se elaboró el informe de evaluación, y se puso en conocimiento de los oferentes.

En todo caso, Siemens no modificó su oferta, simplemente “aclara lo que ya había ofrecido” en el formulario de precios, ítem 13 “sensores de movimiento”. En cambio, en relación con la oferta del demandante, el comité evaluador consideró que no cumplió la exigencia técnica de la “redundancia automática” exigida en el pliego, lo que el Comité confirmó cuando valoró la respuesta que dio a las aclaraciones solicitadas.

En relación con el registro de los proponentes ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, enfatizó que este requisito no se exigía en el pliego de condiciones, “pues no era relevante para un sistema de seguridad ciudadana”.

3. Alegatos de conclusión

3.1. El demandante: Reiteró los argumentos de la demanda en relación con la modificación de la oferta del adjudicatario –Siemens-, actuación que se realizó de consuno con la entidad. Igualmente, reiteró la incorrecta motivación de los actos demandados, ya que su propuesta se adecuó al pliego y la de Siemens no, para ello citó algunas conclusiones de la experticia que aportó al proceso.

3.2. El demandando: Destacó las conclusiones a que llegó el comité evaluador. Así, en relación con la oferta del demandante, señaló que no cumplió los siguientes ítems: 3.05.1 Redundancia; 3.09 requerimientos específicos; y 3.07 Equipos para soporte del sistema. “La redundancia ofrecida no es la solicitada y no permite la conmutación automática de los equipos sin que el sistema se degrade”.

En relación con los otros requisitos incumplidos, indicó que “no especifica qué equipos de repuestos y herramientas son requeridos”. A diferencia del demandante, el adjudicatario –Siemens- cumplió con los requisitos del pliego. Estas afirmaciones las apoyó en los testimonios de los profesionales que integraron el comité de evaluación.

Señaló que la elección que hizo la entidad fue la indicada, de hecho, destacó la efectividad del sistema ejecutado por el contratista. Además, el principal requisito incumplido por el demandante tenía que ver con la redundancia, ya que en caso de un problema del equipo principal se necesitaría recurrir al sistema de reemplazo de tarjetas en forma manual, cuando ello debería ser automáticamente. Concluyó que Siemens no modificó la oferta, porque todos los equipos adquiridos fueron ofrecidos desde el principio, solicitándose simplemente –durante la fase de evaluación- la aclaración de algunos datos del ofrecimiento.

Finalmente, el peritazgo aportado por el demandante no es valorable, porque lo elaboró unilateralmente, sin el consentimiento de la entidad, de modo que no pudo controvertirlo porque no le dieron traslado para pedir su aclaración o modificación. Además, el dictamen se realizó sobre las narraciones hechas por el demandante.

3.3. Ministerio Público: Pide que se nieguen las pretensiones, porque los fundamentos aducidos en la demanda carecen de prueba. Por el contrario, de las

aportadas y practicadas se desprende que el adjudicatario –Siemens- no modificó su oferta, solamente, y tal como lo hizo T y R., respondió los requerimientos de Metroseguridad, aclarando algunos aspectos de su oferta.

Por el contrario, la propuesta del demandante incumplió los requisitos echados de menos en el informe de evaluación; particularmente el aspecto técnico de la “redundancia”, aduciendo que “se requería de transferencias automáticas del sistema principal a otro que debe asumir todas las funciones sin solución de continuidad, requisito que no cumplió T y R. por cuanto ofreció una tarjeta para reemplazar la que pudiera quedar fuera del servicio de vigilancia mientras se produce la recuperación del servicio, contrario a lo ofrecido por Siemens que ofreció un sistema totalmente automático”.

Sobre el dictamen pericial aportado por el demandante, expresó que no puede estimarse como prueba, porque se practicó sin participación de Metroseguridad, y el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 exige que se realice “de común acuerdo”.

4. Sentencia de primera instancia

Para el *a quo* no se violaron los principios de transparencia ni de igualdad, principalmente porque el demandante no cumplió con la carga probatoria de acreditar: i) que su propuesta cumplía todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones para que le fuera adjudicada la licitación, y ii) la variación de la propuesta del adjudicatario debía demostrarse probatoriamente, ya que era imposible, sin medios de convicción, cotejar el ofrecimiento inicial presentado por Siemens S.A., frente a las aclaraciones que durante el proceso licitatorio realizó a instancias de la entidad, para concluir que esas explicaciones verdaderamente “reemplazaban; corregían; reformaban o mejoraban la propuesta inicial”. Al interior de las falencias probatorias, señaló que el dictamen pericial no se podía valorar porque fue elaborado unilateralmente, incumpliendo la exigencia del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991.

Por lo anterior, concluyó que Siemens, como sucedió con los demás participantes en la licitación, respondió los requerimientos formulados por el Comité de Evaluación, sin comprobarse adición o perfeccionamiento de la oferta inicial.

Añadió que la entidad, para elegir a Siemens, no tuvo en cuenta el descuento del 40% ofrecido extemporáneamente.

También negó el cargo de *falta de motivación*, porque la adjudicación se hizo conforme al informe de evaluación, sin que el demandante demostrara que su oferta cumplía lo requerido en el pliego de condiciones. Para justificarlo transcribió los testimonios de los integrantes del Comité Técnico, quienes coincidieron en que la oferta del demandante incumplió algunos requisitos, especialmente en relación con la *redundancia* del sistema.

Finalmente, en cuanto a la falta de registro de Siemens ante la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, señaló que no se exigió en el pliego de condiciones, pues, como lo indicó la entidad, no era necesario para un sistema de seguridad ciudadana, así que no afectó el proceso licitatorio.

5. El recurso de apelación

Lo presentó Tecnologías y Representaciones Ltda. Insistió en que el peritazgo debió valorarse, en virtud de la modificación introducido por el artículo 10 de la Ley 446 de 1998, en relación con la aportación y práctica de pruebas, que en el numeral 1, señala: “Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticos emitidos por instituciones o profesionales especializados”.

Relacionó la jurisprudencia de esta Corporación sobre los requisitos para la prosperidad de las pretensiones -en los casos de indebida adjudicación-, limitándose a señalar que demostró en este proceso que la suya fue la mejor propuesta, y relacionó las conclusiones de los peritos, que transcribió en los alegatos de conclusión de primera instancia. Finalizó explicando el alcance de la jurisprudencia en relación con la indemnización que procede en los casos de indebida adjudicación.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. Demandante: Transcribió lo expresado en la apelación, modificando la jurisprudencia citada en relación con la indemnización procedente en los casos de indebida adjudicación.

6.2. Demandado: Señaló que el demandante no probó los cargos propuestos contra la entidad; por el contrario, se acreditó que la oferta de Tecnologías y Representaciones Ltda. no cumplió las exigencias del pliego de condiciones, en materia de *redundancia*, en la medida que apenas ofreció cumplirla mediante “tarjetas de repuesto”, que suponía la intervención de personas en caso de que fallara el sistema principal, incumpliendo la garantía de continuidad o permanencia en la prestación del servicio. En apoyo de esta conclusión citó los testimonios rendidos por varios integrantes del Comité Técnico.

6.3 Ministerio Público: No intervino en esta etapa.

CONSIDERACIONES

El objeto del proceso, en la segunda instancia, consiste en determinar si la decisión de Metroseguridad, de adjudicar la licitación *sub iudice* a la empresa Siemens S.A. -no a Tecnologías y Representaciones Ltda.-, se ajustó a la legalidad, concretamente si la evaluación de las ofertas fue correcta, en vista de la incidencia de esta circunstancia en la legalidad del contrato celebrado luego entre Siemens SA. y Metroseguridad. Para mayor claridad, el estudio del caso también exige determinar si procede la nulidad absoluta del contrato, en vista de que, como se expondrá y lo sustentará la Sala, caducó la pretensión de restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación.

Antes de avanzar la Sala anticipa que confirmará la decisión del *a quo*, porque estima que la evaluación de las ofertas que hizo Metroseguridad fue correcta, de manera que la adjudicación se realizó al oferente indicado y, por tanto, el contrato no adolece de vicios en su formación. Para llegar a esta conclusión se analizarán los siguientes aspectos:

i) La competencia del Consejo de Estado; ii) lo probado en el proceso; iii) la caducidad de la acción en el caso *sub iudice*, acápite en que se desarrollarán los siguientes temas:

a) caducidad cuando se acumula la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación con nulidad absoluta del contrato estatal; en este sub acápite se estudiará: 1) el panorama en vigencia del CCA, modificado por el Decreto 2304 de 1989 y hasta antes de la Ley 446 de 1998; 2) el panorama en vigencia de la Ley 446 de 1998; 3) el panorama en vigencia de la Ley 1437 de 2011; y 4) El caso concreto: La caducidad de la pretensión de restablecimiento del derecho. Luego se analizará iv) la posibilidad de presentar aclaraciones de las ofertas durante el procedimiento de selección, tema en que se desarrollarán los siguientes sub acápites –para lo cual se reiterará la reciente jurisprudencia de esta Subsección: a) la regla general es que las ofertas deben “deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones...” –análisis del art. 30.6 de la Ley 80-; b) posibilidad de *aclarar y explicar* el contenido de las ofertas; c) consecuencias, en la fase de evaluación, de que la oferta tenga datos confusos o poco claros; d) oportunidad y tiempo para *subsanan, aclarar o explicar* la oferta; finalmente, se desarrollará v) el caso concreto, donde se examinará: a) la evaluación de la oferta del demandante; y b) la evaluación de la oferta del adjudicatario. *Mejoramiento* de las ofertas durante el término de evaluación.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129¹ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, del Consejo de Estado - modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003²-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

¹ “Art. 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

² “Art. 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

En el caso concreto, cuando se presentó la demanda –año 1995- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$9'610.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$600'000.000.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance del debate se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, y los hechos que se tienen probados, relevantes para resolver el caso *sub iudice*, no obstante que en el apartado sobre el “caso concreto” se analizarán profundamente las demás pruebas, al igual que se hará su valoración:

- a) Metroseguridad abrió la licitación pública No. 002 de 1994, cuyo objeto fue el montaje, suministro e instalación de un sistema de video para vigilancia ciudadana.
- b) Participaron 4 proponentes: i) Tecnologías y Representaciones Ltda.; ii) Siemens Aktiengesellschaft (Siemens S.A.); iii) Meltec S.A.; y iv) CBA Ltda.
- c) La entidad, durante el término de evaluación de las ofertas y antes de publicar el informe respectivo, solicitó aclaraciones a varios proponentes para establecer el alcance de las ofertas. Las solicitudes fueron atendidas por los participantes.
- d) En el informe de evaluación la entidad consideró que la propuesta de Siemens S.A. fue la única que cumplió los requisitos mínimos exigidos en el pliego de condiciones, y recomendó adjudicarle el contrato, lo cual hizo mediante la Resolución No. 140 de 1994, adicionada mediante la Resolución No. 149 del 28 de septiembre de 1994.
- e) El demandante acudió a la Procuraduría Provincial de Medellín, el 12 de diciembre de 1994, dada su inconformidad con la decisión de la entidad, de manera que a partir de allí se entendió notificado del acto de adjudicación, por conducta concluyente. –fl. 25, cdno. 1-

- f) La demanda se presentó el 4 de mayo de 1995, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

3. La caducidad de la acción en el caso *sub iudice*

Antes de analizar la legalidad de la actuación de la administración en el procedimiento de selección, cuyas irregularidades pueden afectar la validez del contrato, es necesario examinar la caducidad de la acción, ya que, se anticipa, en el caso *sub iudice* se configuró frente a la pretensión de restablecimiento del derecho, pero no frente a la pretensión de nulidad absoluta del contrato.

