

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente (e): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014)

RADICACIÓN: 25000232600020050021401
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
REFERENCIA: CONTRACTUAL

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el primero (1º) de agosto de dos mil siete (2007), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimidad por activa en relación con el CONSORCIO OBRAS SED y los señores ORLANDO SEPÚLVEDA CELY y EDWIN APARICIO NOREÑA, en su calidad de integrantes del mismo consorcio.

SEGUNDO: DECLÁRASE no probada la excepción de falta de legitimación por activa frente al señor CARLOS FERNANDO MEDINA LOREÑA. (sic)¹.

TERCERO: DECLÁRASE no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada.

CUARTO: DECLÁRASE LA NULIDAD de la RESOLUCIÓN 5011 DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 2004, EMITIDA POR LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL, “Por la cual se profiere el acto de adjudicación de la Licitación Pública LP SED SPF 015 2004 de la Secretaría de Educación de Bogotá,

¹ El segundo apellido es Noreña, de acuerdo con el poder presentado y los demás documentos obrantes en el proceso.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Distrito Capital”, la cual declaró desierto dicho proceso de licitación por los vicios anotados en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: *En consecuencia CONDÉNASE a título DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a la Secretaría de Educación del Distrito Capital y en favor de la demandante CONSORCIO OBRAS SED 2004, al pago de la suma de ONCE MILLONES SETESCIENTOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS M/L COLOMBIANA (\$11'724.233,55).*

SEXTO: *DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.*

SÉPTIMO: *Sin condena en costas.”*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 10 de diciembre de 2004, el señor Carlos Fernando Medina Noreña, obrando en nombre y representación del CONSORCIO OBRAS SED 2004, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Distrito Capital de Bogotá:

“Se demanda la NULIDAD del acto administrativo resolución 5011 de noviembre 11 de 2004, de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL.”

“CONDENAS

1. Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene a la Alcaldía de Bogotá, Distrito Capital -Secretaría de Educación de Bogotá, el pago de las utilidades que con motivo de la adjudicación y ejecución del contrato hubiera obtenido el CONSORCIO OBRAS SED 2004, como mejor opcionada.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

2. Que sobre el total de las sumas que le correspondan a la accionante, se liquide a su favor la liquidación prevista por el artículo 178 del C.C.A.”

El demandante solicitó dar cumplimiento a los artículos 177 y 178 del CCA, ordenar a la demandada el pago de intereses comerciales y moratorios hasta que se cumpla la sentencia, condenarla en costas y agencias en derecho.

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte demandante narró los siguientes hechos:

2.1. La Secretaría de Educación del Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá, ordenó mediante Resolución No. 3394 de 24 de agosto de 2004, la apertura del procedimiento de licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, cuyo objeto era la selección del contratista para celebrar el contrato de construcción de la tercera etapa del proyecto *“METROVIVIENDA - EL RECREO de la localidad de Bosa (7), Cra. 99 No. 72-42 Sur.”*

2.2. Al procedimiento de licitación concurrieron dos proponentes CONSORCIO ACU y CONSORCIO OBRAS SED 2004, tal como consta en el acta de cierre No. 297 de 30 de septiembre de 2004.

2.3. El CONSORCIO OBRAS SED 2004 obtuvo el mayor puntaje de acuerdo con la calificación dada por la Secretaría de Educación de Bogotá, tal como se desprende de la evaluación técnica y económica y del informe de adjudicación.

2.4. Mediante Resolución No. 5011 de noviembre 11 de 2004, el Secretario de Educación de Bogotá Distrito Capital, declaró desierta la referida licitación, *“por no haber proponentes hábiles”*, con fundamento en que ninguna de las propuestas alcanzó el puntaje establecido en el punto 4.2.4., del pliego de condiciones.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

3. Concepto de violación

El demandante consideró violadas las disposiciones contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 25, numerales 18 y 29, de la Ley 80 de 1993, toda vez que *“los pliegos de condiciones de la mencionada licitación fueron elaborados de tal manera que ninguno de los proponentes pudiera lograr la adjudicación del contrato”* por razón de la calificación realizada con base en la media geométrica de cuyo resultado se exigió un valor mínimo *“imposible de cumplir.”*

Precisó que se violó el principio del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, toda vez que las propuestas fueron declaradas como *“admisibles”* y no hubo causas que impidieran la escogencia objetiva.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto de 23 de febrero de 2005. (Folio 10, cuaderno 1).

