



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)



Referencia: Expediente
n.º 41888
Radicación: 250002326000200700059 01
Actor: Sociedad Didácticos PINOCHO S.A. y otros
Demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social DABS y Distrito Capital de Bogotá
Naturaleza: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 16 de marzo de 2011, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El Departamento Administrativo de Bienestar Social hoy Secretaría de Integración Social del Distrito Capital de Bogotá, declaró parcialmente desierta la licitación pública UEL DABS N.º 83 de 2006, mediante la cual pretendía adquirir material didáctico y elementos deportivos para la dotación de varias instituciones de asistencia social en diferentes localidades del distrito, por considerar que ninguna de las propuestas presentadas para el grupo 1-material didáctico, había cumplido con los requisitos de carácter técnico y económico previstos en el pliego de



condiciones, luego de rechazar la oferta presentada por la unión temporal PINOCHO 2006, porque no subsanó adecuadamente la solicitud de aclaraciones elevada por la entidad, que pidió una muestra de un equipo psicomotor que no se encontraba entre las muestras exigibles a los proponentes, según el Anexo 3 del pliego de condiciones y que el proponente presentó incompleta.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. La unión temporal PINOCHO 2006, conformada por las sociedades Didácticos PINOCHO S.A., Americana de Distribuciones Ltda. Representaciones, y Saeta International Sports Wear Ltda.¹, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentaron demanda en contra de la Unidad de Ejecuciones Locales- Departamento Administrativo de Bienestar Social (en adelante DABS) hoy Secretaría Distrital de Integración Social y contra la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, cuyas pretensiones fueron las siguientes (f. 7 y 47, c.1):

PETICIONES PRINCIPALES:

- 1. Que se declare la ineficacia del acto administrativo irregular, representado por la comunicación informal, de fecha 2006/12/07, número 2-2006-19504 S, expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, gerencia de contratación y dirigida a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006, mediante la cual se exigió solamente a esta y a la sociedad ANALÍTICA LTDA. la presentación de una muestra no incluida en*

¹ Otorgaron poder para presentar la demanda tanto el representante legal de la unión temporal, como los representantes legales de cada una de las sociedades que la conforman (f. 1 a 6, c. 1).



los términos de referencia, respecto a dicha presentación, debiendo en consecuencia, declararse ineficaz concretamente, en el capítulo titulado evaluación técnica, literal b. inciso final que reza: "Por lo anterior, el proponente deberá presentar muestra de los elementos anteriormente señalados, el día lunes 11 de diciembre de 2006, en el horario de atención, es decir de 8:30 a 5:30 p.m.; elementos que deberán ser retirados en el término que el Departamento indique para ello".

2. Se declare la nulidad de la decisión tomada por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, en la audiencia de adjudicación de la licitación pública UEL DABS No. 83 de 2006, efectuada el día 28 de diciembre de 2006, mediante la cual se dispuso: "Artículo 2. Declarar desierta parcialmente la licitación pública UELDABS 83 de 2006, sobre el grupo No. 1, material didáctico".
3. Se declare que la ADMINISTRACIÓN DISTRITAL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, debieron adjudicar la licitación pública UEL DABS No. 83 DE 2006, cuyo objeto fue contratar a través de la unidad ejecutiva de localidades del departamento, la adquisición y distribución de material didáctico y elementos deportivos para la dotación de hogares comunitarios, jardines infantiles, casas vecinales, grupos de jóvenes y adultos mayores de las localidades de RAFAEL URIBE URIBE, BARRIOS UNIDOS, BOSA, CIUDAD BOLÍVAR, ENGATIVÁ, KENNEDY, PUENTE ARANDA, SAN CRISTÓBAL, SANTA FE, SUBA Y USAQUÉN a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006.
4. Como consecuencia, se ordene que debe realizarse nuevamente la audiencia de adjudicación y adjudicar a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006 el contrato relacionado con la adquisición de material didáctico y elementos deportivos con retroactividad a la fecha de la audiencia celebrada el 28 de diciembre de 2006 para todos sus efectos o se declare que se adjudica dicha licitación a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006.
5. Por consiguiente, se condene a la ADMINISTRACIÓN DISTRITAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, a reconocer y pagar a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006 las pérdidas, sumas y valores dejados de percibir, que se liquidan a continuación:

(...)

PETICIONES SUBSIDIARIAS:



(...)

1. *Se declare la ineficacia del acto administrativo irregular, representado por la comunicación informal, de fecha 2006/12/07, número 2-2006-19504 S (...).*
 2. *Se declare la nulidad de la decisión tomada por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, en la audiencia de adjudicación de la licitación pública UEL DABS No. 83 de 2006 (...) mediante la cual se dispuso (...) declarar desierta parcialmente la licitación (...) sobre el grupo No. 1 (...).*
 3. *Se declare que la ADMINISTRACIÓN DISTRITAL, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL, debieron adjudicar la licitación (...) a la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006.*
 4. *Se declare la responsabilidad administrativa contractual del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DABS hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y BOGOTÁ D.C., frente a los actos proferidos antes de la celebración del contrato estatal que debió generarse por la licitación pública UEL DABS No. 83 de 2006.*
 5. *Por consiguiente, se condene a pagar a favor de la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006, las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios:*
 - 5.1. *La suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y CINCO MIL TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 234'075.036).*
 - 5.2. *Los gastos en que incurrió la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006, en la intervención o participación del proceso licitatorio, que fueron aproximadamente CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) (...).*
2. En la sustentación fáctica de sus pretensiones, la parte actora dio cuenta de la apertura, por parte del Departamento Administrativo de Bienestar Social DABS hoy Secretaría Distrital de Integración Social, de la Licitación Pública n.º 83 de 2006, con el fin de contratar la adquisición y distribución de material didáctico y elementos deportivos para la dotación de hogares comunitarios, jardines infantiles, casas



vecinales, grupos de jóvenes y adultos mayores de varias localidades de la ciudad de Bogotá; los artículos a adquirir fueron divididos en 2 grupos: grupo 1: material didáctico, en el que se pidieron 22 artículos y grupo 2: elementos deportivos.

2.1. En el prepliego de condiciones, se anunció que para la verificación de los elementos ofrecidos la entidad efectuaría una visita y que el proponente debía tener una muestra de todos los elementos ofrecidos; en el pliego final se cambió el texto pero en la primera adenda al mismo, se redujo la presentación de muestras a unos determinados ítems. La evaluación técnica se haría para cada uno de los grupos y los factores o subfactores a evaluar, estaban contenidos en el capítulo segundo parte inicial.

2.2. En el numeral 1.2.4 del pliego, se establecieron como causales de rechazo de las propuestas: cuando la oferta económica no se ajustara al pliego de condiciones, cuando no se presentaran los formatos n.º 5 A del grupo 1 y 5 B del grupo 2, no ofertar los ítems requeridos, omitir el formato 6, que el número total de inexistencias en la visita superara el 10% del número total de ítems requeridos, que el proponente no contara con instalaciones en Bogotá y que no se estableciera la existencia de la empresa. Y como causales para declarar desierto el proceso, el numeral 3.1.14 dispuso los motivos que impidieran una escogencia objetiva de la propuesta, que no se presentara ninguna propuesta, que se presentara una propuesta y tuviera causal de rechazo, que existieran varias propuestas y ninguna se ajustara al pliego de condiciones, cuando la reserva de las propuestas fuera violada y cuando no se suscribiera el contrato.

2.3. En el adendo n.º 1 se determinó que en la visita a practicar se debía presentar la muestra de los elementos por grupo indicados en el



anexo 3 y si no se presentaban todas, sería rechazada la propuesta y los demás elementos requeridos en dicho adendo, debían estar contenidos en el catálogo. En el anexo 3, muestras grupo 1, material didáctico, se solicitaron 53 muestras de 53 ítems, en las cuales no se relacionó el ítem “equipo psicomotor”, con el cual se quiso descalificar a la unión temporal PINOCHO 2006.

2.4. Cerrada la licitación, la entidad envió comunicación a los proponentes unión temporal PINOCHO 2006 y la sociedad ANALYTICA LTDA., mediante la cual, en el capítulo de evaluación técnica, señaló una supuesta inconsistencia por fotografías similares en los catálogos de estas dos sociedades y exigió la presentación de 34 muestras que deberían ser llevadas a las instalaciones del DABS.

2.5. La unión temporal PINOCHO 2006 presentó las 34 muestras pero en relación con el ítem 33, equipo psicomotor, compuesto por 5 partes, por olvido se presentaron 3 partes de esta muestra, lo cual dio pie para que la entidad contratante buscara la descalificación de esta propuesta.

2.6. La entidad llevó a cabo audiencia de adjudicación, en la que decidió adjudicar parcialmente la licitación de los elementos deportivos grupo 2 al proponente CELMAX LTDA.. y declarar desierta parcialmente la licitación, sobre el grupo 1, material didáctico, luego de afirmar que no había certeza para la elección de las propuestas al comparar objetivamente cada una y señalar que no fue cumplido lo solicitado en un 100%. Habló de imprecisiones en la propuesta de la unión temporal PINOCHO 2006 respecto a los elementos deportivos, justificando así la adjudicación de los mismos a CELMAX LTDA., a pesar de que no cumplía con los requisitos técnicos y características exigidas para dichos elementos.



2.7. La demandante sostuvo que el acto administrativo demandado es ilegal, pues i) hubo exigencia ilegal de presentar una muestra, que no se había exigido en el pliego de condiciones o sus adendos y que no se le pidió a todos los proponentes, por lo que la comunicación en la que se hizo, es ineficaz de pleno derecho, al tenor de lo dispuesto por el inciso final del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pues se trató de una exigencia selectiva y discriminatoria; ii) una falsa motivación, para desconocer el legítimo derecho de la unión temporal PINOCHO 2006 a la adjudicación, pues a diferencia de los otros 2 proponentes –CELMAX y ANALYTICA LTDA.-cumplió todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y por lo tanto no debió declararse desierta la licitación; y iii) la desviación de poder al considerar definitivamente desierta la licitación sobre la parte de los juegos didácticos, pues no se dieron razones que justificaran esa decisión al impedir la selección objetiva, con lo cual se le causaron perjuicios cuya indemnización solicita.

II. Actuación procesal

3. El Distrito Capital de Bogotá, a través de la Secretaría Distrital de Integración Social contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, por considerar que esta Secretaría no estaba legitimada en la causa por pasiva, toda vez que la adjudicación fue efectuada por el subdirector de Desarrollo Local como ordenador del gasto de los Fondos de Desarrollo Local, los cuales, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1421 de 1993, tienen personería jurídica y patrimonio propios y si bien la ordenación del gasto fue asignada por el alcalde mayor a los secretarios de despacho y directores de departamento administrativo, en su momento la directora del DABS delegó estas funciones en el subdirector de Desarrollo Local, que fue quien adelantó y adjudicó la



licitación 83 de 2006, en nombre y representación de los fondos de desarrollo local y no del distrito capital, personas jurídicas diferentes; en consecuencia, los que debieron ser demandados fueron tales fondos y no el distrito capital (f. 97, c. 1).

3.1. En cuanto al fondo de las pretensiones, sostuvo que el pliego de condiciones fue legalmente modificado mediante adendos que fueron conocidos por la demandante, quien supo oportunamente que se había variado la forma de la visita y se eliminó de las condiciones de la misma, la posibilidad de que existiera un margen de tolerancia por la inexistencia de algunos ítems, por lo que se estableció el rechazo de las ofertas que no presentaran en la visita todas las muestras requeridas en el anexo 3, es decir sin el beneficio del 10% que inicialmente contemplaba el pliego de condiciones.