3.1. Caducidad de la acción cuando se acumula la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación con la nulidad absoluta del contrato estatal.

3.1.1. Panorama en vigencia del Decreto 01 de 1984 -modificado por el Decreto 2304 de 1989 y hasta antes de la Ley 446 de 1998-.

Bajo el régimen del CCA., en armonía con lo señalado por la Ley 80 de 1993, varios actos administrativos previos a la celebración del contrato no eran pasibles de control judicial independiente –por tratarse de actos administrativos de trámite-, así que solo podían demandarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato³. No obstante, hubo excepciones a tal imposibilidad, algunas de origen jurisprudencial, lo que permitió, entre otros actos, demandar en acción de simple nulidad: i) el pliego de condiciones, ii) el acto de apertura del procedimiento de selección y iii) la autorización para contratar expedidas por las juntas directivas, asambleas y concejos; pero también se establecieron normas especiales por el legislador, concretamente en la Ley 80 de 1993, como sucede con iv) el acto de adjudicación, que conforme al parágrafo del artículo 77⁴ debía impugnarse

³ Esto se apoya en lo establecido en el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que prescribe: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, remitiendo al Código Contencioso Administrativo –CCA- su regulación⁵.

En particular, la Ley 80 de 1993 creó un instrumento procesal específico para demandar el acto que finaliza el procedimiento de selección de contratistas: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad, según el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado el Decreto 2304 de 1989, era de 4 meses.

De esta manera, los no favorecidos con la decisión administrativa contaban con un término de 4 meses para demandar la nulidad del acto de adjudicación, si pretendían obtener el restablecimiento del derecho, ya que se trataba de un *acto separable*, enjuiciable de forma independiente a la acción contractual; no obstante, los demás actos previos al contrato también podían invocarse como sustento de la nulidad del acto de adjudicación, procediendo el restablecimiento del derecho, siempre que no hubiera caducado la acción de restablecimiento frente al acto que adjudicó⁶.

No obstante lo anterior, los actos previos –precontractuales- también podían invocarse como sustento de la nulidad absoluta del contrato, ya que la Ley 80 de 1993, en el numeral 4 del artículo 44⁷, señaló que “los contratos del Estado son absolutamente nulos” cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan”. Esta

⁵ El párrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, establece: “Párrafo 1. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

⁶ “La definición de este aspecto, es vital para el análisis del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en cuyo párrafo, y en desarrollo de la teoría de los actos separables del contrato, habilita este tipo de acción contra dicho acto ‘conforme a la reglas del código contencioso administrativo’. Y, resulta medular el tema porque para la época de presentación de la demanda, era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- el que señalaba en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, *el plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 ejusdem, bajo cuya égida se demandaban también los actos precontractuales, como lo tenía precisado la jurisprudencia*, tema que se cambió drásticamente por cuenta de la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo la Ley 446 de 1998 para reducir a treinta (30) días el término para intentar la acción.” (Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de abril 26 de 2006, Exp. 16.041, MP. Ruth Stella Correa Palacio). (cursiva fuera de texto).

⁷ “Art. 44. De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...)

“4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

solicitud de nulidad se ejercía mediante la acción contractual o de controversias contractuales, cuyo término de caducidad se estableció en dos años⁸.

De esta manera, la posibilidad de solicitar la *nulidad absoluta del contrato*, con fundamento, entre otras cosas, en la nulidad de los actos previos, tenía un término de caducidad de dos años. La jurisprudencia y la doctrina, con apoyo en la posibilidad de acumular pretensiones en los procesos regidos por el CCA. –art. 145⁹–, que remitió a la regulación del Código de Procedimiento Civil –art. 82-¹⁰, consideró que era procedente acumular las de nulidad del acto de adjudicación –y el restablecimiento– con la de nulidad absoluta del contrato, evento en el cual el litigio adquiriría naturaleza contractual¹¹.

⁸ Así lo estableció el artículo 136 del CCA., modificado por el decreto 2304 de 1989: “Art. 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

(...)

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”.

⁹ Así lo señaló el artículo 145 del CCA.: “En todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil, así como la acumulación de procesos a instancia de cualquiera de las partes o de oficio, en los casos establecidos por el mismo código”.

¹⁰ “Art. 82. Acumulación de pretensiones. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”.

¹¹ “Pero aunque la ley hizo el señalamiento de la acción de restablecimiento, guardó silencio sobre la índole de la acción cuando dicho acto se demande o involucre dentro de una controversia contractual. En esta hipótesis estimamos que la jurisprudencia deberá seguir la línea ya trazada por los Tribunales en el sentido de que la acción será considerada en su conjunto como contractual, sometida en los términos y alcances es ésta; y que dentro de esta misma podrá acumularse la pretensión anulatoria con la nulidad del acto de adjudicación.

“Asimismo se ha venido sosteniendo (idea que estimamos no ha perdido vigencia) que podrá pedirse la nulidad del contrato por ser ilegal ese acto de adjudicación, sin que por ello tenga que pedirse expresamente la nulidad de éste. Sucede algo similar a lo que se presenta cuando se demanda la nulidad del acto administrativo por expedición irregular, hipótesis en la que no hay que solicitar la nulidad del extremo afectado, sino solo alegar la ilegalidad del mismo” (BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, p. 544).

En estos casos era posible acumular las pretensiones, incluso era conveniente, por la cercanía de los aspectos demandados, máxime cuando una de las causales de nulidad absoluta del contrato es que se declare la nulidad de los actos previos, entre los cuales se encuentra el de adjudicación.

De esta manera, para tal momento, como sucede en la actualidad con la Ley 1437 de 2011, era posible acumular las pretensiones de nulidad del acto de adjudicación, incluyendo el restablecimiento del derecho, con la contractual de la nulidad absoluta del contrato. No obstante, la acumulación de pretensiones tiene un presupuesto adicional a los consagrados en el artículo 82 del CPC., que se desprende de los requisitos generales para ejercer el derecho de acción: que no se haya configurado la caducidad.

Esta exigencia se contempló expresamente en la Ley 1437 de 2011, cuyo efecto consistió simplemente aclarar lo que ya se aplicaba en materia contencioso administrativa, esto es: que para acumular pretensiones es necesario que frente a ninguna se haya configurado la caducidad. Además, el CPACA, a diferencia de los estatutos anteriores, reguló directamente los requisitos para la acumulación de pretensiones, pues los anteriores estatutos remitían a la legislación civil; de esta manera en la nueva legislación se reiteran los requisitos que consagraba el CPC –art. 82–, pero se añadió la exigencia de que no haya caducado alguna de las pretensiones¹².

¹² “Art. 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

“4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento”.

Otra de las diferencias con la legislación civil consiste en que se exige que las pretensiones sean *conexas*, mientras que en el CPC. se señaló que podrían no ser *conexas*, siempre que se cumplieran los demás requisitos.

En consecuencia, al amparo de la acumulación de pretensiones -cuya finalidad es disminuir el número de litigios, respaldando la economía procesal y evitando que se profieran fallos contradictorios- no es posible *revivir* la oportunidad para ejercer el derecho de acción, cuya procedencia se encuentra limitada por la caducidad. La finalidad consiste en proteger la seguridad jurídica y evitar que las relaciones jurídicas permanezcan en indefinición, buscando la estabilidad del sistema jurídico¹³. De esta manera, la caducidad, como regla de orden público, no puede ser excepcionada bajo el supuesto de la acumulación de pretensiones, sin importar la cercanía o conexidad que exista entre dos litigios.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993 estableció una vía judicial específica para demandar la nulidad del acto de adjudicación, con el consecuente restablecimiento del derecho –parágrafo primero del artículo 77-, cuyo término de caducidad concretó el CCA. en 4 meses, era posible acumular las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho con la acción contractual, si con la última se buscaba la declaración de nulidad absoluta del contrato, siempre que la demanda se interpusiera dentro de los 4 meses siguientes a la notificación o comunicación del acto de adjudicación.

Solo bajo el supuesto anterior es posible demandar el restablecimiento del derecho, y si se intenta por fuera de dicho término solo es posible pedir la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la ilegalidad de los actos previos, pero no procederá el restablecimiento del derecho. Es decir, si se demanda vencidos los 4 meses a que se hizo referencia –término en que caduca el restablecimiento, como lo señala el CCA.-, pero dentro de los dos años de la acción contractual, es posible acumular la pretensión de nulidad de cualquier acto previo, lo que incluye el de adjudicación –esto se debe a que la nulidad simple, es decir, sin restablecimiento del derecho, puede ejercerse en cualquier

¹³ En este sentido, la Corte Constitucional indica en relación con la finalidad de la caducidad, que: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”.

tiempo-, con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato; pero no procederá el restablecimiento del derecho por haber caducado.

Esto se debe a que la caducidad de cada pretensión se cuenta independientemente, de ahí que una no afecte a la otra; así, una es la caducidad de 4 meses para el restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación; otra la de anulación del contrato mediante la acción contractual, de dos años; y otra, la de la acción de simple nulidad que no tiene término de caducidad.