4.2. Recibida la contestación a la demanda, se decretó la práctica de pruebas solicitadas por las partes, mediante auto de 13 de julio de 2005 (folio 42, cuaderno 1).

4.3. Contestación de la demanda.

En la contestación de la demanda, la Secretaría de Educación del Distrito Capital aceptó los hechos relacionados con la apertura de la licitación pública, aclaró el número de la resolución impugnada manifestando que era la No. 5011-“A”, invocó que el pliego de condiciones fue puesto en conocimiento de



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

los interesados en forma previa al procedimiento y las observaciones presentadas a la evaluación fueron resueltas: Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la adjudicación de los puntajes se realizó de acuerdo con la fórmula establecida y el proceso debió declararse desierto de conformidad con la condición prevista en el pliego, toda vez que el puntaje máximo obtenido por el proponente mejor evaluado fue inferior al 70% del puntaje total.

La entidad demandada presentó las **excepciones** de **i)** inexistencia de la obligación, la cual hizo consistir en el hecho de que la administración distrital cumplió con las normas de la contratación estatal; **ii)** ineptitud de la demanda, toda vez que se impugnó la Resolución No. 5011, acto que correspondía a la fijación de tarifas educativas cuyo contenido no guardaba relación con el procedimiento contractual; **iii)** falta de causa, por la ausencia de título del demandante para solicitar la nulidad; **iv)** buena fe, toda vez que la entidad demandada actuó en el procedimiento con respeto a la mencionada buena fe y de conformidad con la ley y, **v)** excepción genérica, la cual se invocó con relación con las que excepciones demostradas en juicio.

El demandante dio contestación a las excepciones, así: **i)** indicó que la resolución que le fue notificada y publicada en la página web de las contrataciones del Distrito Capital, se distinguió con el No. 5011 de 11 de noviembre de 2004, sin la letra “A”, aducida por la Secretaría de Educación, lo cual al parecer se debió a los errores de esa entidad en la numeración de sus actos administrativos; **ii)** en relación con las fórmulas utilizadas afirmó que quedaron *“vicios ocultos los cuales no podía mirar el proponente sino hasta después de entrar al proceso de calificación”*; para aclarar este aspecto solicitó como prueba un dictamen pericial; **iii)** con la decisión de declarar desierta la licitación se violó el artículo 6 del decreto 287 de 1996², reglamentario del

² “Artículo 6º.- De conformidad con los literales g y h del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no procederá la declaratoria de desierta de la licitación cuando solo se presente una



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

artículo 24 de la Ley 80 de 1993, toda vez que presentó una propuesta hábil la cual debió ser considerada como favorable para la entidad contratante de conformidad con los criterios legales de selección objetiva y, **iv)** la entidad demandada pudo haber actuado de buena fe pero se apartó de la normatividad que regulaba el procedimiento de contratación.

4.4. Alegato de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia el **demandante** presentó los alegatos de conclusión, manifestó que se encontró probada la violación del principio de transparencia en la contratación pública, contenido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993³, puesto que, a su juicio se demostró que la entidad demandante varió las condiciones de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, amparada en una fórmula matemática que indujo a error a los proponentes, afirmó que el perito hizo constar que “*es por lo menos curioso*” que en la tercera fórmula se dijo que las propuestas iguales o superiores al 100% de la media geométrica se calificaban con un puntaje de cero (0). Agregó que la fórmula fue calificada por el perito como “*deficiente*” y prácticamente imposible de prever, dada la gran cantidad de variantes.

En esa oportunidad argumentó la desviación de poder en que incurrió la Administración Distrital por cuanto se apoyó en una fórmula con gran dificultad

propuesta hábil y esta pueda ser considerada como favorable para la entidad, de conformidad con los criterios legales de selección objetiva. La entidad estatal tampoco podrá prohibir la participación de consorcios o uniones temporales.” (derogado por el Decreto 066 de 2008).