3.2. Sostuvo que el requerimiento de nuevas muestras obedeció a la aplicación del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, pues la entidad se vio en la necesidad de verificar parte de la información presentada por el proponente, tal y como lo autorizaba la Ley 80 de 1993 y el numeral 3.1.12 del pliego de condiciones, que le permitía solicitar las aclaraciones que considerara pertinentes y efectuar las verificaciones que fueran necesarias sobre la totalidad de la información suministrada. Y cuando se solicitaron aclaraciones a la unión temporal PINOCHO 2006, no respondió completamente a lo solicitado, pues no trajo la muestra completa del equipo psicomotor, según las características establecidas en el pliego de condiciones, lo que implicó que i) no se atendió en debida forma la solicitud de aclaraciones y ii) el ítem presentado no cumplía con las condiciones del pliego de condiciones y ambos hechos, constituían causales de rechazo de la oferta, de conformidad con lo establecido en los numerales 1.2.4-literal c) y 3.2.3-literal h) del pliego.



3.3. Propuso excepción de inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, i) negó la declaratoria de ineficacia de la Comunicación n.º 2-2006-19504 S del 7 de diciembre de 2006 expedida por el Departamento Administrativo de Bienestar Social –DABS, hoy Distrito Capital-Secretaría Distrital de Integración Social, ii) declaró la nulidad del numeral segundo de la Resolución n.º 1475 del 28 de diciembre –no menciona la fecha en la parte resolutive- expedida por la referida entidad por estar viciada de falsa motivación, iii) a título de restablecimiento condenó a la demandada a pagar a favor de Americana de Distribuciones Ltda. Representaciones la suma de \$ 12 457 702, a favor de Didácticos PINOCHO S.A., la suma de \$ 63 018 930 y a favor de Saeta International Sport Wear Ltda., la suma de \$ 5 681 037, por concepto de indemnización de perjuicios y iv) negó las demás pretensiones de la demanda (f. 287 a 320, c. ppl.).

4.1. La decisión del *a-quo* obedeció a que de un lado, consideró que si bien la exigencia contenida en el oficio n.º 2-2006-19504 S del 7 de diciembre de 2006 de presentar muestras distintas a las del anexo n.º 3 del pliego de condiciones y de las que habían sido verificadas físicamente, en la visita realizada a las tres proponentes con fines de verificación preliminar de lo ofertado, es decir que se impuso una nueva exigencia distinta a las ya contenidas en el pliego de condiciones, sólo a dos de los proponentes y no a todos, con desconocimiento de los principios de igualdad y transparencia, lo cierto es que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la referida comunicación es ajena a la naturaleza y técnica de la presente acción,



por lo cual no es posible acceder a la misma, puesto que no constituye un acto definitivo sino preparatorio de la decisión de la administración sobre la adjudicación del contrato.

4.2. Por otro lado, consideró que el artículo 2º de la Resolución 1475 de 2006 por medio del cual se declaró desierto el grupo 1 –material didáctico- de la licitación pública UEL DABS 83 de 2006, sí estaba viciado de falsa motivación, en cuanto dicha decisión se sustentó en el acta de evaluación proferida por el comité de acompañamiento a la licitación, la cual no se ajustó irrestrictamente al pliego de condiciones, ya que en el informe de dicha evaluación se rechazó técnicamente a la demandante por no haber subsanado adecuadamente la solicitud de aclaraciones elevada por la entidad, la cual solicitó la muestra de un equipo psicomotor que no se encontraba entre las muestras exigibles a los contratistas de acuerdo con el anexo 3 del pliego de condiciones, y sin razón alguna, más allá de esta exigencia, se dejó de asignar puntaje a la misma, cuando la entidad debió hacerlo.

4.3. Concluyó el *a-quo*, del estudio detallado y preciso de la propuesta presentada por la unión temporal demandante, que la licitación le debió ser adjudicada a ésta, por haber cumplido con todo lo requerido en el pliego de condiciones. En consecuencia, tenía derecho a que se le indemnizaran los perjuicios materiales que le fueron ocasionados, en la modalidad de lucro cesante, para cuyo cálculo tuvo en consideración el monto de la garantía de seriedad de la oferta que presentó, ajustada al valor de la misma, toda vez que el dictamen pericial contable le mereció reparos, por cuanto no se aportaron soportes para la determinación de los costos que se tuvieron en cuenta para efectos de determinar la utilidad dejada de percibir por la demandante –la cual no fue discriminada en su oferta- y además contabilizó los costos de participación en la licitación, los cuales constituyen el costo de



oportunidad que debe asumir todo proponente para participar en la licitación y que no es objeto de reconocimiento.

5. Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la misma, en especial en cuanto a i) la interpretación armónica del pliego de condiciones y ii) la verdadera naturaleza del requerimiento efectuado por la entidad a 2 proponentes dentro del grupo 1 material didáctico, relacionado con la presentación de muestras de varios elementos objeto del proceso de selección (f. 322, c. ppl.).

5.1. Explicó que las reglas del pliego de condiciones no pueden entenderse como una serie de disposiciones independientes sino como una unidad que opera en armonía; así, la solicitud dirigida a los 2 proponentes, se fundó en el hecho de que el grupo evaluador encontró inconsistencias entre lo presentado en el formato 6, el catálogo y lo observado en la visita, por lo que les solicitó a estos participantes aclarar con pruebas la información presentada, dado que el catálogo de los elementos ofrecidos por el demandante y por la sociedad ANALYTICA LTDA., contenía idénticas fotografías. Entonces no fue una decisión caprichosa de la entidad, sino tendiente a esclarecer un aspecto de las ofertas que incidía en la escogencia objetiva del contratista, utilizando para ello los medios contemplados dentro del pliego de condiciones.

5.2. Afirmó que el Tribunal se equivocó al sostener que el equipo psicomotor, que fue uno de los elementos no contemplados en el anexo 3 y sobre el cual se pidió al demandante entregar una muestra, tampoco estaba contenido en el anexo 1, pues si bien inicialmente esto



fue así, en la adenda n.º 1 se modificó este anexo y se incluyó el referido equipo dentro de los que era necesario entregar un catálogo al momento de la visita. Este error hizo que el *a-quo* tuviera así mismo una percepción equivocada sobre la verdadera necesidad e importancia de efectuar el requerimiento que se hizo a los proponentes. Las dudas que surgieron en torno a la similitud del equipo psicomotor ofrecido por ellos, hacía necesario verificar las condiciones técnicas del mismo respecto de cada oferta, en cumplimiento de la facultad consagrada en el numeral 3.1.12 “*evaluación de propuestas*”, que determinaba que el SDIS podía pedir por escrito aclaraciones de las mismas y verificar lo que considerara necesario sobre la totalidad de la información suministrada.

5.3. Sostuvo que con el requerimiento efectuado a 2 de los 3 proponentes no se violó el principio de igualdad y selección objetiva del contratista, ya que no resultaba procedente hacer la misma exigencia a un participante ajeno a la discusión que suscitaron los catálogos casi idénticos de la unión temporal PINOCHO y la sociedad ANALYTICA LTDA.; se equivocó el Tribunal al afirmar que al tratarse de la presentación de unas nuevas muestras físicas, debían solicitarse a todos los proponentes porque no era una aclaración documental; esto lo que demuestra es que el *a-quo* fundamentó la estructura de su decisión sobre la convicción incorrecta de que la entidad estaba adicionando lo solicitado en el anexo 3, desconociendo la verdadera naturaleza del requerimiento, que apuntó a aclarar la situación presentada con los catálogos aportados por 2 de los proponentes.

5.4. Enfatizó en que la exigencia de entregar a la entidad una muestra de los elementos que presentaban similitud, fue el medio utilizado por la entidad para aclarar esa extraña circunstancia que se estaba presentando y que esto estaba autorizado por el pliego de condiciones,



que además dispuso –numerales 1.2.4 literal c y 3.2.3 literal h- que el hecho de no atender en debida forma la solicitud de aclaraciones, daba lugar al rechazo de la oferta y en el presente caso, el proponente no cumplió en debida forma con el requerimiento hecho por la entidad, que por lo tanto, no pudo comprobar si el elemento cumplía con las condiciones técnicas descritas en el anexo 1, por lo que la entidad no podía pasar por alto el incumplimiento de las características técnicas solicitadas en relación con los elementos requeridos y proceder a adjudicar un proceso de selección. La decisión de la administración, en relación con el requerimiento efectuado, apuntaba a aclarar una situación que dificultaba la evaluación técnica y tuvo como fin el cumplimiento a cabalidad de la selección objetiva del contratista y del principio de transparencia.

5.5. Concluyó que la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006 fue rechazada correctamente y era necesario y ajustado a derecho declarar desierto el proceso licitatorio.

6. En la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia:

6.1. La Secretaría de Integración Social del distrito capital reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

6.2. Por su parte, el Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado, presentó **concepto** en el cual pidió revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que con la decisión demandada, la entidad no incurrió en falsa motivación ni violó los principios de transparencia y economía que rigen la contratación estatal, ya que de las pruebas allegadas al proceso, se puede constatar que la demandante incumplió con la solicitud de aclaración de su propuesta, respecto de uno de los



elementos ofrecidos -equipo psicomotor-, lo que impidió aclarar las inconsistencias advertidas por el equipo evaluador de las especificaciones técnicas, entre lo verificado en el catálogo y el formato n.º 6, por lo que éste recomendó rechazar la propuesta, decisión que se ajustó al pliego de condiciones; y dado que ninguna de las 3 propuestas presentadas para el grupo 1 de la licitación cumplió con todos los requisitos de tipo técnico y económico previstos en el pliego, por lo que fueron rechazadas, la única decisión procedente era la declaratoria de desierta de la licitación respecto de ese grupo (f. 360 y 241, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 16 de marzo de 2011, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación².

II. Hechos probados

8. En el plenario se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la Litis³:

² El artículo 129 del C.C.A modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho cuando la cuantía exceda de 300 S.M.L.M.; en el presente caso, las pretensiones de la demanda ascienden a \$ 843 725 364,62, suma que supera la referida cuantía.

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de



8.1. Mediante Resolución n.º 1148 del 3 de noviembre de 2006, el subdirector de desarrollo local del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, ordenó la apertura de la licitación pública UEL-DABS n.º 83 de 2006, cuyo objeto era contratar, a través de la unidad ejecutiva de localidades del departamento –y con cargo a los Fondos de Desarrollo Local-, la adquisición y distribución de material didáctico y elementos deportivos para la dotación de hogares comunitarios, jardines infantiles, casas vecinales, grupos de jóvenes y adultos mayores de las localidades de Rafael Uribe Uribe, Barrios Unidos, Bosa, Ciudad Bolívar, Engativá, Kennedy, Puente Aranda, San Cristóbal, Santa Fe, Suba y Usaquén, con un presupuesto oficial de \$ 1 179 377 534. En la misma resolución, se creó un “*grupo de acompañamiento para el proceso de verificación y evaluación de las propuestas presentadas*”, compuesto por funcionarios de la administración distrital y que tendrían entre sus funciones i) la atención del proceso de selección, ii) el análisis, verificación y/o evaluación de los criterios jurídicos, técnicos, económicos y financieros de las propuestas y iii) la elaboración de los informes correspondientes (f. 645, c. 8).

8.2. En el pliego de condiciones definitivo, en la descripción del alcance del objeto de la licitación, éste se dividió en dos grupos: grupo 1, material didáctico y grupo 2, elementos deportivos, estableciendo que en el anexo 1 de las especificaciones técnicas se describían las características del objeto a contratar por grupos, las cuales debían

practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas; así mismo, la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00 (REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro.



tener en cuenta los proponentes para la elaboración de sus propuestas y que las que no cumplieran con todos los requerimientos y/o características mínimas contempladas allí, serían rechazadas; y se establecieron, entre otras, las siguientes disposiciones (f. 473 a 642, c. 8):

8.2.1. En el numeral 1.1.1 condiciones técnicas, se dispuso que el proponente podía presentar oferta total o por uno solo de los grupos, “*caso en el cual deberá ofertar TODOS los ítems requeridos para la totalidad de la licitación o para uno o más grupos. **En caso de no ofertar todos los ítems del grupo o grupos para los cuales presentó la propuesta, ésta será RECHAZADA**” (negritas y subrayas son del texto original). Se estableció además, que los proponentes debían diligenciar, dependiendo del grupo o grupos a los que se presentaran, los formatos 5A (material didáctico) y/o 5B (elementos deportivos).*

8.2.2. En el numeral 1.1.1.1, el pliego se refirió a la verificación de los elementos ofrecidos, la cual se llevaría a cabo durante la etapa de evaluación, para constatar que los mismos cumplieran con los requisitos técnicos establecidos en el anexo 1, para lo cual se verificaría que las descripciones o especificaciones técnicas registradas por el proponente en los formatos 5A grupo 1 y/o 5B grupo 2, estuvieran acordes con lo requerido por el departamento. A continuación, se consignó que la omisión de alguno de los ítems o la omisión de los referidos formatos, no era subsanable y generaba el rechazo de la propuesta.