En consecuencia, es posible acumular la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación, con la pretensión anulatoria del contrato, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, siempre que el restablecimiento se solicite dentro de los 4 meses. Pretender la acumulación cuando el restablecimiento caducó conduce a que eventualmente se declare la nulidad del acto de adjudicación, pero sin que proceda restablecer el derecho, tomándose como una nulidad simple acumulada con la pretensión de nulidad absoluta del contrato.

La conclusión anterior se deriva de una regla simple: solo es posible acumular pretensiones y obtener un fallo de fondo cuando las pretensiones acumuladas se presentan en tiempo, es decir, que frente a ellas no haya operado la caducidad, ya que en caso de que alguna o todas incurran en el vicio anterior, así deberá declararlo el juez oficiosamente y pronunciarse respecto de las demás pretensiones de la demanda presentada en debida forma. En este sentido, el profesor BETANCUR JARAMILLO señala, en relación con la posibilidad de acumular pretensiones, que:

“Considero que pese a lo que he venido sosteniendo en ediciones anteriores de esta obra, se pueden acumular en una misma demanda las pretensiones de nulidad y restablecimiento con la pretensión anulatoria del acto regla que le sirvió de fundamento al acto particular. Así, por ejemplo, en un asunto de impuestos contra el acto liquidatorio del gravamen, la pretensión anulatoria del acto regla. Acumulación que me parece no sólo válida, sino conveniente; claro está siempre que las distintas pretensiones sean del conocimiento del mismo juez *y que la de nulidad y restablecimiento no esté caducada*”.

(...)

La conexidad en el ejemplo planteado es evidente, ya que las dos acciones no se excluyen entre sí. *Si se formula en tiempo la de nulidad y*

restablecimiento, la pretensión de nulidad del acto general obviamente no tendrá obstáculo alguno, ya que su pretensión anulatoria no tiene término de caducidad, y, además, deberá tramitarse por el mismo proceso y ante el mismo juez”¹⁴.

En consecuencia, bajo el régimen del CCA, antes de la reforma de la Ley 446 de 1998, era posible acumular las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación con la de nulidad absoluta del contrato, siempre que aquella se presente dentro de los 4 meses siguientes a la notificación o comunicación del acto de adjudicación, ya que si se excede dicho se configura la caducidad del restablecimiento, y solo podrá estudiarse la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la nulidad de los actos previos –si ese fue el cargo de nulidad-.

3.1.2. Acumulación de pretensiones en vigencia de la Ley 446 de 1998.

La perspectiva del tema, en relación con la modificación que introdujo la Ley 446 de 1998, coincide parcialmente con las conclusiones del acápite anterior, aunque la regulación varió totalmente.

Con la modificación introducida al artículo 87 del CCA., por parte del artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se amplió la posibilidad de demandar independientemente todos los actos precontractuales, mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante dicha posibilidad, el término para ejercer cualquier acción se redujo a 30 días, rompiendo la regla general de la intemporalidad de la nulidad y la de los 4 meses para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁵.

No obstante, se prescribió que a partir de la suscripción del contrato los actos son inseparables de aquel para efectos del control, de ahí que una vez ocurre lo anterior solo pueden impugnarse mediante la acción de controversias contractuales, como

¹⁴ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Octava edición, Ed. Señal editora, Medellín, 2013, p. 409.

¹⁵ El inciso segundo del artículo 87 del CCA., modificado por la Ley 446 de 1998, establece: “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...”.

fundamento de nulidad absoluta del contrato. Así lo prescribió el inciso segundo del artículo 87 del CCA., modificado por la Ley 446 de 1998:

“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 éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato*”. (Cursiva fuera de texto).

En vigencia de la Ley 446 de 1998, las conclusiones difieren dependiendo de *dos escenarios*, lo que depende de que el contrato se suscriba luego de transcurrido el término de caducidad de 30 días para demandar el acto de adjudicación, lo que se debe a que este término es especial e independiente al de la pretensión anulatoria del contrato. No obstante, cuando este lapso no ha vencido y se celebra el contrato, la acción y la caducidad respectiva se confunden, esto es la de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión de anulación del contrato mediante la acción de controversias contractuales, como se expondrá.

i) En el primer *escenario*, cuando el contrato se celebra luego de ocurrido el término de caducidad de 30 días para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ocurre algo similar a la situación analizada bajo el régimen del CCA. –antes de la reforma de 1998-, ya que en tal caso el término de caducidad de las acciones, con su pretensión respectiva, transcurre independiente –la nulidad y restablecimiento del derecho y la acción contractual-, de manera que una vez se cumple el término de caducidad de 30 días no es posible solicitar la pretensión de restablecimiento, y solo podrá pedirse la nulidad simple del acto de adjudicación, como presupuesto –y acumulada- de la nulidad absoluta del contrato, sin que proceda el restablecimiento, debido a la caducidad e imposibilidad de acumular pretensiones que presentan ese defecto.

Continuando en el mismo *escenario*, si la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se presenta dentro de los 30 días señalados por la norma, es decir, dentro del término de caducidad del restablecimiento, es posible acumular esta pretensión con la de

nulidad del contrato, por cumplirse los presupuestos de acumulación de pretensiones consagradas en el CPC -art. 82-, y no haberse configurado la caducidad frente a alguna de las pretensiones.

ii) En el segundo *escenario*, esto es, cuando el contrato se celebra antes de que se configure el término de caducidad para solicitar la nulidad y el restablecimiento del derecho, el panorama cambia radicalmente. En tal caso los términos de caducidad dejan de ser independientes y se confunden, por lo señalado por la Ley 446 de 1998: "Una vez celebrado éste [se refiere al contrato], la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato". En este *escenario* no es posible ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad era, en principio, de 30 días -contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto previo-, porque al suscribirse el contrato la nulidad de los actos previos -entre ellos el de adjudicación- solo puede invocarse como fundamento de la anulación del contrato.

En este *escenario*, como los términos de caducidad de las acciones no son independientes, al desaparecer la posibilidad de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho únicamente se permite la de controversias contractuales, mediante la nulidad absoluta del contrato por nulidad de los actos previos. En este caso, como la pretensión de restablecimiento caducó, puede ejercerse acumulada con la solicitud de nulidad absoluta del contrato. En este *escenario*, a diferencia del anterior, es posible solicitar el restablecimiento del derecho dentro de los dos años de la acción contractual, al demandarse la nulidad absoluta del contrato; mientras que en el otro *escenario*, debido a que se configuró la nulidad del restablecimiento, solo puede pedirse la nulidad del contrato y las pretensiones encaminadas al restablecimiento deben rechazarse por extemporáneas.

El fundamento de esta idea es que en el primer *escenario* el término de caducidad transcurre independientemente, mientras que en el segundo la independencia inicial se desdibuja y se entremezcla con la pretensión anulatoria del contrato, mediante la acción de controversias contractuales, siendo la única que puede ejercer el interesado para proteger sus intereses, cuya caducidad no se ha configurado.

3.1.3. Panorama en vigencia de la Ley 1437 de 2011

Con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- se retornó al régimen que existió en el CCA., antes de la modificación de la Ley 446 de 1998, con la diferencia de que todos los actos precontractuales pueden demandarse de forma separada con la nulidad absoluta del contrato, lo que en ese entonces solo ocurría en relación con algunos de ellos.

El inciso segundo del artículo 141 del CPACA señala: “Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”; las normas citadas remiten a la acción de nulidad y a la de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente. Además, en el tema específico de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “de los actos previos a la celebración del contrato”, el artículo 164 –lit. c) del numeral segundo- estableció que la caducidad sería de 4 meses – “contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso”-.

En este sentido, como sucedió en el régimen del CCA –antes de la reforma de 1998-, se estableció un término específico de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho –en ese entonces solo para el acto de adjudicación- de 4 meses, término que coincide con el de la actualidad, pero no solo para demandar el acto de adjudicación sino, en general, para solicitar la nulidad simple y la nulidad unida al restablecimiento, frente a cualquier acto precontractual, según su naturaleza.

En ese sentido, se *itera* la conclusión expuesta en relación con ese momento histórico, cuya aplicación se presenta, incluso con mayor claridad en la actualidad, porque hoy se permite acumular pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, siempre que sean conexas y que alguna de las pretensiones no haya caducado¹⁶. De esta manera, con el CPACA es posible acumular las pretensiones

¹⁶ “Art. 165. Acumulación de pretensiones. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

de nulidad del acto de adjudicación con el restablecimiento del derecho y la contractual de nulidad absoluta del contrato, siempre que las pretensiones se ejerciten dentro de los 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso, ya que si se excede dicho término caduca la de restablecimiento y solo podrá analizarse la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la nulidad del acto de adjudicación –o de otro acto previo, si ese fue el cargo de nulidad-, sin que proceda el restablecimiento, como sucede en los casos de simple nulidad, claro está, siempre que se ejerza dentro del término de caducidad de la acción contractual.

3.1.4. El caso concreto: caducidad de la pretensión de restablecimiento del derecho.

En el caso *sub iudice* la demanda se presentó en vigencia del CCA., antes de la modificación de la Ley 446 de 1998, porque la fecha de presentación fue el 4 de mayo de 1995 –fl. 47, cdno. ppal.-, de manera que con base en esa norma se analizará la caducidad de la acción.

El acto de adjudicación –la adición- se profirió el 28 de septiembre de 1994 y se notificó personalmente al adjudicatario el 30 de septiembre de 1994; no obstante, el término de caducidad para el demandante no se cuenta desde esta fecha sino desde que conoció o debió conocerlo; en el caso *sub iudice* empezó a contarse desde el 12 de diciembre de 1994, fecha en la que el demandante se entendió notificado por conducta concluyente, pues -como lo señala en la demanda- “por considerar totalmente irregular el procedimiento efectuado por Metroseguridad, mi mandante efectuó la correspondiente

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

“4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento”.

queja ante la Procuraduría Regional, el día 12 de diciembre de 1994”, y a folio 25 obra dicha declaración.

En consecuencia, como la demanda se presentó vencidos los 4 meses siguientes a la notificación se configuró la caducidad respecto de la pretensión de restablecimiento, no así frente a la nulidad absoluta del contrato que se invoca con fundamento en la solicitud de nulidad del acto de adjudicación. En efecto, los 4 meses para solicitar el restablecimiento se cumplieron el 12 de abril de 1995¹⁷.