³ Se advierte que los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión se apoyaron en algunas normas de la Ley 80 de 1993 no citadas en el concepto de violación inicialmente contenido en la demanda, las cuales en todo caso fueron materia de análisis en la primera instancia y lo serán en esta oportunidad, sobre la base de la presentación de la excepción genérica por la parte demandada, amén del principio *iuria novit curia*, que orienta el papel del juez en la acción contractual ventilada en este proceso.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

para estimar los resultados del proceso de licitación y, por lo tanto, encaminada a que se declarara desierta la licitación.

Afirmó que se configuró la falsa motivación por considerar que no existían proponentes hábiles, argumento desvirtuado con base en el dictamen, toda vez de acuerdo con el concepto del perito las propuestas fueron correctas desde el punto de vista jurídico, financiero y técnico y, favorables a la entidad.

Indicó que se configuró la violación del principio de selección objetiva y del derecho de igualdad en la contratación pública, toda vez que la aplicación de las fórmulas no permitía obtener el puntaje requerido para lograr la adjudicación.

Concluyó sus alegatos con la exposición acerca de su derecho al resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante por razón de la declaratoria de desierta de la licitación.

La **entidad demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en su oportunidad.

4.5. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió sentencia el primero (1º) de agosto de dos mil siete (2007), mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 5011 de 11 de noviembre de 2004 y ordenó el restablecimiento del derecho a favor del demandante.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

*“(...) por cuanto el CONSORCIO NO ES PERSONA JURÍDICA,
(...) por la parte activa se entenderá que únicamente frente al
señor CARLOS FERNANDO MEDINA existe legitimación en la*



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

causa por activa (...)."

Acerca de las excepciones consideró que *"(...) la enunciación del acto administrativo que se demanda fue acertada en la medida que permite a la Sala identificar plenamente cual es la resolución cuya nulidad se depreca (...)."*

En el análisis del pliego de condiciones el Tribunal a quo se detuvo a determinar si hubo claridad en la regla del numeral 4.2.4., en relación con los supuestos de valoración, concluyó que para la declaratoria de desierta de la licitación tenían que aplicarse dos criterios: 1. La imposibilidad de realizar una selección objetiva y 2. Cuando *"el puntaje máximo de la propuesta que obtuviera el mayor de ellos, después de surtida la totalidad de la calificación, por supuesto, fuera inferior a setecientos (700), habida cuenta que el máximo posible para la evaluación era de mil (1.000) puntos."*

El Tribunal a quo avanzó en dicho análisis, en la siguiente forma:

*"Estas dos primeras condiciones identificadas, para la evaluación de la declaratoria de desierta se encuentran fatalmente vinculadas, por cuanto al definirse por el pliego que la declaratoria podrá realizarse, está imponiendo a la SED una valoración de la viabilidad y pertinencia de aplicar la exigencia de cubrimiento del límite de setecientos (700) puntos sobre la calificación total y máxima posible, **es decir que el pliego de condiciones no impuso de manera imperativa que la calificación por debajo de tal límite obligara a la entidad a declarar desierta la licitación.**"*

(...)

*"Así la observancia de las condiciones propias de cada propuesta calificada, resultaba determinante para la valoración sobre la posibilidad de adelantar una selección objetiva del contratista en el proceso de licitación en estudio y, con ello, **la aplicación de la valoración del requisito del 70% de la puntuación para no declarar desierta la licitación debió analizarse en las***



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

condiciones propias de la propuesta presentada por el CONSORCIO OBRAS SED 2004, habida cuenta que se encontraba calificada con un puntaje que la hacía favorable para la entidad y no era mínimo o inocuo frente al objeto del contrato que se ofrecía en licitación pública.” (La negrilla no es del texto).