8.2.3. En el numeral 1.1.1.2 –modificado por el Adendo n.º 1-, correspondiente a las características generales de los elementos requeridos, la entidad exigió (f. 452, c. 8):



- a) *Todos los elementos ofrecidos deben ser nuevos (en sus materiales y como su producto final).*
- b) *El proponente debe garantizar la no toxicidad de los materiales, colorantes, pinturas, inmunizantes, aditivos o cualquier otro elemento utilizado y será responsable, inclusive con posterioridad a la ejecución del contrato, por la toxicidad de cualquiera de los elementos entregados. El Departamento se reserva la facultad de someter a pruebas los elementos objeto de la contratación para comprobar su inocuidad.*
- c) *El proponente debe garantizar que los terminados de los elementos no representarán peligro para los usuarios (no deben ser cortantes, tóxicos, etc.).*
- d) *El proponente deberá presentar con su propuesta catálogo de cada uno de los elementos requeridos en el anexo n.º 1 conforme al grupo para el cual presente propuesta. Las especificaciones de los elementos del catálogo deben corresponder con las requeridas en el anexo 1.*

La omisión o error del catálogo será SUBSANABLE

8.2.4. En el numeral 1.1.1.3. garantía y origen de los elementos ofrecidos, se dispuso:

1.1.1.3.1. GARANTÍA

El proponente deberá completar el FORMATO 6 “Garantía y Origen de los Elementos Ofrecidos” estableciendo el tiempo de garantía que ofrece para cada uno de los ítems (...).

La garantía podrá ser del proponente o de fábrica (...).

1.1.1.3.2. ORIGEN

De acuerdo a lo establecido en la Ley 816 de 2003, por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública, el proponente deberá indicar en el FORMATO 6 “Garantía y Origen de los Elementos Ofrecidos” el origen de los elementos, ya sean de origen nacional, origen extranjero y/u origen de trato de comercio internacional. (...).”

La omisión en la presentación del formato 6, generaba el rechazo de la propuesta.

8.2.5. En el numeral 1.1.1.5. visita, se dispuso:



Durante la etapa de evaluación el DEPARTAMENTO efectuará una visita durante los dos (2) días siguientes, a la fecha de cierre de la presente licitación, la cual se realizará en las instalaciones del proponente en el horario de 8 a.m a 5 p.m. –jornada continua, con el fin de verificar:

(...)

3. La descripción técnica y la marca de los elementos ofrecidos, de acuerdo a lo señalado en el Anexo No. 1.

El proponente deberá tener muestra de TODOS los elementos ofrecidos, reuniéndolos en UN MISMO ESPACIO ESPECÍFICO, dispuestos de tal forma, que sea cómoda y práctica su verificación.

El Departamento acepta un máximo de inexistencias de muestras equivalente al 10% del número total de ítems requeridos (...). Si el número de inexistencias supera este margen se RECHAZA la propuesta (...)

*El Departamento **solamente realizará una visita por proponente durante el periodo antes señalado.** Para efectos de la visita, el proponente deberá indicar en el FORMATO No. 1 –Carta de presentación, la dirección y la persona responsable de guiar la misma (...).*

8.2.6. En el capítulo II, se reguló la evaluación técnica económica y en el numeral 1.2.1.2 (ORIGEN DE LOS ELEMENTOS –APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – 100 puntos), se estableció que se evaluaría el origen de los elementos registrado en el formato 6 de conformidad con lo establecido en el numeral 1.1.1.3.2 del pliego de condiciones.

8.2.7. En el numeral 1.2.4., se consignaron las siguientes causales de rechazo de las propuestas:

- Cuando la oferta económica no se ajuste a lo previsto para tales efectos en el pliego de condiciones.

- Cuando omita la presentación de los formatos 5A Grupo 1 y 5B Grupo 2 “propuesta técnica económica”.

- No ofertar todos los ítems requeridos para cada uno de los grupos.

- Omisión del formato 6 “calidad y origen de los elementos ofrecidos”.

- Si el número total de inexistencias en la visita, supera el 10% del número total de ítems requeridos.



- Si el proponente no cuenta con sucursal o instalación en la ciudad de Bogotá o municipios circunvecinos.

- Si con la visita, el Departamento no puede corroborar la existencia de la empresa o establecimiento de comercio o se verifica que la actividad desarrollada por el proponente no corresponde a las contempladas en su objeto social o no tiene relación con el objeto del pliego de condiciones.

- El incumplimiento mínimo de la experiencia o la no presentación de los soportes y el formato 7 "experiencia del proponente" (ambos).

- En los demás casos que así lo contemple la ley o el pliego.

8.2.8. En el numeral 3.1.12 el pliego se refirió a la evaluación de las ofertas y dispuso que el departamento "podrá solicitar por escrito aclaraciones de las propuestas, sin que por ello pueda el proponente adicionar o modificar las condiciones o características de su propuesta (...). El departamento se reserva la facultad de verificar toda la información presentada, para lo cual solicitará a las entidades estatales y privadas la información que considere necesaria", agregando que "De acuerdo a la verificación jurídica y a la luz de lo establecido en el pliego de condiciones, el Departamento procederá a: 1. En caso de resultar procedente, solicitar al proponente que subsane los documentos a que haya lugar. 2. Declarar admisible la propuesta en caso de cumplir ésta integralmente lo establecido en el pliego de condiciones. 3. Rechazar la propuesta".

8.2.9. En el numeral 3.1.14, sobre declaratoria de desierto de la licitación, consignó:

El Departamento declarará desierto el proceso de selección en los siguientes casos:

1. Por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva de una propuesta.
2. Cuando no se presente ninguna propuesta.
3. Cuando habiéndose presentado únicamente una propuesta ésta incurra en alguna causal de rechazo.



4. Cuando habiéndose presentado más de una propuesta, ninguna de ellas se ajusta a los requerimientos y condiciones consignadas en estos pliegos de condiciones.
5. Cuando la reserva de las propuestas fuere violada antes del cierre de la licitación, o se determine por alguna razón, que no existieron las condiciones que permitieran la igualdad de oportunidades o el equilibrio entre los proponentes.
6. Cuando ninguno de los proponentes que cumpla los requisitos mínimos en las evaluaciones, suscriba el contrato.

8.2.10. En el numeral 3.2.3, el pliego de condiciones enlistó como causales jurídicas de rechazo de las propuestas, entre otras, las siguientes:

(...) Cuando a pesar de habersele dado la oportunidad al proponente de demostrar que cuenta con la capacidad jurídica y demás requisitos verificables de su cumplimiento, éste no las cumpla.

(...) El Departamento detecte inconsistencias que no puedan ser resueltas por los proponentes mediante pruebas que aclaren la información presentada.

El proponente señale su desacuerdo o imposibilidad de cumplir las obligaciones y condiciones previstas en el pliego de condiciones, o presente condicionamiento.

(...) Cuando el proponente no subsane lo requerido por el Departamento para realizar la evaluación de las propuestas o no subsane correctamente.

8.2.11. En el anexo n.º 1 del pliego de condiciones, se incluyó la lista de los elementos que conformaban el material didáctico a adquirir por parte de la entidad licitante para cada una de las localidades a las que estaba destinado (f. 517 a 522, c. 8).

8.2.11.1. En este anexo, no aparece el equipo psicomotor, toda vez que la relación de ítems, pasa del n.º 31 al n.º 70, así:

ITEM	ELEMENTO
1	ABACO VERTICAL



- 2 ALCANCÍA DE FIGURAS GEOMÉTRICAS
- 3 ANILLOS DE COLORES juego matemático
- 4 ANIMALES DESARMABLES
- 5 ANIMALES PARA COSER
- 6 ARMATODOS 1
- 7 ARMATODOS 2
- 8 BINGO
- 9 BLOQUES 1
- 10 BLOQUES 2
- 11 BOTA DE ANUDAR
- 12 BOTE MATEMÁTICO
- 13 CAJA DE EXPRESIÓN
- 14 CAJA DE LETRAS Y PALABRAS IMPRENTA
- 15 CAJA DE MATEMÁTICAS
- 16 CAJA DE TEXTURAS 1
- 17 CAJA DE TEXTURAS 2
- 18 CAJAS DE SOMBRAS Y MITADES
- 19 CARRO
- 20 CARTAS
- 21 CASA DE MUÑECAS
- 22 COLECCIÓN DE VIDEOS
- 23 COLLAR DE CUENTAS
- 24 CONTROL DE ASISTENCIA
- 25 COORDENADAS (JUEGO OBSERVACIÓN, LÓGICA Y ORIENTACIÓN).
- 26 CUBO DE APRENDIZAJE
- 27 CUBO DE ENCAJAR
- 28 CUENTOS CON CASSETTE
- 29 CUENTOS ILUSTRADOS
- 30 DOMINÓ 1
- 31 DOMINÓ 2
- 70 TAPETE GOLOSA
- 71 TEATRINO PLEGABLE
- 72 TIENDA
- 73 TÍTERES 1
- 74 TÍTERES 2
- 75 TÍTERES PROFESIONALES 1
- 76 TÍTERES PROFESIONALES 2
- 77 UNIDADES DE TRABAJO
- 78 VIDEOS 1
- 79 VIDEOS 2
- 80 ANIMALITOS 1
- 81 ANIMALITOS 2
- 82 BALON SONAJERO
- 83 BALON SONAJERO
- 84 CUBO
- 85 CUBO
- 86 CUBO
- 87 GIMNASIO PARA BEBÉS 1
- 88 GIMNASIO PARA BEBÉS 2
- 89 PULSERA
- 90 PULSERA



8.2.11.2. El ítem 33, equipo psicomotor, sí se halla, dentro del mismo pliego de condiciones, en el formato 5A de propuesta técnica-económica, en el que se relacionaron todos los ítems del 1 al 90⁴ y entre ellos, los siguientes (f. 531, c. 8):

Ítem 33: equipo psicomotor. Especificaciones requeridas: *“Contiene kit de aros x 20 unidades por 4 tamaños. Paquete ladrillos x 10 unid. Paquete bastones por 10 unid. Paquete de barras de equilibrio x 10 unid., paquete de adaptadores x 56 unids”.*

Ítem 34: equipo psicomotor. Especificaciones requeridas: *“paquete de módulos texturizados x 72 unids.”.*

Ítem 35: equipo psicomotor. Especificaciones requeridas: *“Paquete de zancos por 6 pares”.*

8.2.12. En el pliego de condiciones –adendo 1- se establecieron como factores y subfactores a calificar los siguientes, con una asignación máxima de 1000 puntos:

FACTOR TÉCNICO: 250 puntos discriminados así:

Garantía de fábrica adicional a la mínima exigida:	100 puntos
Origen de los elementos-apoyo a la industria nacional:	100 puntos
Certificado del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000:	50 puntos

FACTOR ECONÓMICO: 750 puntos discriminados así:

⁴ En este formato 5A, se incluyeron los siguiente ítems que no aparecen relacionados en el anexo 1 del pliego de condiciones: 32 encajables; 33 equipo psicomotor; 34 equipo psicomotor; 35 equipo psicomotor; 36 eslabones; 37 esquema corporal; 38 esquema corporal; 39 figuras de enhebrado; 40 juego 3 en 1; 41 juego de cocina; 42 juego de construcción; 43 juego de cubos; 44 juego de herramientas; 45 juego de roles; 46 juego táctil; 47 láminas; 48 libros; 49 libros; 50 libros; 51 libros; 52 lotería; 53 monopolio; 54 muñeca/o; 55 números y vocales; 56 números y vocales; 57 payasos tragabolas; 58 películas; 59 reloj; 60 rompecabezas 1; 61 rompecabezas 2; 62 tabla de enhebrado; 63 tabla de ensartado; 64 tabla de ordenar; 65 tabla de picado; 66 tablero acrílico; 67 tablero didáctico; 68 tan gram; 69 tapete didáctico.