Esta conclusión no contradice al auto del 2 de mayo de 1996, proferido por el Consejo de Estado, que admitió la demanda, pues la justificación para revocar la decisión del Tribunal, que inicialmente rechazó la demanda por caducidad, radicó en que el conflicto revestía naturaleza contractual y, por tanto, la caducidad era la de dos años, en vista de que el demandante pidió la nulidad absoluta del contrato. Se destaca que el auto que admitió la demanda lo hizo por la naturaleza contractual del asunto, en cuanto a la pretensión de nulidad absoluta del contrato; sin embargo no se refirió al restablecimiento del derecho.

En virtud de lo anterior, la Sala no se pronunciará sobre las pretensiones de restablecimiento del derecho, pero estudiará el asunto de fondo debido a que otra pretensión del demandante es la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Metroseguridad y Siemens S.A., petición que se fundamenta en la nulidad del acto de adjudicación, susceptible de estudio en vista de que la pretensión anulatoria –sin restablecimiento– podía interponerse en cualquier tiempo; además, la pretensión de nulidad absoluta del contrato tenía una caducidad de 2 años, de manera que no caducó.

4. Posibilidad y condiciones para presentar *aclaración* de las ofertas durante el procedimiento de selección.

¹⁷ En efecto esta es la fecha en que se configuró la caducidad, ya que los 4 meses se cuentan calendario, sin excluir los días de vacancia judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 121 del CPC: “Art. 121. Términos de días, meses y años. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.

“Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”.

Teniendo en cuenta que el debate en la segunda instancia, superado el examen integral de la caducidad, se contrae a establecer si la adjudicación de la licitación que Metroseguridad hizo en favor de Siemens se realizó de manera ajustada al ordenamiento, concretamente por la admisión de la *aclaración* que hizo Siemens a su oferta, la Sala estudiará el régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones de las propuestas, contenido en la Ley 80 de 1993, de cuya comprensión procederá la decisión del caso concreto.

En este lugar la Sala se limitará a reiterar los recientes argumentos expuestos por ella misma en la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986-, en relación con el “régimen jurídico de las aclaraciones y explicaciones en la etapa de evaluación: valoración de las ofertas ‘incompletas’, ‘inconsistentes’ o ‘poco claras’ ”, donde expresó lo que sigue:

4.1. La regla general es que las ofertas deben “deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones...” –análisis del art. 30.6 de la Ley 80-.

El fundamento normativo expreso y más importante de la obligación que tienen las ofertas de ajustarse al pliego de condiciones, con estrictez, se encuentra en el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993¹⁸, que desarrolla la estructura del proceso de licitación, regla extensible a cualquier otro proceso de selección –concurso de méritos, mínima cuantía, selección abreviada o contratación directa- porque sería inaudito que en estos casos las propuestas se puedan separar del pliego, y que la entidad las deba admitir y adjudicar.

Esta disposición consagra, en la primera parte, la forma óptima o perfecta como deben presentarse las ofertas: completas y ajustadas a lo pedido, porque si el pliego de condiciones es la ley del contrato, las propuestas deben sujetarse, con rigor extremo, a sus disposiciones. Esta idea constituye la *regla general* y el punto de partida para comprender el tema. No obstante, inmediatamente surgen dudas inevitables: ¿Este

¹⁸ “6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación”. (Cursiva fuera de texto).

principio es absoluto? y ¿qué sucede si una oferta se separa del pliego en aspectos sustanciales y qué si se desvía de requisitos nimios?

Para la Sala -como ya lo expresó su jurisprudencia, e incluso la doctrina lo estima igual-, la interpretación de esa parte de la disposición no puede extremarse hasta creer que incumplir o acreditar un requisito en forma diferente –simplemente distinta- a la señalada en el pliego *necesariamente* conduce al rechazo de la oferta. Pero tampoco se niega que semejante entendimiento carezca de lógica y de apoyo en esa disposición, porque a “raja tabla” sí dispone que las ofertas se deben adecuar *totalmente* al pliego, pues expresa: “... a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego”. Afortunadamente no añade la consecuencia que produce la falta de acople, por ejemplo el rechazo *in limine*.

Por el contrario, ese fragmento de la disposición debe interpretarse en forma integral con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, específicamente las que confieren a los oferentes la posibilidad de *subsana*r, *aclarar* o *explicar* su oferta, e incluso las que le asignan a las entidades la función de *corregir*, oficiosamente, ciertos requisitos. Conforme a estas ideas, las disposiciones jurídicas no deben interpretarse de manera aislada, mucho menos cuando pertenecen a cuerpos normativos que regulan en forma integral una materia, como sucede con los códigos o los estatutos, función que cumple la Ley 80 con la contratación pública¹⁹.

De manera que no cualquier desviación de la oferta, en relación con el pliego, justifica su rechazo, porque si bien literalmente deben sujetarse a todos y cada uno de los requisitos contenidos en el pliego, tampoco puede aplicarse implacable y fríamente esta disposición a cualquier requisito omitido o cumplido imperfectamente, pues se sabe que la desviación frente a algunos aspectos del pliego no constituyen causa para rechazar la oferta.

¹⁹ Sobre la interpretación del artículo 30.6, la Sala de Consulta del Consejo de Estado señaló en el Concepto del 20 de mayo de 2010 -Rad. 2010-00034-: “el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6º del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes.”

De allí se concluye que el art. 30.6 no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, que son presupuestos para participar en el procedimiento y no hacen parte de los elementos que permiten comparar las ofertas, como como sucede con el número de copias, la tabla de contenido, el foliado, no aportar los documentos en el "orden" exigido, aspectos que no constituyen, en ningún caso, justificación suficiente para rechazar la propuesta, ni siquiera cuando la entidad solicite que se subsanen y el oferente no lo haga, ya que la finalidad de esos requisitos solo es facilitar el examen de las propuestas, pero jamás afectan el contenido de la oferta, aunque sí la disciplina del proceso.

En consecuencia, la regla que contiene el artículo 30.6 rige plenamente en relación con los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, que si bien no afectan la comparación son requisitos de participación en el procedimiento, por tanto fundamentan el rechazo de un ofrecimiento. Algunos de ellos son: falta de certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, un certificado de experiencia, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, la autorización del representante legal por parte de la junta directiva, etc. Requisitos que se acreditan pura y simplemente, y por tanto no se ponderan; frente a ellos el 30.6 aplica plenamente, no tiene excepciones, es decir, la propuesta tiene que cumplir esos requisitos so pena de rechazo. Sin embargo, dicho cumplimiento es ideal que se satisfaga cuando se entrega la oferta; pero si desgraciadamente no sucede así, puede subsanarse, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25.15 de la Ley 80 original, y en la actualidad el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Lo importante con esos requisitos es que se cumplan una vez los requiera la entidad, incluso dichas falencias, que en muchas ocasiones las advierten los demás proponentes durante el traslado que se les da para presentar observaciones al informe de evaluación, pueden acreditarse, a solicitud de la entidad, a más tardar antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, pues es la única oportunidad para defenderse frente a los señalamientos hechos a la oferta.

Esta tesis, que nació en la Subsección C de la Sección Tercera, fue conservada, respaldada o reiterada por la sentencia del 13 de noviembre de 2014, pero esta vez proferida por la Subsección B de la misma Sección, que con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourt mantuvo que:

“20. Así mismo, deben tener en consideración la posibilidad de requerir a los proponentes para que aporten aquellos requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, cuya ausencia, según el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ‘(...) no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos’, norma que se debe interpretar en consonancia con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 30 de la misma ley, que permite a las entidades licitantes ‘solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’ durante el término para la evaluación; y con el numeral 8º del artículo 30, que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas, facultad en ejercicio de la cual ‘(...) los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas’²⁰. En relación con el referido numeral 7º, ha dicho la jurisprudencia:

“ ‘De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará ‘a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

“ ‘De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

²⁰ “Art. 25. En virtud de este principio –el de economía–: (...) 15. (...) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. (...) Art. 30. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...) 8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

“ ‘En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué ‘solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables’, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?’²¹”

“21. Y en relación con el numeral 8º, manifestó la misma providencia:

“ ‘La etapa de ‘observaciones al informe de evaluación’ corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición transcrita la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe.

“ ‘Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía-, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarla.

“ ‘En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en la entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido ‘era o no necesario para la comparación de las propuestas’.

“22. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que aún a la luz de las normas de la Ley 80 de 1993 -antes de la expedición de la Ley 1150 de

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25804, C.P. Enrique Gil Botero.

2007-, existen requisitos y exigencias que se hacen en el pliego de condiciones que no son indispensables para la comparación de las ofertas y que por lo tanto, frente a su deficiencia, pueden ser subsanados a solicitud de la entidad²².

Finalmente, al pie de página No. 17 de la providencia citada pie de página No. 22 de la presente sentencia-, la Subsección B concluyó: "... Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración. *Contrario sensu*, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos y documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables."

4.2. Posibilidad de *aclarar y explicar* el contenido de las ofertas

²² Al respecto, si bien el presente caso no se rige por la Ley 1150 de 2007, puesto que el procedimiento de selección al que se refiere fue anterior a su vigencia, sí resulta ilustrativo lo dispuesto en dicha normatividad en relación con la capacidad financiera de los proponentes, que pasó a ser un requisito habilitante no sujeto a puntaje y la posibilidad de subsanar esta clase de requisitos. Dicha ley, establece en el artículo 5º numeral 1º, que las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; a su vez, el parágrafo 1º de la misma norma dispone que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. La norma establece: "Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: // (...) // "Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización." En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación, y en el caso de la subasta, deben ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Es decir que el legislador reconoció que en el procedimiento de selección de contratistas la parte de las propuestas que no debe ser tocada ni modificada durante el procedimiento de evaluación y calificación so pretexto de su corrección, es la referente a los factores sujetos a puntaje, los cuales corresponden al objeto propiamente dicho del futuro contrato, sus especificaciones técnicas, su precio, etc., que constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración. *Contrario sensu*, las deficiencias que se presenten en todos aquellos requisitos y documentos que no son objeto de puntaje, resultan subsanables.

Añadió la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986- que una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7, que por su importancia se transcribe:

"7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y *para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.*" (cursiva fuera de texto)

Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de *subsanabilidad* es una posibilidad diferente: la oportunidad de *aclarar* o *explicar* lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego.