En conclusión, afirmó que *“la aplicación de los pliegos de condiciones para el presente caso no fueron suficientemente claros ni coherentes.”*

Advirtió el desconocimiento de los deberes de la función pública, la falsa motivación y la ilegalidad del acto de declaratoria de desierta de la licitación pública, con fundamento en la conducta de la entidad contratante, así:

“En ningún caso puede dejar de observar los requisitos del pliego de condiciones, para identificar un proponente que cumpla con los fines del Estado en la ejecución del objeto contractual, esto quiere decir que si bien no en todos los casos que existen proponentes, se debe adjudicar, la valoración de la pertinencia de tal escogencia debe ir aparejada de la razonabilidad en la observancia de los principios del estatuto de contratación y los del pliego o términos de referencia, de frente a las evaluaciones finales de los proponentes, para el caso, esto desemboca en que la entidad contaba con: 1) elementos de convicción suficientes dados por la evaluación y los puntajes finales del hoy demandante: 2) la imperatividad de la ley 80 de 1993 en el deber de elegir cuando haya elementos que permitan hacerlo con objetividad, y 3) las herramientas de construcción de criterio y fundamento de la decisión otorgada por el Pliego de Condiciones para adjudicar al CONSORCIO OBRAS SED 2004 en orden a darle efectos al proceso de licitación adelantado.” (La negrilla no es del texto).

A juicio del Tribunal *a quo* resultó claro que la motivación de la decisión se limitó en forma notoria a un elemento del pliego de condiciones observado por fuera del contexto de éste, de los principios de la contratación y de la función pública. Por ello, concluyó que la resolución atacada no fue construida y motivada de acuerdo con la ley:



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

*“(…) la evidencia de existir un proceso licitatorio inmediatamente posterior al que aquí se estudia, y en el cual se disminuyó esta meta del 70% del porcentaje de puntos máximos a asignar, a una del 50% del mismo total, demuestra que la entidad al revaluar los resultados de la licitación que aquí se estudia, reconoció la desafortunada exigencia del 70% (...). Es por ello que para la Sala es claro que la decisión de declarar desierta la licitación (...) **careció de un juicio de razonabilidad adecuado** frente a la Ley 80 de 1993, desconociendo el principio de la economía, **habida cuenta que este proceso implicó significativos costos para el erario público y para el propio proponente (...).***

(...)

*Resultando claro en el presente caso que, teniendo en cuenta la deficiencia de la fórmula de evaluación sorteada, de acuerdo con los razonamientos del dictamen pericial, **la probabilidad de alcanzar la puntuación del 70% del puntaje máximo a asignar era mínima**, y con ello emerge con claridad que la puntuación obtenida por el CONSORCIO OBRAS SED 2004, permitía una selección objetiva de su propuesta como la más favorable por no haber obtenido un puntaje muy bajo frente a los requisitos del pliego en la evaluación de los requisitos técnicos y económicos, encontrándose en un estándar de calidad admisible para la ejecución de la obra por contratar.” (La negrilla no es del texto).*

Finalmente, el Tribunal *a quo*, estimó procedente la indemnización de perjuicios sobre las utilidades frustradas, invocando la jurisprudencia del Consejo de Estado, suma que fue identificada para este caso con base en el AIU establecido dentro de la propuesta presentada por el demandante, solamente en un 20% que correspondía a la participación del señor Carlos Fernando Medina Noreña, en su calidad de miembro del consorcio y único poderdante en la presentación de la demanda por parte del CONSORCIO OBRAS SED 2004.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.6. Salvamento de Voto.

Uno de los magistrados se apartó de la sentencia y salvó el voto con la consideración fundamental de que las condiciones del pliego que dieron lugar a la controversia no eran imposibles de cumplir. En el salvamento de voto siguió el siguiente razonamiento:

“Desde ya se debe precisar que el punto objeto de análisis era determinar si la fórmula No. 3 establecida en los pliegos de condiciones para asignar puntaje a algunos ítems que integraban el aspecto económico de las propuestas, a saber: costo directo, cimentación y mampostería, permitía a los proponentes obtener, aunque fuera el mínimo puntaje establecido para la evaluación económica de las propuestas que era 400 puntos sobre 700 posibles.”

“Visto el material probatorio, encuentra el suscrito que la fórmula No. 3 resultó válida y legalmente elegida, por sorteo realizado el 30 de septiembre de 2004 (fecha de cierre de la licitación) para evaluar y asignar puntaje a los ítems del factor económico de las propuestas, denominados costo directo, cimentación y mampostería (folio 688 del c 3)

(...)