Menor valor total de la propuesta con IVA:	500 puntos
Menor valor total con descuento asociado al desempeño del contratista e IVA ⁵ :	250 puntos
TOTAL:	1000 puntos

8.3. Como resultado de las observaciones efectuadas por los proponentes a varios puntos del pliego de condiciones, la entidad expidió el adendo n.º 1, en el cual introdujo varias modificaciones al mismo, entre las que se destacan (f. 452, c. 8):

8.3.1. En el numeral 1.1.1.2, características generales de los elementos requeridos, agregó un literal d), en los siguientes términos: *“d) El proponente deberá presentar con su propuesta catálogo de cada uno de los elementos requeridos en el anexo No. 1 conforme al grupo para el cual presente propuesta. Las especificaciones de los elementos del catálogo deben corresponder con las requeridas en el anexo 1”*. Aclaró que la omisión o error en el catálogo, era subsanable.

8.3.2. El numeral 1.1.1.5, también fue modificado en lo siguiente: i) para incluir, entre los puntos a verificar en la visita que se haría a los proponentes, además de la descripción técnica y la marca de los

⁵ Con relación a este factor, el pliego de condiciones dispone: *“El Departamento requiere que la entrega de los pedidos en cada Fondo de Desarrollo Local se realice oportunamente dentro de los parámetros exigidos en el cronograma, que será elaborado con el contratista al momento de la suscripción del acta de inicio del contrato. // El contratista deberá realizar la entrega de los elementos requeridos (en las calidades solicitadas, características, marca, precios establecidos), en cada uno de los sitios (Fondo de Desarrollo Local) y fechas acordadas de acuerdo al cronograma durante la ejecución del contrato. Por lo tanto y para efectos de asignar calificación, el proponente podrá ofrecer un porcentaje de descuento por las entregas que no se hagan efectivas, exactas y completas en la fecha establecida en el cronograma para cada uno de los Fondos de Desarrollo Local. // La calificación de las propuestas para este factor se hará sobre los valores totales de cada uno de los ítems y el valor de las propuestas, el cual corresponde a la sumatoria de los valores totales de cada uno de los ítems. (...) Para efectos de asignar la calificación, el Departamento concederá 250 PUNTOS al proponente que ofrezca el menor valor total con descuento y con IVA”* (f. 453, c. 8).



elementos ofrecidos -numeral 3-, *“el cumplimiento de las muestras requeridas”*; ii) se aclaró que el proponente debía presentar muestra de todos los elementos por grupo indicados en el anexo 3, reuniéndolos en un mismo espacio específico para facilitar su verificación; iii) que *“si el proponente durante la visita no presenta la muestra de los elementos señalados en el anexo No. 3, de acuerdo al grupo para el cual presente propuesta, la misma será RECHAZADA”* y iv) que *“En todo caso, el proponente durante la visita deberá presentar catálogo de los demás elementos requeridos en el Anexo 1 y que no se encuentran especificados en el Anexo 3. La omisión en la presentación del catálogo ES SUBSANABLE”*.

8.3.3. En este adendo n.º 1, también se modificaron: i) el anexo n.º 1: elementos requeridos para el grupo 1-material didáctico, respecto del cual se enumeraron 89 ítems⁶; ii) el formato 5A-propuesta técnica económica y propuesta técnica económica por Fondo para el grupo 1-material didáctico⁷ y iii) el formato 6-garantía y origen de los elementos ofrecidos para el grupo 1-material didáctico⁸. Además, se adicionó el **Anexo n.º 3: muestras** para los dos grupos, el cual se adjuntó al adendo. Para el grupo 1-material didáctico, se escogieron 63 elementos, de los cuales se debían presentar muestras físicas y el equipo psicomotor no fue incluido entre estos (f. 455 a 457, c. 8).

8.4. Mediante adendo n.º 2, se introdujeron otras modificaciones al pliego de condiciones, en cuanto a la fecha y lugar de entrega de las

⁶ En este listado se repitieron los ítems relacionados en el formato 5A, es decir incluyendo al listado del anexo 1 del pliego de condiciones, los ítems del 32 al 70; en el ítem 26 cubo de aprendizaje, se agregó: (reloj-xilófono-laberinto-patrón preescritura); el ítem 56, que en el formato 5A era números y vocales –estaba repetido-, en este adendo se cambió a payasos tragabolas que era el siguiente ítem y de aquí en adelante, los mismos ítems, pero con un número menos, lo que dio un total de 89 ítems.

⁷ Se modificó de conformidad con los cambios que se produjeron al anexo 1 del pliego de condiciones, enunciados en el pie de página anterior.

⁸ Se modificó de conformidad con los cambios que se produjeron al anexo 1 del pliego de condiciones, enunciados en el pie de página 5.



propuestas y la modificación o aclaración de la cantidad de algunos de los elementos requeridos (f. 447, c. 8).

8.5. El 22 de noviembre de 2006, se practicó por parte de un delegado del DABS una visita de verificación de los elementos ofrecidos por los 3 proponentes del grupo 1-material didáctico, en relación con el anexo 3 del pliego de condiciones-muestras. En relación con la unión temporal PINOCHO 2006, se registró que cumplía con las especificaciones respecto de todos los ítems revisados; así mismo en cuanto a la firma ANALYTICA LTDA., a la que sólo se hizo una anotación en el ítem 35, monopolio, respecto del cual se observó que era marca Ronda; 262 a 267 y 269 a 271, c. 8).

8.6. En oficio del 22 de noviembre de 2006, el representante legal de la unión temporal PINOCHO 2006 le solicitó a la entidad licitante, entre otras cosas, programar una nueva visita en cumplimiento del numeral 1.1.1.5 del pliego de condiciones, ya que la que se hizo fue practicada por un solo funcionario, que no contó con medio alguno que permitiera dejar un registro fotográfico o fílmico de los productos ofrecidos y requeridos como muestra (f. 437, c. 8).

8.7. En respuesta a la anterior solicitud, la entidad les comunicó a los tres proponentes: Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., unión temporal PINOCHO 2006 y ANALYTICA LTDA., las fechas en las que se realizaría una nueva visita de verificación de los elementos ofrecidos, a la que podían asistir los demás proponentes, con el subgrupo técnico y económico de la licitación y de la que se levantaría un acta, que haría parte integral de la evaluación respectiva (f. 434, c. 8).

8.8. La unión temporal PINOCHO 2006, en escrito del 24 de noviembre de 2006, solicitó que en la visitas a los oferentes se verificara, entre



otras cosas, que se encontraba “*la totalidad de las muestras de los 89 ítems solicitados, con un máximo de inexistencias equivalente al 10%, como estaba planteado inicialmente en los pliegos numeral (1.1.1.5.)*”, que cumplieran con las especificaciones técnicas, que los productos correspondieran con las marcas y que se tuviera el catálogo de la totalidad de los productos. La firma CELMAX LTDA., aceptó sin objeciones la nueva visita, mientras que ANALYTICA LTDA., la consideró violatoria del pliego de condiciones, que sólo contemplaba una visita por proponente y manifestó que con ella se evidenciaba una violación del derecho de igualdad de los demás oferentes distintos a la unión temporal PINOCHO, que promovió la práctica de esta segunda visita en plena etapa evaluativa, por lo que no aceptaba la reprogramación de una nueva visita ni que representantes de los otros proponentes ingresaran a sus instalaciones (f. 1691, c. 4, f. 429 y 432, c. 8).

8.9. La entidad respondió al anterior cuestionamiento, advirtiendo que no podía rechazar la solicitud de la unión temporal, ya que obedeció a que se detectó un defecto en la visita de verificación, la participación de uno solo de los 4 miembros del subgrupo técnico y económico, lo que resultaba insuficiente para la constatación de la información que contemplaba el pliego de condiciones para esa visita y para realizar la descripción técnica y verificar la marca de los elementos ofrecidos, de acuerdo a lo señalado en el anexo 1. Agregó que la programación de una nueva visita no violaba el derecho de igualdad, pues se iba a practicar a los 3 proponentes que habían participado y además, con ella no se violaban secretos industriales de los proponentes visitados, pues la diligencia se limitaría a verificar si lo propuesto cumplía con lo requerido por el departamento, sin ahondar en naturaleza, características o finalidades de los productos, o en los métodos o procesos de producción, o en los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios y por lo tanto,



la visita no resultaba violatoria ni del pliego de condiciones ni de la ley, ya que apuntaba a garantizar la selección objetiva del contratista mediante la determinación de la oferta más favorable con base en los criterios establecidos en el pliego de condiciones, por lo que se le reiteró la fecha de la visita a su empresa y se le recordó que conforme al numeral 1.1.1.5 del pliego, si el proponente durante la visita no presenta la muestra de los elementos señalados en el anexo 3, de acuerdo al grupo para el cual presentó su oferta, la misma sería rechazada (f. 426, c. 8).

8.10. La firma ANALYTICA LTDA. insistió en la ilegalidad de la decisión de practicar una segunda visita -pues ello significaba una modificación no permitida del pliego de condiciones- y en su negativa a que la misma se llevara a cabo, frente a lo cual la entidad reiteró que era necesaria pues según explicó, *“durante el proceso de evaluación se estableció la existencia de inconsistencias entre la información diligenciada en el formato No. 6 allegado con su propuesta, lo verificado en la visita y los catálogos que hacen parte integral de la misma, situación que impide dar cumplimiento al deber de selección objetiva establecido en el artículo 29 de la ya citada ley ya que en las condiciones actuales no es posible efectuar las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos”* y adujo que tal decisión hacía parte de la facultad que, según el pliego de condiciones, tenía la entidad para pedir aclaraciones de las propuestas y para verificar toda la información presentada⁹ (f. 402 a 417, c. 8).

⁹ La negativa de ANALYTICA LTDA. en cuanto a la práctica de la segunda visita y la entrega de muestras para determinar o explicar las inconsistencias detectadas por la entidad frente a los catálogos y los artículos ofrecidos, motivó el rechazo de su oferta, en consideración a que se tradujo en el incumplimiento de sus obligaciones como posible contratista, especialmente la de colaborar y permitir que la entidad verificara la información dada, según se consignó en el documento de respuesta a las observaciones efectuadas por los proponentes al informe de evaluación de las ofertas (f. 115 vto., c. 1).



8.11. En **oficio n.º 2-2006-19504 S del 7 de diciembre de 2006** – demandado en el *sub-lite-*, la entidad, una vez finalizada la etapa preliminar de verificación de las propuestas presentadas, solicitó a la unión temporal PINOCHO 2006 subsanar en su propuesta algunas cuestiones advertidas en la verificación jurídica y en cuanto a la evaluación técnica, entre otras cosas, le manifiesta lo siguiente: *“Teniendo en cuenta que se encuentran inconsistencias entre lo presentado en el formato 6 (garantía y origen de los elementos ofrecidos), el catálogo y lo observado en la visita se requiere que el proponente aclare con pruebas la información presentada, pues el catálogo de los elementos ofrecidos, contiene idénticas fotografías del allegado por el proponente ANALYTICA LTDA. (...) Por lo anterior, el proponente deberá presentar muestra de los elementos anteriormente señalados, el día lunes 11 de diciembre de 2006 (...); elementos que deberán ser retirados en el término que el Departamento indique para ello”*. Se refiere a 34 elementos que enuncia en esta comunicación, dentro de los cuales se halla el ítem 33, equipo psicomotor (f. 398 a 401, c. 8).

8.12. En similar sentido, le fue enviada comunicación el 7 de diciembre de 2006 al proponente ANALYTICA LTDA, en la que aparte de otras observaciones relacionadas con los elementos ofrecidos, le manifestó (f. 389, c. 8):

Teniendo en cuenta que se encuentran inconsistencias entre lo presentado en el formato 6 (garantía y origen de los elementos ofrecidos), el catálogo y lo observado en la visita se requiere que el proponente aclare con pruebas la información presentada, pues el catálogo de los elementos ofrecidos contiene idénticas fotografías del allegado por el proponente Unión Temporal PINOCHO 2006. [A continuación, enlista 34 elementos].