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de *aclarar* los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de *evaluación* de las ofertas -que se diferencia de la *subsanabilidad* -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta -los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.

De esta manera, *aclarar* o *explicar* es diferente a *subsanar*, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad -aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a

lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo²³.

Aunque los conceptos de *aclarar* y *explicar* son independientes, en significado y alcance durante el proceso de selección, de la posibilidad de *subsana* la oferta, todos persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego –*subsana*-, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias –*aclarar o explicar*-.

En relación con lo último, no puede olvidarse que las *propuestas*, como *textos* que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos.

De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja.

En todo caso, cuando la administración asume la *actitud hermenéutica* no trata, como propósito, de encontrar incoherencias o errores para detenerse en ellos y agotar su trabajo de evaluación, la intención correcta es precisar la incidencia que tiene ese

²³ Sobre la posibilidad de explicar o aclarar la oferta, PINO RICCI señala que se puede hacer añadiendo documentos, lo que no implica modificar la oferta: “Dentro del plazo de las evaluaciones la entidad estatal podrá, solicitar ‘las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables’. Adicionalmente, si los oferentes lo considera pertinente, podrán hacer las aclaraciones que consideren oportunas sin que sea necesario el requerimiento expreso de la entidad. Las aclaraciones permitirán a la entidad precisar el alcance de aquellos aspectos confusos o ambiguos de las ofertas, pero en ningún caso éstas podrán implicar una modificación del ofrecimiento. Ocurrirá una modificación si se presentan informaciones no referidas en la oferta, por tanto, presentar un documento que permita acreditar la información contenida en la oferta o constituye una modificación.” (PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 301)

hallazgo en el proceso de selección y en el futuro contrato, de ahí que cuando se presentan dudas sobre el alcance o sobre posibles falencias de la oferta deben escucharse las explicaciones del proponente, para garantizar tanto su participación como el interés general de encontrar la oferta que mejor garantice el servicio público.

Finalmente, la necesidad de *aclarar* o *explicar* la oferta es el resultado de una *actitud hermenéutica* no satisfecha autónomamente por el sujeto que interpreta -la administración-, quien se encuentra ante una situación de incomprensión, confusión y falta de inteligibilidad de un dato.

4.3. Consecuencias, en la fase de evaluación, de que la oferta tenga datos confusos o poco claros

La falta de *claridad* no supone, *per se*, un problema de *subsaneabilidad* de la oferta; aunque en ocasiones conduce a aplicarlo. En estos eventos, se insiste, la oferta suele estar completa, pero no es preciso su contenido, así que la administración debe indagar por el alcance exacto de lo propuesto, para despejar las inquietudes que surgen, y con base en ellas tomar las decisiones que correspondan. De esta manera, como consecuencia de la aclaración o explicación que ofrece el proponente, la administración puede concluir:

a) Que la oferta está perfecta, y continúa su evaluación.

b) Que la oferta no se ajusta a lo pedido, en cuyo caso optará por: **a)** permitir que se subsane el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en las condiciones que establece la ley; **b)** rechazar la oferta, cuando el defecto que se puso en evidencia produce esa consecuencia y es insubsanable, o **c)** evaluar la oferta, con la consecuencia consiguiente que produce el defecto que se puso en evidencia con la explicación, en caso de que no provoque el rechazo sino un castigo en su valoración.

En todo caso, se insiste en que *subsane* no es lo mismo que *aclarar* o *explicar*, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que la *aclaración* o *explicación* se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la

asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.

Lo anterior tampoco significa que si el proponente claramente incumple un requisito sustancial del pliego –de los que producen el rechazo- la entidad tenga que pedir explicaciones, pues en tal caso hay claridad y podrá: i) rechazar inmediatamente la oferta, o ii) solicitar antes que se subsane, si es susceptible de ello.

Lo anterior también significa que en caso de inconsistencia o falta de claridad en la oferta, la entidad tiene el deber de escuchar al proponente y pronunciarse sobre sus explicaciones, si es del caso incluso luego del *traslado del informe de evaluación*, como sucede en la audiencia de adjudicación, toda vez que en muchos casos las propuestas se rechazan por observaciones que hacen los participantes a las demás propuestas, afirmaciones frente a las que el proponente objetado no tiene oportunidad de pronunciarse durante el traslado del informe, y solo puede defenderse en esta instancia, pues, como lo señala el artículo 30.10, la audiencia es una instancia deliberativa donde se toman decisiones que inciden en el procedimiento de selección: “De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido”²⁴.

²⁴ Aunque es una norma que no tiene aplicación en el caso debatido, el decreto 1510 de 2013 que reglamenta las leyes de contratación estatal es clara en señalar que: “Art. 39. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación (...).

“1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la entidad estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

“2. La entidad estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.

No obstante lo anterior, lo ideal en un proceso de selección es que las *aclaraciones* y *explicaciones* se anticipen y soliciten durante la etapa de *evaluación*, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo. Esto garantiza la doble posibilidad de comunicación entre la administración y los oferentes, puesto que las explicaciones se manifestarán antes de producirse el informe y luego podrán impugnarlas los demás proponentes en el término de traslado de la evaluación.

4.4. Oportunidad y tiempo para *subsana*r, *aclarar* o *explicar* la oferta

Además de las ideas que se viene citando de la sentencia del 12 de noviembre de 2014 -exp. 27.986-, la misma providencia expresó que en vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse *hasta antes de la adjudicación*, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, la Sala insistirá hará la siguiente precisión:

La expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son

“3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la entidad estatal haya señalado con anterioridad.

“4. La entidad estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el Secop con antelación.

“5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda. (cursiva fuera de texto)

“*preclusivos y perentorios*”, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno²⁵.

Lo anterior significa que durante la vigencia de la Ley 80 -y con más claridad en vigencia de la Ley 1150 de 2007- las entidades estatales deben solicitar a los proponentes que aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las propuestas. Esta oportunidad sólo puede realizarse, por razones obvias, a partir del momento en que empieza la etapa de *evaluación* –tan pronto se entregan las ofertas-, abarcando la etapa de *análisis de las observaciones contra el informe de evaluación* –que materialmente supone una evaluación final de las ofertas- e incluso -como límite- llega hasta la *adjudicación*. Esto significa que la oportunidad para aclarar, explicar y subsanar las ofertas incluye varias etapas del proceso de selección.

En el interregno comentado la administración concede al proponente el plazo discrecionalmente previsto en los pliegos de condiciones –usualmente de unos días- para aclarar, explicar o subsanar. Si el pliego no contempló el término la administración, discrecionalmente, fija uno *ad hoc*, porque no puede escudarse en semejante vacío para prescindir del derecho del oferente de esclarecer la oferta. Esta posibilidad, en todo caso, se extiende a todos los oferentes con propuestas deficientes; de ninguna manera cabe discriminar entre unos y otros.

En este horizonte, si bien es obligación de la entidad permitir que se aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las ofertas susceptibles de esa oportunidad, y por ende es un derecho de los participantes que se lo soliciten, se trata de una oportunidad temporalmente limitada, cuyo término define la administración, y es preclusivo para subsanar o aclarar; y si el proponente no corrige o explica dentro del estricto plazo conferido –por ejemplo, no subsana los problemas de la póliza, no acredita la experiencia pedida, etc.-, la administración conserva la posibilidad de ampliarlo o de

²⁵ El parágrafo 1 del artículo 5 es claro en este aspecto: “(...) En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, *podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación*”. (cursiva fuera de texto) En efecto, la norma establece que hasta la adjudicación la entidad puede requerir para que se subsane el requisito, mas no que el proponente subsane a su arbitrio durante ese lapso, por lo que debe acogerse al término fijado por la administración. La norma además aclara que en los procesos de selección en que se utilice el mecanismo de subasta, la posibilidad que tiene la entidad para fijar el plazo dentro del cual la propuesta debe subsanarse, se reduce, pues no será hasta la adjudicación, sino hasta antes de la realización del certamen de subasta.

admitir la entrega tardía, pero llegado el caso precluye para el oferente la oportunidad para hacerlo, así que la administración puede evaluar esa oferta concreta conforme a la información –o desinformación- que consta en el expediente del proceso de contratación, pudiendo rechazarla por no ajustarse al pliego de condiciones, e inadmitiendo la información entregada tarde –aportación de póliza fuera del término, corrección tardía de la experiencia adicional, etc.-.

De la anterior manera se ponderan adecuadamente el *derecho* del proponente a subsanar, corregir y aclarar; con el *derecho-deber* que tiene la administración de avanzar y concluir el procedimiento de selección –principios de eficiencia, economía y celeridad de la actuación administrativa-, que no se puede estancar ni quedar en vilo de las respuestas extemporáneas que entregue el oferente. De esta forma la administración también adquiere seguridad jurídica para adoptar las decisiones que correspondan frente a las ofertas incompletas o poco claras que no se subsanan o explican en el tiempo otorgado, así que el vencimiento de la oportunidad garantiza a la administración que la decisión que tome con base en la información que posee es segura y confiable, comoquiera que se ajusta al derecho que aquí se explica.

En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada *a más tardar hasta la adjudicación*; es la entidad quien tiene, *a más tardar hasta la adjudicación*, la posibilidad de *pedir* a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección.

En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente²⁶ -como cuando otorga un par de horas para conseguir un documento que objetivamente tarda más-, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas.

5. Caso concreto

Como la pretensión restablecimiento del derecho caducó, en el caso concreto sólo se analizará si procede la nulidad absoluta del contrato, como también lo pidió Tecnologías y Representaciones Ltda., lo que tiene como presupuesto la nulidad simple del acto de adjudicación, con sustento en la causal de nulidad absoluta del contrato consagrada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993²⁷.

Los cargos de nulidad contra el acto de adjudicación, que repercuten en la validez del contrato, se reconducen a dos aspectos: i) el adjudicatario debió ser el demandante porque su oferta era la mejor para los intereses públicos; y ii) Siemens Ltda. no debió ser adjudicatario porque su oferta no se adecuó a los requisitos del pliego, y durante el periodo de evaluación cambió lo inicialmente ofertado.

5.1. Evaluación de la oferta previamente *aclarada* en su contenido

En relación con la oferta del demandante, rechazada en el procedimiento de selección por no cumplir los requisitos mínimos, la Sala considera, al igual que lo hizo el Tribunal,

²⁶ En efecto, la Ley 1437 señala en el artículo 44: “Art. 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

²⁷ “Art. 44. De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

(...)