El puntaje total obtenido por el Consorcio Obras SED (362, 36) en la evaluación económica resultó de sumar los siguientes puntos parciales:

<i>Costo directo total (300 puntos)</i>	<i>Costo capítulos representativos (250 puntos)</i>	<i>Costos Indirectos AIU (150 puntos)</i>
93,43	152,17	116,76

Por su parte, el puntaje obtenido en el ítem denominado “capítulos representativos” (152,17 puntos), resultó de la sumatoria de los siguientes puntajes parciales:

<i>CIMENTACION</i>	<i>ESTRUCTURA</i>	<i>MAPOSTERIA</i>	<i>PIS</i>	<i>CUBIERTA</i>	<i>PUNTAJE</i>
7,26	46,13	10,98	50	37,80	152,17

✓

Vistos los anteriores resultados se encuentra que para que las propuestas presentadas a la SED, obtuvieran el puntaje mínimo requerido para ubicarse como adjudicataria de la licitación,



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

debieron obtener como mínimo 700 puntos sobre un total de 1000 puntos posibles, para lo cual han debido obtener en el factor técnico, que se calificaba sobre 300 puntos, el máximo posible esto es 300 puntos; y en el factor económico el mínimo posible, que era de 400 puntos, que hubiera resultado de aplicar la fórmula en cuestión.”

El salvamento de voto acudió a la demostración matemática de su hipótesis, despejó la fórmula establecida de acuerdo con el pliego para el concepto “Vp” (valor puntaje a asignar), con el procedimiento matemático detallado paso por paso, como resultado de lo cual determinó el valor máximo que se debió proponer para el ítem de costo directo, con el fin de lograr los 400 puntos que aseguraban la clasificación de la propuesta en el 70% del puntaje total, así.

“En consecuencia, tenemos que el valor máximo que el Consorcio de Obras SED podía ofertar en este ítem (COSTO DIRECTO), para obtener el mínimo puntaje de 400 puntos de evaluación económica de su propuesta, era de \$1.008’776.352.89, suma que es inferior a la realmente ofertada (\$1.021’274.691) en \$12’498.338,2

(...)

6. Por otra parte es importante mencionar que los 37,64 puntos faltantes para que la evaluación económica de la propuesta del Consorcio Obras SED alcanzara el puntaje mínimo de 400 puntos, también se hubiera podido lograr si en los otros dos ítems, calificados en la misma fórmula No. 3 (“cimentación y mampostería”) el consorcio hubiera ofertado los siguientes valores:

ITEM	VALOR OFERTADO “VP”	VALOR MAXIMO A OFERTAR “Vp”	DIFERENCIA
Costo Directo	\$1.021.274.691	\$1.008’776.352	\$12’498.338,2
Cimentación	\$193’563.679	\$178’821.802	\$14.831.877
Mampostería	\$58’540.207	\$54’146.131	\$4’394.076

Entre otras muchas observaciones que el salvamento de voto incluyó a manera de conclusión, se destaca la siguiente:



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

“CONCLUSIONES

(...)

Tal como se hizo en esta exposición es claro que desde antes de presentar la propuesta, los integrantes del consorcio en mención hubieran podido determinar los distintos puntajes que hubiera obtenido para cada uno de los ítems integrantes de la propuesta económica de su oferta, aplicando cada una de las tres fórmulas contenidas en el pliego de condiciones, en especial la Fórmula No. 3 y con base en dichos resultados, ajustar los valores que le convenía proponer para dichos ítems, de tal manera que fuera cual fuere la fórmula que resultara elegida por sorteo su propuesta económica siempre superara el mínimo de 400 puntos.”

4.7. El recurso de apelación.

El Distrito Capital de Bogotá, obrando en condición de **parte demandada**, impugnó la sentencia de primera instancia mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2007, admitido el recurso el 17 de octubre de 2007, se sustentó dentro del término procesal previsto para el efecto, el 16 de enero de 2008⁴.

En la sustentación respectiva transcribió en extenso las respuestas que la Secretaría de Educación dio a las observaciones del CONSORCIO OBRAS SED 2004 acerca de la aplicación de las fórmulas de evaluación previstas en el pliego de condiciones, detalló el procedimiento general descrito en el referido pliego de condiciones para determinar la media geométrica (G) de cada una de las propuestas para los distintos factores de evaluación, la asignación de puntaje en cada caso de acuerdo con el rango de valor respecto de la media geométrica.