Por lo anterior, el proponente deberá presentar muestra de los elementos anteriormente señalados (...).



c. Teniendo en cuenta que se encuentran inconsistencias entre lo presentado en el formato 6 (garantía y origen de los elementos ofrecidos), el catálogo y lo observado en la visita se requiere que el proponente aclare con pruebas la información presentada, para los siguientes elementos:

. En el catálogo presentado, la fotografía del ítem 40 -JUEGO 3 EN 1, cuya descripción corresponde: JUEGO DE: bolos, cucunubá y rana. Pista plegable para embalaje, con manija en madera. Dimensiones aproximadas 67x28x4 cm., lleva instructivos, cada juego con sus fichas y accesorios- aparece claramente el logotipo del proponente Unión Temporal PINOCHO 2006 (...).

8.13. El 11 de diciembre de 2006, se llevó a cabo la entrega, por parte de la unión temporal PINOCHO 2006, de las muestras requeridas por la entidad mediante memorando de solicitud de aclaraciones, presentando muestras de 34 elementos, respecto de los cuales se anotó en la respectiva acta que cumplían con lo requerido, salvo el ítem 33, equipo psicomotor, cuya descripción es: *“Contiene kit de aros x 20 unidades por 4 tamaños. Paquete ladrillos x 10 unid. Paquete bastones x 10 unid., paquete barras de equilibrio x 5 unid., paquete de adaptadores x 56 unid.”*. en la descripción de lo presentado para efectos de aclaración, se anotó: *“Lo presentado cumple con la descripción de la muestra requerida. Omite presentación de paquete de ladrillos x 10 unidades y paquete de adaptadores por 56 unidades”* (f. 383, c. 8).

8.14. En acta de evaluación de las propuestas elaborada por el comité técnico evaluador entre el 21 de noviembre y el 18 de diciembre de 2006, en relación con el grupo 1-material didáctico, se registró que fueron presentadas 3 propuestas: unión temporal PINOCHO 2006, por valor total con IVA de \$ 778 176 089; ANALYTICA LTDA., por valor de \$ 761 138 775 y Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., por \$ 856 885 276 (f. 201 y sgtes., c. 8).



8.14.1. En la evaluación de los factores técnicos de verificación de las ofertas, se consignó:

- Numeral 1.1.1: Factor técnico-características técnicas:

Los tres proponentes cumplen. Esto, por cuanto presentaron totalmente diligenciado el formato 5A, "*Propuesta técnica económica-por Fondo y Proyecto*" y lo firman garantizando existencia y calidad de los bienes requeridos y no sobrepasaron el presupuesto oficial total o por fondo o proyecto, de acuerdo con la verificación aritmética realizada por el comité evaluador.

- Numeral 1.1.2: verificación de las especificaciones de los elementos ofrecidos (formato 5A):

Se estableció que los 3 proponentes cumplían, por cuanto presentaron las especificaciones requeridas en el formato 5A.

- Numeral 1.1.3: garantía de los elementos ofrecidos de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.1.1.3 del pliego, "*Garantía y Origen de los Elementos Ofrecidos*":

Productora y Comercializadora CELMAX LTDA.: Ofreció garantía del fabricante de entre 6 y 12 meses de garantía adicional pero no presentó certificado del fabricante respecto de los ítems 33, 34 y 35, equipo psicomotor, por lo que se tomaría la garantía del proponente, "*no otorgando puntaje para estos ítems*".

Unión temporal PINOCHO 2006: Como garantía del fabricante ofreció 12 meses de garantía adicional. Presenta los certificados del fabricante para los ítems de la licitación.



ANALYTICA LTDA.: Menciona 12 meses de garantía adicional del fabricante, pero para los ítems 8,22, 28, 29, 48, 49, 50, 51 y 78, no se pudo verificar el certificado del fabricante, por lo que no se le asignaría puntaje en la evaluación para estos ítems y se tomaría la garantía otorgada por el proponente.

- Numeral 1.1.4: Certificado del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000 de la empresa proponente:

Productora y Comercializadora CELMAX LTDA.: No cuenta con dicho certificado.

Unión temporal PINOCHO 2006: Presenta certificado de calidad ISO 9001:2000 para diseño, elaboración y comercialización de ropa y artículos de fútbol y fútbol de sala.

ANALYTICA LTDA.: Presentó certificado de calidad ISO 9001:2000 para comercialización, producción y servicio técnico de equipos y elementos para laboratorio.

- Numeral 1.1.5: Experiencia del proponente:

Se registró que los tres proponentes cumplen.

- Numeral 1.1.6: Inscripción en el SICE y presentación del número de reporte de certificados de registro de precios de los bienes ofertados generados por el portal de aquel:

Se encontró que Productora y Comercializadora CELMAX LTDA. y la unión temporal PINOCHO 2006, cumplían con este requisito.



En cuanto a ANALYTICA LTDA., no los presentó ni subsanó los certificados solicitados, ya que la descripción del producto no contenía las especificaciones técnicas mínimas requeridas para cada ítem de los 28 allí relacionados, por lo que su propuesta se debía rechazar, pues no subsanó correctamente lo requerido por el Departamento.

- Numeral 1.1.7: Propuesta económica:

Se encontró que los tres proponentes cumplían.

- Numeral 1.1.8: Verificación de elementos:

En este punto, la entidad consignó que se realizó a cada proponente la visita de que trata el numeral 1.1.1.5 del pliego de condiciones y que con base en el numeral 3.1.12 del mismo, procedió a solicitar aclaraciones teniendo en cuenta las inconsistencias presentadas entre lo verificado en el catálogo y el formato n.º 6, les pidió a ANALYTICA LTDA. y unión temporal PINOCHO 2006 aclarar dichas inconsistencias. Frente a las respuestas dadas, sostuvo:

Unión temporal PINOCHO 2006: No presentó el ítem 33, equipo psicomotor del folio 283 del catálogo, por lo que no era posible aclarar la inconsistencia, pues la muestra solicitada para aclaración fue presentada incompleta, por lo cual se recomendó rechazar su oferta.

ANALYTICA LTDA: No presentó muestra de los ítems 21, 25, 33, 48, 53, 55 y 71 y las que presentó respecto de los ítems 16, 22, 40 y 56, no concordaban con lo pedido en el pliego de condiciones, por lo cual se recomendó rechazar su oferta.



8.14.2. En la evaluación de los factores que generaban puntaje, a la unión temporal PINOCHO 2006 y a la sociedad ANALYTICA LTDA., no se les asignó ninguno, por el rechazo técnico del que fueron objeto. A la firma Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., se le otorgaron 700 puntos, distribuidos así: garantía mínima adicional a la exigida: 94,68/100; origen de los elementos-apoyo a la industria nacional: 100/100; certificado del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000: 0/100; menor valor total con descuento asociado al desempeño del contratista e IVA: 0/100.

8.15. El 26 de diciembre de 2006, la unión temporal PINOCHO 2006, a través de su representante legal, presentó observaciones al informe de evaluación y en relación con su propuesta, solicitó que fuera habilitada en cuanto a la verificación de elementos, ya que la decisión de rechazo se basó en lo dispuesto por el numeral 1.1.1.5 del pliego de condiciones, el cual fue modificado por el adendo 1, que solicitaba presentar muestra de todos los elementos por grupo indicados en el anexo 3, en la visita que el departamento debía realizar en las instalaciones del proponente y el ítem 33, equipo psicomotor, no se encontraba en el anexo 3, es decir no se requería que ese elemento fuera presentado en la visita de la entidad y por lo tanto ésta no podía rechazar la propuesta por ese motivo, pues ello implicaría modificar el pliego de condiciones en la etapa de evaluación de las propuestas, lo que atenta contra los principios de igualdad y transparencia y contra el deber de selección objetiva, al modificar las reglas de participación del pliego (f. 108 y 112 a 191, c. 8).

8.15.1. Sostuvo que cuando la entidad pidió presentar muestra de este elemento, lo hizo para aclarar las inconsistencias entre lo presentado en el formato 6, el catálogo y lo observado en la visita, pues el catálogo de los elementos ofrecidos contenía idénticas fotografías al allegado



por ANALYTICA LTDA., y no para verificar la descripción técnica y la marca de los elementos ofrecidos, de que trata el numeral 1.1.1.5 del pliego de condiciones.

8.15.2. Agregó que esa exigencia no se hizo a todos los oferentes, violando el derecho de igualdad; que a Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., no se le hizo la segunda visita, a pesar de que presentaba incumplimiento de varios factores técnicos –como que algunos de los ítems que ofreció contenían tintas tóxicas- y que en la visita inicial se verificó que la unión temporal demandante cumplía con todo lo requerido sin ninguna observación, inclusive respecto del ítem 33 –a pesar de que en la visita se hubiera advertido que faltaban algunos complementos del mismo-, por lo que reiteró la solicitud de corrección de su evaluación. En la misma fecha, la unión temporal hizo entrega al DABS, *“del complemento de la muestra correspondiente al ÍTEM 33 del grupo 1 de los términos de referencia de la LICITACIÓN PÚBLICA UEL DABS DE 2006”*, entregando un paquete de ladrillos por 10 unidades y un paquete de adaptadores por 56 unidades¹⁰.

8.16. En cuadro de *“observaciones al acta de evaluación de la propuesta presentada por ANALYTICA LTDA”*. –anexo a la resolución de adjudicación-, figura, respecto del ítem 33, equipo psicomotor, la siguiente observación: *La imagen del catálogo presentado por Analytica LTDA., este ítem aparece en el formato No. 6 como marca PHYSIS, corresponde al producto (AROS) de la firma ARISMA LTDA. y se encuentra en el catálogo 2005 de ARISMA (PÁGINA 11) (IMPRESO POR NUEVAS EDICIONES) cuyo diseño de*

¹⁰ En el plenario obra acta de entrega de muestras del 29 de diciembre de 2006, en la que el DABS devolvió a la unión temporal PINOCHO 2006 las muestras requeridas mediante memorando de solicitud de aclaraciones n.º 2-2006-19504 del 7 de diciembre de 2006, *“las cuales fueron tenidas en cuenta para efectos de verificar y evaluar las propuestas presentadas”*; a continuación, se enlistan los 34 elementos que habían sido requeridos para tal fin y luego, se consigna que también se hace devolución de los elementos entregados el 26 de diciembre de 2006, entre los cuales se hallan i) paquete de ladrillos por 10 unidades y ii) paquete de adaptadores por 56 unidades (f. 124, c. 1).



páginas interiores fue elaborado por Teresa Moreno S. y las fotografías por Ivonne Jaramillo, según lo expresa dicho catálogo. DEL CUAL ANEXAMOS FOTO. La imagen del catálogo presentado por analytica en su propuesta, este ítem aparece en el formato No. 6 como marca PHYSIS, corresponde a un producto (BARRA PARA EQUILIBRIO) del catálogo 2006 de Didácticos PINOCHO S.A. marca PIONEROS (impreso por Ladiprint Editorial Ltda) (PAGINA 11), se encuentra en el folio # 241 de la propuesta presentada por la U.T. PINOCHO 2006 y también está en nuestra página web: <http://www.PINOCHOTOYS.com/detalle.aspx?ref=03104>. Por lo tanto NO CUMPLE con las especificaciones técnicas requeridas en los términos de referencia de Licitación UEL-DABS 83 de 2006". La entidad, ante esta observación, respondió a renglón seguido que "EN EL ACTA DE EVALUACIÓN SE REGISTRA EL INCUMPLIMIENTO DEL PROPONENTE AL NO PRESENTAR LA MUESTRA REQUERIDA" (f. 139 vto., c. 1).