“4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

que el proponente no demostró que su oferta cumpliera las exigencias mínimas del pliego y que, por tanto, pudiera considerarse como la que debió elegirse.

Metroseguridad llegó a esta conclusión luego de brindarle al demandante la posibilidad de presentar aclaraciones respecto de los requisitos de la oferta, porque la entidad tuvo dudas sobre su cumplimiento. Por eso lo requirió para que aclarara “como se logra la redundancia en el control central en el esquema suministrado en su oferta y de acuerdo con lo solicitado en el numeral 3.05.1” -fl. 215, cdno. 7, sub-cdno. 3-, a lo que respondió: “ofrecemos un módulo CPU programado, de repuesto, para reemplazar el original en caso necesario” -fl. 215, cdno. 7, sub-cdno. 3- (esta es la misma respuesta que el demandante señala que dio a la entidad, como lo transcribió en el hecho 7 de la demanda -fl. 34, cdno. 1-).

De manera que la entidad, luego de advertir la posible falencia, le permitió al proponente *explicar* la oferta en relación con el modo como cumpliría uno de los requisitos mínimos: la *redundancia* del sistema de vigilancia. Fue luego de esa indagación, esclarecedora del contenido de la oferta, que infirió el incumplimiento de exigencias sustanciales del pliego, lo que condujo al rechazo.

La Sala comparte la decisión de la entidad, por las siguientes razones: el pliego de condiciones exigió, en el numeral 3.05, “especificaciones generales del hardware”, en el subnumeral 1, “Redundancia”: “Todos aquellos equipos del control central susceptibles de generar fallas totales o parciales al sistema deberán estar duplicados y ser conmutados sin traumatismos en la operación.”// Adicionalmente, todos aquellos periféricos y sus controladores informáticos como unidades de cinta magnética, discos ópticos, terminales de video, etc. estarán duplicados cuando una falla de éstos ocasione un deterioro total o parcial en la operación del sistema. Para estos equipos, las bases de datos deben estar continuamente actualizándose en el equipo de respaldo.” –página 3, *adendo* 1, cdno. 9-

De manera que el pliego estableció que el sistema de vigilancia, en caso de presentar fallas, debía contar con un duplicado que permitiera conmutar la información *sin traumatismos en la operación*, lo que la entidad, adecuadamente, interpretó como la necesidad de que el sistema en ningún momento dejara de funcionar, es decir, que en

caso de que fallara el sistema principal tuviera uno de reemplazo que garantizara el servicio *automáticamente*, o sea, sin que se perdiera la continuidad, porque podría comprometer el servicio de seguridad, que es la finalidad del sistema de vigilancia.

En efecto, como lo señalaron los testigos interrogados por el tribunal, en relación con la *redundancia* y el incumplimiento de dicho requisito, cuya satisfacción logró el adjudicatario, se destacan los siguientes apartes:

El señor Octavio León Caro Castaño se refirió al requisito de la *redundancia*, en los siguientes términos: “el sistema de vigilancia debía ser muy ágil y tolerante a fallas para evitar interrupciones en el sistema de vigilancia; por tanto, el tiempo que el sistema estuviera por fuera del servicio era supremamente importante y Tecnologías y Representaciones no ofrecía este tipo de sistemas pues solo ofrecía tarjetas que un técnico podría reemplazar y ello implica largos periodos de tiempo de espera para la recuperación de fallas” –fl. 156, cdno. 1-

En el acta de audiencia del mismo testimonio se consignó: “El apoderado de la parte demandante PREGUNTA: Aclárenos algunos puntos de sus respuestas anteriores, específicamente en lo relacionado con los sistemas ofrecidos por las dos entidades, tanto de Tecnología y Representaciones así como Siemens. Está claro que lo solicitado en la licitación era un sistema de vigilancia, qué ofrecía frente a eso Tecnología y Representaciones y que ofrecía Siemens? CONTESTÓ: Hagamos alusión a un sistema aeronáutico. Cuando se viaja en un avión normalmente se tienen tres sistemas electrónicos que pueden apoyar al piloto en una operación de emergencia en caso de fallar cualquiera de los dos; para casos terrestres la urgencia no es tan manifiesta como tener tres sistemas, pero se requiere al menos uno adicional que sea capaz de soportar la operación de emergencia. *En el caso del sistema ofrecido por Siemens esto era totalmente automático y no requería la presencia de un técnico que pudiera estar dormido en ese momento si es del caso o incluso dispuesto a atender la falla, que le podría tomar minutos e incluso horas, las cuales serían de suma importancia en la operación de un sistema de vigilancia.* (cursiva fuera de texto) –fl. 158, cdno. 1-

En forma coincidente, John Jaime Restrepo Toro se refirió a la respuesta dada por el demandante a la solicitud de aclaración efectuada por la entidad durante el procedimiento de selección:

“A tecnología y representaciones si se le solicitó una aclaración referente a la redundancia del control central, ya que ese era un punto en el cual no había la suficiente claridad y era fundamental dentro del sistema. Dentro de las especificaciones técnicas se solicitaba que por tratarse de un sistema de seguridad y vigilancia, debía tener redundancia el control central en forma automática de tal forma que garantizara su operación continua en caso de fallas en el control central. PREGUNTADO: Cómo se evaluó la aclaración presentada por esta empresa en caso de haberse hecho efectivamente? CONTESTÓ: Tecnología y Representaciones le respondió al Comité Técnico indicando que la redundancia se daba al tener disponibles tarjetas de repuesto y que en caso de presentarse una falla, bastaba con que un operador cambiara la tarjeta que tenía problemas, lo cual no satisface la exigencia del pliego de condiciones que solicitaba una transferencia automática en el control central”.

Finalmente se transcribirán algunos apartes del testimonio rendido por Germán Correa Robledo, no obstante que existen otras pruebas testimoniales que concuerdan en lo esencial sobre el incumplimiento de la oferta del demandante de un requisito sustancial del objeto a contratar: el requisito de la redundancia:

PREGUNTADO: Infórmele al Tribunal en qué consistía dentro de esa licitación el tema referido a la redundancia. Y si Tecnologías y representaciones cumplía o no con ese punto? CONTESTÓ: El tema de la redundancia es fundamental para un sistema de cómputo o equipos electrónicos que requieren procesar información. Es un respaldo que se requiere disponer de él en forma inmediata o simultánea con el sistema principal. Que yo recuerde, Tecnología y Representaciones no cumplía con este requisito considerado de vital importancia. PREGUNTADO: Dice ud. en su respuesta anterior que el tema de la redundancia debe referirse a la existencia de un sistema adicional y simultáneo de reemplazo al principal en sus funciones en un momento determinado. Quiere eso decir, entonces, que debía ese sistema adicional debía funcionar automáticamente o admitía además, la utilización de tarjetas de repuesto? CONTESTÓ: En un sistema de cómputo o de control electrónico de determinadas variables es fundamental que simultáneamente estén funcionando digámoslo así, dos computadores para el supuesto caso en que falle el principal automáticamente, (sic) entra a reemplazarlo el secundario que se encuentra de respaldo y donde está almacenado al mismo tiempo igual información que el primero. Considero que el método de disponer de tarjetas electrónicas para atender una eventual falla en el sistema no es el apropiado o recomendable, porque obliga a interrumpir el servicio, existe la

posibilidad de perder información y de tener interrupciones en el normal funcionamiento del sistema que si su objeto principal es la seguridad ciudadana, no es conveniente para lograr lo propuesto. PREGUNTADO: Ud. recuerda cuál era el sistema en materia de redundancia ofrecía (sic) entonces Tecnología y Representaciones? CONTESTÓ: Que yo recuerde, en la propuesta de Tecnología y Representaciones no consideraban la redundancia, simplemente mencionaban la disponibilidad de tarjetas para proceder a reparar las posibles fallas del sistema. PREGUNTADO: Esa oferta de tarjeta de repuesto implicaba que en un momento crítico de falla al servicio tuviera que intervenir la participación del hombre? CONTESTÓ: Si debe participar el hombre para diagnosticar la falla en el sistema, hacer un seguimiento electrónico con una secuencia lógica para determinar las tarjetas electrónicas a cambiar, con las consecuencias mencionadas anteriormente como la suspensión o interrupción en el funcionamiento del sistema, las posibles demoras en su reparación y las dificultades o consecuencias que podrían tenerse al no poder contar con dicho sistema en funcionamiento normal”. -fl. 180 a 181, cdno. 1-

A continuación explicó la forma en que el adjudicatario cumplió el requisito de la *redundancia*: “PREGUNTADO: Dígame al tribunal si la propuesta de Siemens cumplía con ese objetivo de la redundancia, es decir, si había incluido en su propuesta tal ofrecimiento y por qué razón? CONTESTÓ: La propuesta de Siemens cumplía con la exigencia de respaldo o redundancia en el sistema. La cumplía porque el sistema de cómputo era dual o sea que disponía de dos procesadores en línea.” -fl. 180 a 182, cdno. 1-.

Como se observa de los testimonios, que se apoyan en lo establecido en el pliego de condiciones, uno de los requisitos del sistema de vigilancia era la redundancia, cuya finalidad consistía en que no se presentaran interrupciones en la prestación del servicio de vigilancia, que incidieran en el servicio de seguridad, y en vista de que el demandante no demostró que cumplía dicha exigencia, la decisión de la entidad fue la adecuada, en tanto no podía considerar como posible adjudicatario a un proponente que incumplía con requisitos mínimos y sustanciales del pliego de condiciones.

Adicionalmente la Sala considera, al igual que lo hizo el tribunal, que faltó actividad probatoria por parte del demandante para demostrar que su oferta debió ser la seleccionada por la entidad, en particular, demostrar cómo su oferta se adecuó al requisito de la *redundancia*, pues se considera, como lo hizo el *a quo*, que el informe técnico aportado al proceso no puede valorarse, debido a que no se cumplieron con los

requisitos mínimos establecidos en la norma vigente para el momento en que se aportó dicha prueba al proceso, en específico, el peritaje debió realizarse *de común acuerdo* con la contraparte, y no unilateralmente.

En efecto, uno de los aspectos apelados consistió en que el Tribunal decidiera no tener en cuenta el peritaje que aportó al proceso, pues en su concepto debió valorarse, debido a la modificación introducida por el artículo 10 de la Ley 446 de 1998, en relación con la aportación y práctica de pruebas, que en el numeral 1, señala: "Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticos emitidos por instituciones o profesionales especializados".

La norma que regulaba los requisitos para aportar experticias, antes de la Ley 446 de 1998, era el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, que establecía que los informes técnicos, para ser valorados como prueba, debían ser aportados de común acuerdo por las partes:

"En todo proceso *las partes de común acuerdo* pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

"1. *Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlos al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo*". (cursiva fuera de texto).

Como se observa, antes de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, las experticias debían presentarse de común acuerdo, por lo que hacerlo unilateralmente implicaba que la prueba no pudiera valorarse, por incumplir un requisito establecido por el legislador extraordinario²⁸; no obstante, la Ley 446 de 1998 permitió que las partes, de forma independiente, aportaran pruebas periciales, las cuales podían ser controvertidas por la contraparte.

²⁸ El Decreto 2651 de 1991 se expidió con fundamento en las facultades excepcionales concedidas al Presidente de la República por la Constitución, de manera como se estableció en el artículo 5 transitorio de la Carta: "Art. transitorio 5. Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para:

(...)

"e) Expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales".

Los requisitos que deben observar las pruebas que se aportan o practican en el proceso son las existentes al momento de su aportación o práctica, lo que resulta de lógica esencial y de justicia. Así, sería injustificado exigir requisitos y cargas que no existían en determinado tiempo, pero que se introducen o modifican por una norma posterior. Pero, de igual manera, el incumplimiento de cargas probatorias no puede subsanarse por el hecho de que los requisitos se alteren en el futuro; es decir, se *itera* la regla de que los requisitos y cargas probatorias que deben cumplir las partes en los procesos judiciales son las existentes al momento de su aportación o práctica. Esto se apoya en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, vigente al momento en que se aportó la prueba pericial al proceso, según la cual: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". En efecto, el periodo probatorio -y dentro de él aportar una prueba-, se trata de una "actuación" o "diligencia" iniciada, que se rige conforme a la norma vigente en ese momento, sin importar las futuras modificaciones de los requisitos, ya sea que se amplíen o restrinjan, ya que ellos también constituyen una garantía para la contraparte cuyo comportamiento y buena fe se guía conforme a las reglas establecidas y no pueden dejarse al azar de futuros cambios.

Aplicadas estas ideas al tema debatido, en vista de que el dictamen pericial se practicó y aportó al proceso antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 -se aportó en 1995-, los requisitos que debieron observarse fueron los consagrados en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 y, por tanto, dicha prueba no debió ser valorada por el *a quo* -quien, en efecto, no la tuvo en cuenta- y tampoco será valorada en esta instancia.

En conclusión, como el demandante no demostró que su oferta debió seleccionarse, por cumplir los requisitos mínimos del pliego, se confirmará la decisión del tribunal.

5.2. Valoración del presunto *mejoramiento* de la oferta adjudicada durante el término de evaluación.

La indebida evaluación de las ofertas es otro aspecto que afecta la legalidad de un acto de adjudicación, y en consecuencia la validez del contrato. En relación con él, el apelante considera que el adjudicatario no cumplió los requisitos del pliego de condiciones y que, aprovechando la oportunidad para presentar aclaraciones, modificó el ofrecimiento inicial, agregando elementos que en principio no ofertó. A juicio del apelante el mejoramiento o modificación consistió en: i) se ofreció un sistema de medición de variables no contemplado en la oferta inicial, y ii) se “ofrece una reducción del 40% en el valor del Software”.

a) Aclaración de la oferta en relación con la “valoración de la medición de las variables de tráfico”.

El aspecto del pliego presuntamente incumplido, según los cargos del demandante, fue el prescrito en el numeral 3.9, “requerimientos específicos”, que en el numeral 2.5 exigió que el sistema de vigilancia debía cumplir la función de medir ciertas variables de tráfico:

“2.5 Medición de variables de tráfico

“El control central mediante la utilización de las imágenes captadas estará en capacidad de medir y/o calcular las siguientes variables de tráfico:

“- Velocidad de desplazamiento de un vehículo

“- Volúmenes de tráfico discriminados y homologados

“- Ancho de las vías o parte de ellas

“- Distancia media entre vehículos

“- Carriles

“- Colas” –fl. 29, pliego de condiciones, cdno. 9-.

Frente a este aspecto, Metroseguridad, dentro del término para evaluar las ofertas, antes de elaborar el informe de evaluación, solicitó a Siemens aclarar de su oferta la forma como cumple la medición de las variables, porque ésta señaló en la oferta que: “Existe la posibilidad de escalizar en distancia las imágenes, sin embargo, la aplicación específica para el video no es la de actuar como instrumento de medida del tráfico, para lo cual están las diferentes centrales y equipos de control de tráfico y semaforización electrónica del municipio” –fl.56 de la oferta del adjudicatario, cdno. 3-.

Metroseguridad, al no tener claridad sobre el cumplimiento de la exigencia -de hecho, intuyó un incumplimiento parcial-, solicitó la aclaración respectiva, y el oferente –ahora adjudicatario-, en comunicación del 22 de agosto de 1994, respondió:

"23. Medición de variables de tráfico

"Como se mencionó en el punto 13, mediante el software especializado de control de la matriz es posible digitalizar una imagen y mantenerla en pantalla en el PC, la cual puede ser analizada para aplicaciones de tráfico, en cálculo de variables. Como se mencionó en nuestra propuesta, los sistemas de video no son sistemas apropiados para ser utilizados como instrumentos de gran exactitud en la medida de variables de tráfico, pues para ello los municipios disponen de los equipos de control y medición de tráfico con los sistemas de (sic) semaforización electrónica que están diseñados para tal fin.

"En el ítem 13 'sensores de movimiento' (opcional) ofrecimos un sistema especializado para tráfico que digitaliza imágenes de video y que permite actuar también como sensor de movimientos, cuando se marca en pantalla un sitio específico sobre una imagen que deba ser sensible a los movimientos. Este sistema permite efectuar una medición y/o cálculo de las variables de tráfico mencionadas en el Item 3.09. 2.5 en forma más precisa. Es importante entender que es un sistema que opera tan solo para una entrada de video que es seleccionada para la video matriz. Si se deseara ampliar la capacidad de este sistema ofrecido opcionalmente, para darle una mayor cobertura en tráfico este puede tomarse tantas veces en su valor como número de entradas de video se deseen para manejo a partir de 4 entradas de video. El sistema resultante se explica en el catálogo adjunto. En caso de requerirse un mayor número de entradas de video podríamos conceder un descuento especial". -fl. 222, cdno. 7, sub-cdno. 3-

La entidad, todavía dentro del término de evaluación, y no totalmente satisfecha con la respuesta, le inquirió: "aclarar a la luz de su oferta básica, como el Sistema de Video ofrecido por SIEMENS S.A., realiza la medición de las variables de tráfico solicitadas en el numeral 3-09-2.5, indicando claramente el hardware y el software necesario para tal fin, así como su precio y donde está incluido". El adjudicatario respondió el 25 de agosto, reiterando parcialmente la respuesta inicial:

"Como mencionamos en nuestro oficio del 19 de Agosto, mediante el software especializado de control de la video matriz es posible digitalizar una imagen y mantenerla en pantalla en el PC, la cual puede ser analizada para aplicaciones de tráfico, en cálculo de variables.

"En el Item 13 del formulario de precios de la propuesta 'sensores de movimiento' (opcional) ofrecimos un sistema especializado para tráfico que digitaliza imágenes de video y que permite actuar también como sensor de movimiento, cuando se marca en pantalla un sitio específico sobre una imagen que deba ser sensible a movimientos. Este sistema permite efectuar una medición y/o cálculo de las variables de tráfico mencionadas en el Item

3.09. 2.5 en forma más precisa. Es importante entender que es un sistema que opera tan solo para una entrada de que es seleccionada para la video matriz. Si se deseara ampliar la capacidad de este sistema ofrecido opcionalmente, para darle una mayor cobertura en tráfico, este puede tomarse tantas veces en su valor como número de entradas de video. El sistema resultante se explica en el catálogo que fue entregado a ustedes (Autoscope – 2003). En caso de requerirse un mayor número de entradas de video podríamos conceder un descuento especial”. –fl 223, cdno. 7, sub-cdno. 3-

Los funcionarios encargados de realizar la evaluación técnica consideraron que con las aclaraciones se entendía que la propuesta se adecuaba al pliego de condiciones, mediante los equipos efectivamente ofrecidos como opcionales en el *ítem* 13 de la oferta del adjudicatario²⁹. Así, en el “concepto sobre información complementaria de Siemens S.A.”, se consignó: “la aclaración técnica y catálogos enviados por Siemens S.A. dejaron satisfecho completamente al comité técnico por cuanto los equipos para medición de variables de tráfico están ofrecidos en el ítem 13 de forma opcional a un costo de US\$16.719,00 por entrada de video, dada esta situación el equipo ofrecido pasa a ser parte de la oferta básica”. –fl. 223, cdno. 7, sub-cdno. 3-

De esta manera Siemens se ajustó al pliego de condiciones, aspecto que no es fuertemente cuestionado por el demandante, quien sustenta la falta de adecuación en que la oferta no cumplió las exigencias del pliego, y que fue modificada en la oportunidad que tienen los proponentes para hacer aclaraciones, así que la adecuación final no se cuestiona, por tanto el examen radica en definir si la oferta se modificó o alteró, es decir, si se ofreció algo adicional a lo que estaba en la oferta desde su presentación o si la actuación llevada a cabo por el adjudicatario, apoyada en las posibilidades brindadas por la entidad, fue una *aclaración*.

La Sala considera que se trata de lo último, es decir, que la oferta se *explicó* o *aclaró*, porque no se agregó nada a lo inicialmente propuesto –aquí aún no se analiza el “descuento especial ofrecido por el adjudicatario, porque se desarrollará más adelante-.

²⁹ En efecto, en el formulario de precios, de la oferta de Siemens se señaló en el *ítem* 13: “Sensores de movimiento (opcional). Computador para digitalización de video por grabación en disco duro, de acuerdo a las características mencionadas en el numeral 3.09 punto 2.4 de los comentarios del pliego de condiciones” -fl. 76, oferta de Siemens, cdno. 3-

En efecto, la adecuación del ofrecimiento al pliego se hizo al *explicar* que con los *ítems* ofrecidos inicialmente como “opcionales” se cumplía lo exigido por la entidad; es decir, la aclaración consistió en señalar que un *ítem* ofrecido inicialmente como opcional –el contemplado en el formulario de precios como “sensores de movimiento” (ver pie de página)-, se tomaría como parte de la propuesta básica para cumplir los requisitos mínimos, al igual que se explicó la forma como con base en dichos *ítems* se satisfacía el requisito –medición de variables de tráfico-; adecuación final que, se reitera, el demandante no cuestionó.