8.17. El 28 de diciembre de 2006, se llevó a cabo audiencia de adjudicación, en la cual, luego de la lectura del documento de respuesta a las observaciones presentadas a la evaluación preliminar por parte de los proponentes¹¹ y de haber oído a estos últimos, el subdirector de desarrollo local del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital expidió la Resolución n.º 1475, por medio de la cual adjudicó el grupo 2-elementos deportivos de la licitación pública UEL DABS 83 de 2006 a la firma Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., por valor de \$ 255 477 472 y declaró desierta la licitación respecto del grupo 1-material didáctico, "toda vez que las únicas propuestas presentadas para el presente grupo por parte de los proponentes PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA CELMAX LTDA., UNION TEMPORAL

¹¹ Este informe es visible a folio 113, c. 1 y en él la entidad, al responder las observaciones de la unión temporal PINOCHO 2006 al informe de evaluación, sostuvo que "(...) el motivo de su rechazo se concreta en presentar de manera incompleta una muestra requerida en un periodo específico, necesaria para aclarar las inconsistencias y proseguir con la comparación de las propuestas presentadas. Por lo tanto no se tendrá en cuenta la muestra presentada junto con su escrito del 26 de diciembre de 2006. Lo anterior con base en la causal de rechazo establecida en el literal h del numeral 3.2.3.- cuando el proponente no subsane lo requerido por el Departamento para realizar la evaluación de las propuestas o no subsane correctamente".



PINOCHO 2006 y ANALYTICA LTDA., no cumplieron con los requisitos de tipo técnico y económico previstos en el pliego de condiciones”. En dicha resolución, hizo un recuento de todo el trámite licitatorio y cómo el informe de verificación, evaluación y calificación definitivo de la licitación que fue presentado por el grupo de acompañamiento al comité de contratación del Departamento, fue avalado por éste en su totalidad y concluyó que (f. 88 y 109, c. 1):

(...) de acuerdo con las observaciones presentadas al informe de evaluación y a lo debatido en la audiencia pública, los resultados del informe de verificación, evaluación y calificación el cual fue avalado por la representante del organismo de control, para cada uno de los grupos que conforman la licitación son los siguientes:

RESULTADOS CONSOLIDADOS

GRUPO Grupo 1	Proponente	Verificación jurídica	Verificación Financiera	Evaluación Técnica Económica
1	PRODUCTORA COMERCIALIZADORA CELMAX LTDA.	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADA
2	UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADA
	ANALYTICA LTDA.	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADA
Grupo 2	PRODUCTORA COMERCIALIZADORA CELMAX LTDA.	CUMPLE	CUMPLE	700
	ANALYTICA LTDA	CUMPLE	CUMPLE	RECHAZADA

RESULTADOS POR GRUPOS

GRUPO No. 1-MATERIAL DIDÁCTICO

FACTOR	SUBFACTOR	PRODUCTORA COMERCIALIZADORA CELMEX LTDA	UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006	ANALYTICA LTDA
TÉCNICO	GARANTÍA DE FÁBRICA ADICIONAL A LA MÍNIMA EXIGIDA			
	ORIGEN DE LOS ELEMENTOS-APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR RECHAZO TÉCNICO	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR RECHAZO TÉCNICO	NO SE ASIGNA PUNTAJE POR RECHAZO TÉCNICO
	CERTIFICADO DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD ISO 9001:2000			



ECONÓMICO	MENOR VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA CON IVA			
	MENOR VALOR TOTAL CON DESCUENTO ASOCIADO AL DESEMPEÑO DEL CONTRATISTA E IVA			
	TOTAL			

8.18. En el plenario se decretaron y practicaron dos dictámenes periciales a petición de la parte actora (f. 38 a 40, c. 1):

8.18.1. Un dictamen rendido por perito contador, quien debía determinar: i) sobre la base presentada por la unión temporal PINOCHO 2006 y teniendo en cuenta que era el fabricante directo del 77.2% de los artículos que se iban a adquirir en la licitación y el 22.8% que comercializaba, cuál era la utilidad que le hubiera quedado de haberle sido adjudicada la licitación; ii) los gastos en que incurrió para participar en la licitación; iii) cuáles fueron los perjuicios materiales que sufrió; iv) si toda la documentación financiera y contable de Didácticos Pinocho S.A. y la unión temporal PINOCHO 2006 estaba al día para el periodo de la licitación. El perito contador designado presentó dictamen en el cual concluyó (c. 3):

8.18.1.1. Sostuvo que de haber sido favorecida con la adjudicación, la unión temporal PINOCHO 2006 habría obtenido una utilidad de \$ 155 585 551: utilidad de elementos fabricados por la demandante: \$ 92 586 438; utilidad en elementos adquiridos por la demandante: \$ 62 999 113. Manifestó que este resultado se obtuvo con base en el valor total de la oferta sin IVA, que era el precio de venta \$ 672 629 415, menos el costo total de los elementos ofrecidos, para el cual manifestó que verificó selectivamente los diseños de los elementos, la cantidad y la clase de los materiales necesarios para su fabricación, el valor de la mano de obra empleada, los costos indirectos que forman parte del costo de los productos y su registro en el programa de costos de



DIDÁCTICOS PINOCHO S.A. y llegó a la conclusión de que los costos de la propuesta en la licitación, ascendieron a \$ 392 046 869,81, para los fabricados por la unión temporal PINOCHO y \$ 124 996 994 para los elementos que debía adquirir en el mercado, para un total de costos de \$ 517 043 863,81.

8.18.1.2. Agregó que la unión temporal demandante incurrió en gastos por \$ 2 057 608 para participar en la licitación, por concepto de la compra del pliego de condiciones, las horas de trabajo de preparación de la licitación y la póliza de seguro de cumplimiento. Por lo tanto, este fue el daño emergente sufrido, que actualizado ascendía a \$ 2 207 903 y calculó intereses legales por \$ 152 497. En cuanto al lucro cesante, procedió a actualizar el monto de la utilidad dejada de percibir desde el 15 de abril de 2007, cuando el hecho económico se habría registrado en la contabilidad y hasta la fecha del dictamen -31 de enero de 2008-, lo que arrojó un valor de \$ 161 052 033, más intereses legales de \$ 7 416 245, para un total por concepto de perjuicios material es de \$ 170 828 678.

8.18.2. Un dictamen rendido por experto en la parte de enseñanza y manejo de material didáctico, ayudas técnicas y medios, para determinar: i) si todos los ítems ofrecidos por la unión temporal PINOCHO eran tóxicos; ii) si el material didáctico ofertado por aquella cumplía su cometido sobre destinación, uso y utilidad; iii) qué diferencias tenía el material didáctico fabricado o comercializado por la demandante con el material ofertado por CELMAX LTDA. y ANALYTICA LTDA.; iv) si el material ofrecido por estas últimas tal y como se presentó podía ser manipulado por niños o qué características, compuestos y elementos lo impedían; v) si los materiales didácticos ofrecidos por las tres proponentes tenían las medidas, colores y características estipuladas en el pliego de



condiciones; vi) si las perforaciones de las piezas de los bloques lógicos correspondían a las formas geométricas respectivas en las tres propuestas; vii) si inspeccionado el almacén y la fábrica de DIDÁCTICOS PINOCHO S.A. y la unión temporal PINOCHO 2006, tenían las 89 referencias o ítems pedidos en la licitación, por fabricación directa o comercialización; viii) si los materiales didácticos ofrecidos por la demandante cumplían los requisitos técnicos y de calidad exigidos en el estatuto al consumidor y el pliego de condiciones bajo la denominación de características técnicas; ix) si los ítems de loterías y sus aplicaciones y en general todos los ítems solicitados como muestras en el adendo 1 fueron debidamente presentados por los tres proponentes; x) que con base en los registros fotográficos, filmicos, etc. de la segunda visita, se determine si CELMAX LTDA. cumplía o no las exigencias técnicas y de calidad del grupo 2. En dictamen debidamente sustentado, que fue rendido por un ingeniero industrial, éste determinó, en general, lo siguiente (c. 2):

8.18.2.1. Los productos fabricados por DIDÁCTICOS PINOCHO S.A., no son tóxicos porque en su elaboración utilizan pinturas y lacas acuosas cuyos pigmentos no son de origen ferroso y por lo tanto no contienen cadmio, plomo o arsénico.

8.18.2.2. Los productos elaborados por DIDÁCTICOS PINOCHO S.A. sí cumplen su cometido sobre destinación, uso y utilidad, están destinados especialmente a centros de enseñanza y hogares geriátricos, su uso es para juegos, juguetes y material didáctico, la empresa COTECNIA ISO 9001 certifica que el sistema de gestión de calidad de aquella ha sido auditado y aprobado de conformidad con la norma ISO 9001:2000 para el diseño, fabricación, importación, venta y comercialización de juegos, juguetes y material didáctico y mediante



visita a sus instalaciones, el perito comprobó que el objetivo de todos sus productos es esencialmente didáctico.

8.18.2.3. La diferencia entre las ofertas que detectó el perito tuvo que ver con la seguridad y calidad –atoxicidad- de los productos, porque según el acta de evaluación a las muestras que levantó la entidad, uno de los ítems –abaco vertical- de ANALYTICA LTDA. utilizaba tintas en la impresión serigráfica de polietileno (PE) y polivinilcloruro (PVC) y catalizador que utiliza pigmentos tóxicos. Frente a CELMAX LTDA., el perito advirtió que los evaluadores mencionaron inconsistencias de varios ítems que no correspondían a lo solicitado.

8.18.2.4. El auxiliar de la justicia conceptuó que DIDÁCTICOS PINOCHO S.A., en su almacén y fábrica, tenía los 89 ítems pedidos en la licitación y anotó que en el acta de la visita de verificación de elementos ofrecidos practicada el 22 de noviembre de 2006 y el concepto de la visita de las instalaciones del proponente, se dejó constancia por parte de la entidad, de que los productos eran fabricados con pinturas y tintas atóxicas y en policromía certificada y que se apreciaba claramente que los productos ofertados sí cumplían con los requisitos técnicos y de calidad del pliego de condiciones.

III. El problema jurídico

9. Teniendo en cuenta los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y los hechos probados en el proceso, deberá establecer la Sala si, como lo sostuvo el apelante, i) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un error involuntario que influyó sustancialmente en su decisión, al establecer equivocadamente que uno de los ítems objeto de la licitación -el equipo



psicomotor-, no había sido exigido en el anexo 1 del pliego de condiciones cuando sí lo fue y por ello, frente a la identidad entre los catálogos de dos propuestas, era necesario pedir la muestra física de ese ítem; para determinar a continuación ii) si el rechazo de la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006 por las razones esgrimidas por el DABS (entrega parcial de la muestra de un elemento que le fue requerida para aclarar las inconsistencias y proseguir con la comparación de las propuestas presentadas) fue legal y conforme con lo dispuesto en la ley y en el pliego de condiciones y no violó los principios de igualdad, transparencia, economía y de selección objetiva del contratista; ii) si, en consecuencia, resultaba procedente la declaratoria de desierta de la licitación pública UEL DABS 83, como se decidió en el acto administrativo demandado por no cumplir ninguna de las propuestas presentadas con los requisitos exigidos por el pliego de condiciones, o si por el contrario, tal decisión estuvo viciada de falsa motivación, como lo resolvió el *a-quo* y por lo tanto, iii) resultaba procedente la condena impuesta en la sentencia de primera instancia como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado.

IV. Análisis de la Sala

Error del Tribunal.

10. De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, se observa que el DABS abrió una licitación pública para la adquisición de material didáctico –grupo 1- y elementos deportivos –grupo 2- para la dotación de hogares comunitarios, jardines infantiles, casas vecinales, grupos de jóvenes y adultos mayores de varias localidades de la ciudad de Bogotá. Para efectos de describir los elementos objeto de la futura adquisición, al pliego de condiciones se adicionó el Anexo n.º 1 material



didáctico, en el cual se relacionaron los ítems del grupo 1-material didáctico, para el cual participó la unión temporal demandante.

11. Según el apelante, el Tribunal *a-quo* incurrió en un error involuntario al afirmar que *“el elemento que el proponente finalmente no presentó completo y por lo que fue rechazado dentro del proceso licitatorio, ni siquiera estaba contenido en el Anexo No. 1 (...)”*.