La circunstancia anterior fue posible en vista de que esa *adecuación* de la oferta al pliego se hizo mediante una aclaración de lo que ya estaba en la propuesta, de modo que no hubo modificación, simplemente se aclaró su contenido, pues, como se evidencia, el adjudicatario nada agregó, ni acreditó un requisito que incumpliera, simplemente aclaró su alcance, mantenido el contenido inicial, es decir, lo que desde el principio ofreció.

En este horizonte, Metroseguridad, luego de escuchar a Siemens –posterior adjudicatario-, aclaró las dudas respecto al cumplimiento de la propuesta, por tanto su actuación fue la indicada, al brindarle dicha posibilidad, como se mostró ampliamente en el acápite 4 de las consideraciones, de manera que al no agregarse algo a lo que estaba consignado inicialmente en la propuesta se trató de una *aclaración* y no de una modificación de un requisito inobservado.

Incluso, la entidad le concedió la misma oportunidad a Tecnologías y Representaciones Ltda. para aclarar su oferta, solo que llegó a conclusiones diversas. En efecto, luego de dilucidar la forma en que acreditaba la redundancia concluyó que no se ajustaba al pliego de condiciones; en cambio, en relación con Siemens concluyó que lo inicialmente ofrecido -presente desde que se entregó la oferta- se satisfacían los requisitos del pliego, que era lo necesario para ejecutar el negocio de vigilancia y, por tanto, lo pedido por la entidad.

Lo analizado explica que no se vulneró el principio de igualdad, ya que la posibilidad de *explicar* y *aclarar* el contenido de las ofertas se les concedió, en igualdad de condiciones, a los dos proponentes. En conclusión, la Sala observa que no se cambió lo inicialmente

ofertado, porque la *adecuación* al pliego se hizo mediante *ítems* y requisitos que desde el principio estaban en la propuesta.

Por expresado este cargo será desestimado, y ahora se analizará si el ofrecimiento del descuento en el momento en que se permitió aclarar la oferta sobrepasó la posibilidad de *aclarar o explicar* el contenido del ofrecimiento, y sus consecuencias.

b) Inclusión, al momento de *aclarar* la oferta, de un descuento sobre el precio inicialmente sugerido.

Como se evidencia en algunos apartes transcritos de las aclaraciones del adjudicatario, al señalar que incluiría los *ítems* ofrecidos como opcionales –sensores de movimiento- como parte de la oferta básica, agregó que al proveerlos, como entradas de video, ofrecía un “descuento especial”³⁰, y aunque allí no señaló cuál sería dicho descuento se sabe que fue del 40%, lo que se acredita con el acto de adjudicación –fl. 8, cdno. 1-.

La Sala coincide parcialmente con el demandante en que el descuento propuesto extemporáneamente sobrepasó la posibilidad de *aclarar o explicar* la oferta, porque incluyó un mejoramiento indebido.

En efecto, en la propuesta de Siemens se estableció que el valor de los “sensores de movimiento” (opcional) sería de US\$16.719,00 –fl. 76, oferta de Siemens, cdno. 3-, sin ofrecer un descuento; razón por la cual ya no era posible para el oferente añadirlo durante la etapa de evaluación, y concretamente al contestar una solicitud de aclaración, porque so pretexto de esclarecer la propuesta en aspectos confusos no mejorar aspectos objeto de la evaluación futura.

Por lo anterior, hay que determinar la consecuencia que se desprende de ese *mejoramiento* introducido, es decir, de la actuación del oferente que sobrepasa la posibilidad de *aclarar* la oferta, afectando la igualdad en la licitación. La respuesta es simple: el *mejoramiento* que se intenta introducir no se toma en cuenta para la

³⁰ En la aclaración inicial el adjudicatario señaló: “En caso de requerirse un mayor número de entradas de video podríamos conceder un descuento especial”. –fl. 222, cdno. 7, sub-cdno. 3-. Ofrecimiento que reiteró en la aclaración adicional: “En caso de requerirse un mayor número de entradas de video podríamos conceder un descuento especial” –fl. 223, cdno. 7, sub-cdno. 3-.

evaluación; y de ninguna manera ese intento fallido justifica el rechazo automático de la oferta.

Lo expresado significa que cuando se intenta modificar alguno de los aspectos de la oferta, estén o no relacionado con los criterios de evaluación -como comúnmente es el precio o la experiencia específica-, se evalúa tal y como se presentó inicialmente; este es el alcance que tiene la expresión legal: “el *mejoramiento* no se tiene en cuenta”.

Así es que no hay razón para rechazar la propuesta, porque de ninguna manera el intento de mejorarla significa *retirarla* o *retractarse* de ella; en realidad el fin que persigue la prohibición de *mejorarla* cuando ya se entregó a la administración es mantener la igualdad entre los oferentes, y esto se observa cuando se evalúa en la forma en que se presentó inicialmente, momento en el que todos los participantes tienen las mismas posibilidades.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala concluye que esta fue la forma en que actuó la entidad, porque no tuvo en cuenta *para adjudicar* el descuento propuesto a destiempo, sino que evaluó la oferta tal como se presentó inicialmente. En efecto, en el “concepto sobre información complementaria de Siemens S.A.” el Comité Técnico consideró que la oferta de Tecnologías y Representaciones Ltda. se adecuaba al pliego, pero “teniendo en cuenta que los descuentos ofrecidos no deben tenerse en cuenta para la comparación económica.” –fl. 224, cdno. 7, sub-cdno. 3-

Igual consideración se hizo en el acto administrativo que adjudicó el contrato, porque en los numerales 7 y 8 de las consideraciones señaló:

“7. Que la comisión técnica evaluadora recomendó que el sistema de medición de variables de tráfico se adjudique y contrate para doce (12) entradas de video, caso en el cual Siemens S.A. ofreció un descuento de un cuarenta por ciento (40%).

“8. Que con el fin de dar claridad y garantizar los derechos de los proponentes, las propuestas se compararon sin tener en cuenta el descuento ofrecido por Siemens en el caso de adjudicar y contratar el sistema de digitalización par doce entradas de video”. –fl. 8, cdno. 1-

De esta manera, el comportamiento de la administración fue el adecuado al evaluar la oferta, porque no tuvo en cuenta el *mejoramiento* que trató de incluir Siemens, no obstante que luego lo incorporó el contrato.

En efecto, en caso de *mejoramiento* de las ofertas, si bien no es posible tenerlo en cuenta para *evaluar* y seleccionar al adjudicatario, es posible y necesario incluirlo en el futuro contrato, incluso en el acto de adjudicación -no como aspecto de la evaluación y selección- para señalar en qué condiciones se adjudica el contrato. De manera que esas manifestaciones de los proponentes durante la etapa de evaluación, como manifestaciones de voluntad que son, los vinculan en caso de que se les adjudique el contrato, y no pueden sustraerse a dichas obligaciones pues hacerlo implica ir contra sus propios actos.

No obstante la conclusión expresada, cabe considerar la forma en que se deben evaluar las propuestas cuando el precio inicialmente ofrecido incluye descuentos, es decir, cuando no se establece una suma fija inamovible sino que se proponen deducciones, y además cuando se someten a condiciones.

Para empezar, es claro que cuando una oferta señala que el valor de las obras, bienes o servicios ofrecidos es de \$100'000.000, se trata del valor propuesto, el mismo que se evaluará, y en caso de ser seleccionado se adjudicará. No obstante, en ocasiones los proponentes, por estrategias de mercadeo, comúnmente utilizadas en el comercio entre particulares, señalan que la oferta será, por ejemplo, de *\$100'000.000 menos un descuento del 10%*. En este caso la entidad debe evaluar el precio aplicando directamente el descuento del 10%, ya que ese es el valor realmente ofertado, solo que formulado de manera compleja; así es que el precio para efectos de la evaluación será de \$90'000.000.

No obstante, algunos proponentes, por las mismas estrategias de mercadeo utilizadas entre particulares -común en transacciones comerciales-, ofrecen como precio una suma fija -por ejemplo \$100'000.000- pero añaden que *"en caso de que se adjudique el contrato se dará un descuento del 5%"*, o que *"en caso de que se compre mayor cantidad a la cotizada se dará un descuento del 5%"*. En este caso ¿qué suma tiene en cuenta la entidad para evaluar?

No se discute que en caso de adjudicarse el contrato o de comprarse mayor cantidad el valor incluirá el descuento; sin embargo, para evaluar las ofertas se presenta esta difícil decisión, ya que el proponente indicó que su propuesta era de cierto valor, pero que el descuento se haría solo si “se le adjudica” o solo “si compra más”. La Sala entiende que en este evento no se evalúa la suma de \$95'000.000, porque este precio se sometió a una condición. Por tanto, se toman los \$100'000.000 porque en el instante de la evaluación la condición impuesta no se ha cumplido, es decir, en tal circunstancia la entidad evaluará las ofertas sin el descuento; no obstante que lo hará efectivo el futuro contrato, pues aquel se condicionó a la adjudicación y, por tanto, solo en ese momento podría considerarse, no antes, en la etapa de evaluación.

Aplicadas estas ideas al supuesto *sub iudice*, la consecuencia es similar, en relación con el *mejoramiento* de las ofertas intentado durante la etapa de evaluación, donde, pese a que no es posible incluir los descuentos para comparar los ofrecimientos, sí se vincula a quien lo propuso si eventualmente se le adjudica el contrato.

En conclusión, en el caso concreto, como la evaluación de las ofertas fue correcta, se mantiene la presunción de legalidad del acto de adjudicación y, por tanto, el contrato celebrado entre Siemens y Metroseguridad carece de vicios que justifique anularlo, ya que los actos administrativos en los que se fundó son legales. Por estas razones se confirmará la decisión del *a quo*.

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

Modifícase la sentencia del 21 de enero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

Primero. Declárese la caducidad de la pretensión de restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. En los demás aspectos, confírmase la sentencia proferida el 21 de enero de 2005 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

Tercero. Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.