12. Al respecto, observa la Sala que en la copia auténtica que de los pliegos de condiciones que rigieron la licitación pública UEL DABS n.º 83 de 2006, fue allegada al plenario, en el anexo n.º 1-material didáctico, en el que se enlistaron los ítems a adquirir en el grupo 1, supuestamente 90, no aparece el equipo psicomotor, toda vez que la relación de ítems, pasa del n.º 31 al n.º 70 -ver párrafo 8.2.12-. Es decir que es cierta la afirmación del *a-quo* en tal sentido, es decir que el ítem 33 equipo psicomotor, no estaba en el anexo 1 original del pliego de condiciones, lo que no significa que haya obviado el hecho de que en el adendo 1 al mismo, se modificó el anexo 1 y además tuvo en consideración que dicho ítem sí se relacionó en el formato 5A, *“como objeto cuyo valor aproximado por Fondo de Desarrollo Local y Proyecto (elementos deportivos y material didáctico) debería ser incluido en los documentos contentivos de la propuesta, sin que ello implicara la entrega de muestra alguna de dicho objeto”*, afirmación que coincide con la realidad, en la medida en que, de acuerdo con el análisis conjunto del pliego de condiciones y el adendo 1 al mismo, el equipo psicomotor (ítem 33) era un ítem más objeto de la adquisición, pero el mismo no estaba incluido en el listado del anexo 3 al adendo 1, contentivo de los elementos respecto de los cuales debían ser presentadas muestras físicas en la visita programada a cada proponente -ver párrafo 8.3.3-. En consecuencia, no es cierto que el a-



quo haya incurrido en un error determinante de la decisión que posteriormente tomó.

13. El apelante adujo que el error del *a-quo* “(...) *devalúa la necesidad del requerimiento efectuado por la entidad*”, significando con ello que para el Tribunal, se trataba de un ítem de menor importancia, respecto del cual no había una verdadera necesidad e importancia de efectuar el requerimiento que hizo la entidad para que se presentara la muestra física del mismo y que por lo tanto, se trató de una solicitud inocua y salida de contexto que no se podía sustentar en forma alguna y resultó violatoria del principio de transparencia.

14. La Sala no comparte la lectura que el recurrente hizo del fallo de primera instancia, por cuanto lo que en él criticó el *a-quo*, es que se hubiera rechazado la oferta de la unión temporal por haber presentado incompleta la muestra del ítem 33 que le fue requerida a título de aclaración de la oferta y no en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones y su adendo 1, anexo 3, que contemplaban taxativamente los elementos respecto de los cuales se debían presentar las muestras.

15. Se observa que para el grupo 1-material didáctico de la licitación, la entidad pidió 89 elementos, de los cuales sólo de aquellos contemplados en el anexo 3 -63 elementos-, debía presentarse muestra física en la visita programada por la entidad, y no hacerlo o presentarlos en forma incompleta, conllevaba el rechazo de la oferta. En relación con los demás ítems, bastaba con la presentación del catálogo en el que constara su descripción, y la omisión en su presentación era subsanable –párrafo 8.3.2-. Dentro de estos últimos, se hallaba precisamente el ítem 33, equipo psicomotor.



16. La visita establecida en el pliego de condiciones se realizó inicialmente por un funcionario de la entidad, que encontró que la unión temporal demandante cumplía con las especificaciones respecto de todos los ítems revisados, correspondientes a las muestras exigidas – párrafo 8.5-.

17. La segunda visita que se programó con todo el equipo evaluador, se realizó a petición de la misma unión temporal, que solicitó que se dejara un registro fotográfico o fílmico de los productos ofrecidos y requeridos como muestra y que se verificara que los productos correspondían con las marcas y que se tenía el catálogo de la totalidad de los productos –párrafos 8.6 y 8.8-, exigencia que fue rechazada por Analytica Ltda., por considerar que era violatoria del pliego de condiciones y de los derechos de los proponentes y por lo tanto no la permitió en sus instalaciones –párrafos 8.8 y 8.10-.

18. Posteriormente, la entidad cambió la razón para efectuar la segunda visita y para pedir a 2 de los proponentes la presentación de muestras físicas respecto de bienes que no hacían parte del Anexo 3, alegando que durante el proceso de evaluación se estableció la existencia de inconsistencias entre la información diligenciada en el formato No. 6 allegado con las propuestas de ANALYTICA LTDA. y la unión temporal PINOCHO 2006, lo verificado en la visita y los catálogos que hacían parte integral de las mismas, situación que a su juicio, impedía dar cumplimiento al deber de selección objetiva establecido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, ya que en esas condiciones no era posible efectuar las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos –párrafo 8.10-.



19. De acuerdo con lo anterior, se advierte que la circunstancia que produjo la segunda visita y la exigencia de presentar muestras distintas a las inicialmente pedidas en el Anexo 3 del Adendo 1 del pliego de condiciones, la constituyó la existencia de identidad entre los catálogos de la unión temporal PINOCHO y la sociedad ANALYTICA LTDA., como lo declaró la entidad al pedir a estas últimas, a título de aclaración, la presentación de tales muestras, manifestando que el catálogo de los elementos ofrecidos contenía idénticas fotografías al allegado por el otro proponente –ver párrafos 8.11 y 8.12-.

20. Como ya se vio, las falencias en la presentación de catálogos eran subsanables –párrafos 8.3.1 y 8.3.2- y para ello, lo que debía establecer la entidad, era a quién correspondían realmente las fotos contenidas en los mismos, para lo cual debió pedir las aclaraciones correspondientes. Al respecto, observa la Sala que existían suficientes indicios de que la propietaria de tales fotos y de los elementos allí registrados era DIDÁCTICOS PINOCHO S.A.:

20.1. El hecho de que fue la unión temporal PINOCHO 2006, la que a pesar de que en la primera visita el funcionario de la entidad certificó que ella cumplía con todas las muestras del Anexo 3 y las especificaciones de los ítems revisados, pidió la segunda visita, para que en la misma se constatará, entre otras cosas, que los productos correspondieran con las marcas y que se tuviera el catálogo de la totalidad de los mismos –párrafos 8.6 y 8.8-.

20.2. La reticencia de la sociedad ANALYTICA LTDA., a que se efectuara la segunda visita –párrafos 8.8 y 8.10-.

20.3. La comunicación que le fue enviada por la entidad a ANALYTICA LTDA., en la que le exigió la presentación de muestras de ítems



diferentes al del Anexo 3, para dirimir las inconsistencias advertidas entre el catálogo, el formato 6 y lo advertido en la visita, en el que expresamente se manifestó que en la fotografía de uno de los ítems, en el catálogo presentado por esta firma, *“aparece claramente el logotipo del proponente Unión Temporal Pinocho 2006”* –párrafo 8.12-.

20.4. La advertencia efectuada por PINOCHO 2006, en las observaciones a la evaluación de las ofertas, en la que manifestó que *“La imagen del catálogo presentada por ANALYTICA en su propuesta, este ítem aparece en el formato No. 6 como marca PHYSIS. Corresponde a un producto (BARRA PARA EQUILIBRIO) del catálogo 2006 de Didácticos PINOCHO S.A. marca PIONEROS (impreso por Ladiprint Editorial Ltda) (PAGINA 11), se encuentra en el folio # 241 de la propuesta presentada por la U.T. PINOCHO 2006 y también está en nuestra página web: <http://www.PINOCHOTOYS.com/detalle.aspx?ref=03104>”* –párrafo 8.16-.

21. Frente a lo anterior, debió analizarse la conducta de los proponentes para indagar, a partir de la misma, a cuál de los dos pertenecían las fotos de los catálogos aportados a la licitación con sus ofertas, para lo que bien podía hacer uso de su facultad de solicitar aclaraciones y verificar la información presentada, según lo contemplado en el pliego de condiciones, en donde expresamente se consignó que en caso de ser procedente, podría solicitar al proponente que subsanara los documentos a que hubiere lugar –numeral 3.1.12-, pero ello no significaba que la entidad pudiera, so pretexto de pedir aclaraciones, proceder a modificar las exigencias hechas a los proponentes como fundamento de su participación en el proceso de selección y de calificación de sus ofertas, como lo era el requisito de presentar muestras físicas de 63 elementos taxativamente comprendidos en el Anexo 3.



22. Ni mucho menos podía, una vez se aportaron esas muestras físicas irregularmente exigidas, proceder a rechazar ofertas por las falencias advertidas en las mismas, pues la etapa de verificación de las especificaciones técnicas, de la que hacía parte la revisión de las muestras, ya se había superado y de lo que se trataba, según lo advertido por la entidad al pedir estas nuevas muestras, era de despejar y aclarar las inconsistencias entre la información del formato 6, lo verificado en la visita y los catálogos aportados por los proponentes.

23. Se reitera en este punto, que la causal de rechazo contemplada en el pliego relacionada con la presentación de los ítems exigidos, recaía sobre la no entrega de las muestras enlistadas en el Anexo 3, de las cuales no hacía parte el ítem 33 equipo psicomotor, que fue respecto del cual, en la muestra posteriormente exigida por la entidad, se advirtió que no estaba completo y por esa razón se rechazó la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006, la cual, a juicio de esta Sala, por las razones anotadas, fue indebida. Es más, no se tuvo en cuenta que el proponente finalmente allegó los elementos faltantes: un paquete de ladrillos por 10 unidades y un paquete de adaptadores por 56 unidades –párrafo 8.15.2-.

24. En relación con ese ítem, además, se observa que las únicas exigencias posibles, según el pliego de condiciones –toda vez que no había que presentar muestra física-, eran que constara en el catálogo que debía aportar el proponente, que se describiera en el formato 5A, para verificar que sus especificaciones técnicas concordaran con las exigidas por la entidad y que se presentara la garantía de origen del elemento, requisitos todos estos que, de acuerdo con la evaluación del



factor técnico, características técnicas, el proponente unión temporal PINOCHO cumplió –párrafo 8.14-.

25. El pliego de condiciones, como lo ha reiterado la jurisprudencia, es la ley del proceso de selección y esto se predica no sólo frente a los proponentes sino también en relación con la entidad que lo adelanta, de tal manera que una vez se expide el pliego definitivo y se abre la licitación, está obligada a respetar sus términos, sin que haya lugar a introducir modificaciones al mismo y mucho menos cuando aquella se ha cerrado y ha entrado en la etapa de evaluación y calificación de las ofertas, momento en el cual el pliego se torna definitivamente inmodificable¹²:

29. En relación con el pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Sala ha sido clara y reiterada al sostener su intangibilidad, la cual es relativa, durante el plazo de la licitación, en la medida en que el legislador admite y autoriza su modificación en dicho lapso, a través de adendas, para efectos de corregir errores y aclarar puntos oscuros y ambiguos que induzcan a confusión; y absoluta, una vez la licitación se cierra, momento a partir del cual, el pliego se torna definitivamente inmodificable. Como lo dijo en pasada ocasión, “(...) es importante puntualizar sobre la obligación que tiene la Administración de respetar los criterios establecidos en los pliegos de condiciones. Esta Sala ha dicho que el pliego de condiciones establece las reglas de juego para la participación de los interesados y para la evaluación de sus ofrecimientos, constituyéndose en norma fundamental que rige el proceso de selección y del contrato que surja con ocasión del mismo. No puede, entonces, la Administración so pretexto de vacíos o deficiencias en el Pliego de Condiciones cambiar los criterios o fórmulas para evaluar contenidos en los mismos, después de presentadas las ofertas e inventarse reglas a posteriori, por cuanto, el pliego de condiciones como es sabido es ley del proceso de selección, y, si bien éste puede ser interpretado por la Administración, no puede ser modificado o adicionado al momento de evaluar^{13»14}

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 24271, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹³ [26] [34] “Lo que se ha denominado como “inalterabilidad o intangibilidad de los pliegos de condiciones”, como garantía del debido proceso contractual en los procesos de selección pública, luego de haber surtido las etapas que permiten sus modificaciones por parte de la Administración”.



26. A pesar de lo anterior, la entidad, en plena etapa de evaluación de las ofertas, pidió muestras físicas distintas a las exigidas en el pliego de condiciones y su Adendo 1, que introdujo el Anexo 3, contentivo de los elementos respecto de los cuales obligatoriamente debían presentarse tales muestras. Y no se limitó a pedir las, sino que procedió a rechazar la propuesta de la unión temporal demandante, con base en que una de ellas estaba incompleta.

27. En tales condiciones, para la Sala no queda duda de que el rechazo de la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006, fue irregular e improcedente, razón por la cual ha debido ser objeto de evaluación y calificación, tal y como lo dedujo el *a-quo*.

La evaluación de las ofertas

28. Ahora bien, en relación con la evaluación de las ofertas, se advierte que la presentada por la demandante, tal y como se verificó en la relación de hechos probados, ésta cumplió con todos los factores técnicos de evaluación –párrafo 8.14- y la única observación que se hizo a esta propuesta y por la que fue rechazada, tuvo que ver con la presentación incompleta del ítem 33, equipo psicomotor, que no hacía parte del Anexo 3 del pliego de condiciones, mientras que las ofertas presentadas por ANALYTICA LTDA. y CELMAX LTDA., incumplieron respecto de múltiples variables de evaluación, como el reporte de precios del SICE, la garantía de un ítem y la presentación del certificado de calidad, lo que condujo a que la primera fuera rechazada y no se le otorgara puntaje, mientras que la segunda sí fue objeto de

¹⁴ [27] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



calificación y obtuvo un puntaje total de 700 puntos sobre 1000, siendo calificada con 0/100 en el factor certificación del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000 y con 0/200 en el factor menor valor total con descuento asociado al desempeño del contratista.

Calificación de la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006

29. El Tribunal *a-quo* llevó a cabo la calificación de la propuesta de la demandante con base en los factores que asignan puntaje –párrafo 8.2.13- y teniendo en cuenta el dictamen pericial sobre los aspectos técnicos de las ofertas obrante en el plenario, labor que la Sala comparte y que arrojó los siguientes resultados:

Factor Técnico

Garantía de fábrica adicional a la mínima exigida

30. La unión temporal PINOCHO 2006, presentó los certificados del fabricante para la totalidad de los ítems y ofreció 12 meses de garantía adicional a la ofertada. En este factor, le fueron otorgados 100/100 puntos a CELMAX LTDA., a pesar de que no anexó el certificado del fabricante para el equipo psicomotor y ofreció una garantía adicional entre 6 y 12 meses –párrafo 8.14.2-. Esto lo que demuestra es que la oferta de la unión temporal PINOCHO 2006, merecía el mismo puntaje de 100/100.

Origen de los elementos-apoyo a la industria nacional

31. En este factor, la Productora y Comercializadora CELMAX LTDA. obtuvo 100/100. Y en relación con la oferta presentada por la unión



temporal PINOCHO 2006, se observa que, según el formato n.º 6 de la propuesta, origen y garantía de los elementos ofrecidos, la mayoría eran de su propia fabricación, con la marca Didácticos Pinocho S.A. – marca Pioneros y se encontraban artículos de las marcas Avanplast Ltda –marca Avant (ítems 6, 7, 41, 44 y 45), Ronda S.A. –marca Ronda- (ítems 8, 20 y 53), Dotaciones Educativas (ítems 22, 57, 77 y 78), Editorial Norma S.A., (ítem 48), Panamericana Editorial Ltda. – Panamericana- (ítems 49 y 50), Arisma Ltda. (ítem 51), Escobar y Martínez –marca A & M (ítem 66), Industrias Didácticas Royter (ítems 68 y 69) y Taller de Cosas Ltda. (ítems 79 y 80), todas de origen nacional (f. 826 a 834, c. 9), por lo que este proponente debió obtener una puntaje de 100/100.

Certificado de calidad ISO 9001:2000

32. Como ya se dijo, la Productora y Comercializadora CELMAX LTDA. obtuvo 0/100 en este factor, pues no contaba con el referido certificado. En cuanto a la unión temporal PINOCHO 2006, la misma, según evaluación de la entidad, sí cumplió con este requisito –numeral 1.1.3, párrafo 8.14-, por lo que su oferta era mejor que aquella y debió obtener un puntaje superior, si bien no de 100/100, pues el certificado no versaba sobre material didáctico sino sobre material relacionado, como es la fabricación de implementos deportivos.

Factor económico

Menor valor total de la propuesta con IVA



33. En relación con el valor de las ofertas, se observa que a la Productora y Comercializadora CELMAX LTDA. se le otorgaron 500/500 puntos; no obstante, se observa que la más económica fue la presentada por ANALYTICA LTDA, que ofreció un precio de \$ 761 138 775, pero dado que fue rechazada, la que seguía en este aspecto era la presentada por la unión temporal PINOCHO 2006, por valor de \$ 778 176 089, frente al de \$ 856 885 276 de la oferta de Productora y Comercializadora CELMAX LTDA., luego por este aspecto, también la de la demandante resultaba ser la mejor y debió obtener el mayor puntaje, de 500/500.

Menor valor total con descuento asociado al desempeño del contratista e IVA

34. En este factor, que corresponde al descuento que ofrecieran los proponentes en caso de entregas defectuosas a los Fondos de Desarrollo Local –pie de página 5-, a CELMAX LTDA. se le otorgó un puntaje de 0 puntos –párrafo 8.14.2-. En cuanto a la unión temporal PINOCHO 2006, en el formato 5A, contentivo de la propuesta técnica económica, en la columna denominada “*descuento*”, en el porcentaje y valor de descuento por la entrega no completa y exacta de los elementos, este proponente ofreció el 100% para la totalidad de los ítems, lo que significa que, en caso de presentarse la entrega incompleta o tardía de los elementos objeto del contrato, la entidad los obtendría con un valor total con descuento y con IVA de \$ 0. Lo que significa que en este factor, la unión temporal PINOCHO 2006, debió obtener el máximo puntaje, es decir 250/250 puntos.

La calidad de los productos ofertados



35. Finalmente, en relación con la calidad de los productos ofrecidos por la unión temporal PINOCHO 2006 frente a los propuestos por los otros dos participantes, se observa que en el dictamen pericial practicado en el proceso por un ingeniero industrial (c. 2), se determinó:

PRIMERA PREGUNTA

13.1. Si todos los ítems ofrecidos por la UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006, son tóxicos.

RESPUESTA

Los productos fabricados por Didácticos Pinocho S.A., no son tóxicos porque en su elaboración utilizan pinturas y lacas acuosas cuyos pigmentos no son de origen ferroso, estos pigmentos ferrosos son tóxicos porque contienen cadmio, plomo, arsénico. Al utilizar pinturas acuosas permite que los infantes utilicen estos juguetes sin peligro de intoxicación (...).

TERCERA PREGUNTA

13.3. Qué diferencias tiene el material didáctico fabricado o comercializado por UNIÓN TEMPORAL PINOCHO 2006 y DIDÁCTICOS PINOCHO S.A. con el material ofertado por CELMAX LTDA. y ANALYTICA LTDA.

RESPUESTA

La diferencia fundamental se determina en la seguridad y en la calidad en cuanto a su atoxicidad, es decir, que las partes de los productos no tengan aristas, no tengan elementos cortopunzantes, además que la impresión serigráfica sean atóxicas (sic) y que los elementos no pasen o no quepan dentro de una "Galga" (Que es un instrumento de medición y que universalmente tiene una norma técnica que se relaciona con la laringe de los niños que impide el paso por la garganta) y debe estar asociado con la advertencia del producto no tóxico, la edad, la supervisión de un adulto.

FUNDAMENTO:

En el proceso existe un acta de evaluación de presentación de las muestras aportadas por CELMAX LTDA. y ANALYTICA LTDA. y en las muestras presentadas mencionan los evaluadores en el folio 136 muestra Ábaco vertical de Analytica Ltda. "las tintas utilizadas para algunos productos, en la impresión serigráfica son de polietileno (PE) y



polivinilcloruro (PVC) y la pregunta número uno con relación a CELMEX LTDA. en folio 118 a 119 los evaluadores enumeran algunas inconsistencias en las muestras de Caja de sombras y mitades, libro de cuentos Puzzles, juegos de bolos, payaso traga bolas, no corresponden a lo solicitado, marcando así la segunda diferencia.

36. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que los elementos ofrecidos por la unión temporal PINOCHO 2006 eran de buena calidad y cumplieron con lo exigido desde este punto de vista por la entidad, lo que permite concluir que su oferta cumplió con todos los factores técnicos y económicos sujetos a verificación y puntaje dentro de la licitación pública UEL DABS 83 de 2006 y por lo tanto la entidad demandada no debió declarar desierta la licitación y al hacerlo desconoció el principio de economía que informa la contratación estatal, en especial lo dispuesto por el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la declaratoria de desierta de la licitación sólo procederá por motivos que impidan la escogencia objetiva de alguna de las propuestas.

37. Por otra parte, es claro que la oferta presentada por la unión temporal PINOCHO 2006, debió obtener un puntaje superior al que le fue otorgado a la propuesta de la Productora y Comercializadora CELMAX LTDA. y dado que la de ANALYTICA LTDA. fue correctamente rechazada, la adjudicación de la licitación ha debido recaer sobre la primera. Como ello no sucedió, el acto administrativo mediante el cual se declaró desierta la licitación es ilegal y resultaba procedente la declaratoria de nulidad proferida por el Tribunal *a-quo* y como consecuencia de la misma, la condena a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados a la demandante, en la forma en que lo hizo, razón por la cual la sentencia de primera instancia merece ser confirmada y en tal sentido se decidirá, no obstante lo cual, procederá la Sala a actualizar el monto de la condena impuesta, para lo cual dará aplicación a la fórmula usualmente utilizada para ello:



Expediente n.º 41888
Actor: Sociedad Didácticos PINOCHO S.A. y otros

$$VA = VH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

VA = Es el valor actualizado.

VH = Es el valor histórico a actualizar: Toda vez que en la sentencia de primera instancia se discriminó la condena a favor de cada uno de los miembros de la unión temporal Pinocho 2006, la actualización se hará de la misma manera, teniendo como valor histórico cada una de dichas condenas.

El índice final: Es el IPC vigente para la fecha de la presente providencia: 138,32.

El índice inicial: Es el IPC correspondiente a la fecha de la sentencia de primera instancia, 16 de marzo de 2011: 107,12:

Americana de Distribuciones Ltda. Representaciones:

$$VA = 12\,457\,702 \frac{138,32}{107,12}$$

VA = \$ 16 086 159

Didácticos Pinocho S.A.:

$$VA = 63\,018\,930 \frac{138,32}{107,12}$$

VA = \$ 81 373 958



Saeta International Sport Wear Ltda.:

$$VA = 5\,681\,037 \frac{138,32}{107,12}$$

$$VA = \$ 7\,335\,708$$

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 16 de marzo de 2011, cuyo numeral tercero, debidamente actualizado, quedará así:

TERCERO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al Distrito Capital-Secretaría de Integración Social a pagar los siguientes valores:

- A la sociedad **AMERICANA DE DISTRIBUCIONES LTDA. REPRESENTACIONES**, la suma de DIECISEIS MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$ 16 086 159) M/CTE por concepto de indemnización de perjuicios.
- A la sociedad **DIDÁCTICOS PINOCHO S.A.**, la suma de OCHENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$ 81 373 958) M/CTE por concepto de indemnización de perjuicios.



Expediente n.º 41888
Actor: Sociedad Didácticos PINOCHO S.A. y otros

- A la sociedad **SAETA INTERNATIONAL SPORT WEAR LTDA.**, la suma de **SIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS OCHO PESOS (\$ 7 335 708) M/CTE** por concepto de indemnización de perjuicios.

SEGUNDO: Sin costas, por no aparecer acreditadas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala
Impedido¹⁵

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

¹⁵ Mediante auto del 2 de mayo de 2017, fue aceptado el impedimento que presentó el Consejero Ramiro Pazos Guerrero con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150, numeral 2º, del C.P.C., toda vez que en su calidad de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conoció de este proceso y participó en la decisión que le puso fin en la primera instancia (f. 386 y 389, c. ppl.).