⁴ Folio 126, cuaderno principal.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

En la misma transcripción de explicaciones detalló la condición incorporada en el Pliego (punto 4.2.4.), de acuerdo con la cual, para que la propuesta de mayor calificación pudiera ser adjudicataria, debía alcanzar mínimo el 70% del puntaje máximo a ser asignado, en este caso 700 puntos sobre 1.000, requisito que no logró la propuesta presentada por el CONSORCIO OBRAS SED 2004, de acuerdo con la calificación de 622,36 puntos, obtenida en la respectiva evaluación.

Anotó que *“el puntaje es uno de los requisitos del pliego de condiciones y no existió discusión alguna sobre la aplicación de la fórmula.”*

Agregó que la Administración cumplió con la transparencia del procedimiento licitatorio cuestionado, el pliego de condiciones señaló requisitos objetivos, reglas justas, claras y completas, y, no hubo condiciones ni exigencias de imposible cumplimiento.

Observó que de conformidad con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, la oferta más favorable es la que resulta de la aplicación de los parámetros establecidos en las bases de la convocatoria con lo cual se revela el carácter eminentemente reglado del poder de adjudicación, por lo que insistió en que el Distrito Capital no podía apartarse de los factores objetivos fijados en el pliego de condiciones, ni le era dable ponderar criterios diferentes a los consagrados en el pliego, en el momento de la comparación de propuestas.

Puntualizó que el demandante no demostró que la fórmula No. 3 hubiera sido inconveniente para el proceso de contratación o de difícil cumplimiento.

Habiéndose sustentado el recurso por la parte demandada, el **demandante** acudió a presentar un escrito de **apelación adhesiva**, con apoyo en los artículos 353 del Código de Procedimiento Civil y 267 del Código Contencioso



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Administrativo, el cual, por encontrarse en tiempo para la adhesión, fue admitido mediante auto de 16 de febrero de 2009. Sin embargo, en ese escrito el demandante no identificó aspecto alguno de la sentencia que le fuera adverso ni argumento de la apelación a la cual se adhirió, por el contrario, apoyó la declaración de nulidad y restablecimiento del derecho, obviamente en posición adversa a la del recurso de apelación presentado por la entidad demandada. A juicio de la Sala no se trató de una apelación adhesiva de la parte demandante, sino de la reiteración de su alegato de primera instancia.

En la oportunidad para presentar alegatos dentro de la segunda instancia, el Distrito Capital insistió en que el pliego no estableció una condición de imposible cumplimiento, su contenido estuvo a disposición de las partes, las reglas fueron claras, su aplicación se realizó con observancia de los principios de transparencia, responsabilidad y economía en la contratación estatal y, por lo tanto, el procedimiento debía declararse desierto de acuerdo con las reglas del pliego, como en efecto sucedió.

Por su parte, el demandante en la oportunidad para descorrer el traslado de los alegatos de conclusión, invocó el dictamen del perito, afirmando que *“dejó bien claro que los proponentes no se encontraban en posibilidad de lograr las exigencia de la administración dentro del proceso licitatorio.”*⁵

El **Ministerio Público** presentó concepto en el sentido de que la presunción de legalidad del acto impugnado debe mantenerse y puntualizó que los documentos allegados por la parte demandante lo fueron en copia simple.

4.8. Integración de la parte activa.

⁵ Folio 193, cuaderno principal.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

El Consejo de Estado, mediante autos de 14 de marzo y 19 de mayo de 2008, emitidos por el Magistrado Ponente, dispuso requerir a cada uno de los miembros del CONSORCIO OBRAS SED 2004, para suplir la deficiencia relacionada con la capacidad procesal de la parte demandante; en atención a dicho requerimiento los tres integrantes del consorcio, señores Edwin Aparicio Noreña, Orlando Sepúlveda Cely y Carlos Fernando Medina Noreña, presentaron sendos poderes otorgados al mismo profesional del derecho que representaba al referido consorcio en el *sub-lite*, cuya personería para actuar en representación de las mencionadas personas naturales le fue reconocida por auto de 23 de julio de 2008.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis* se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción respecto de los actos previos; **3)** legitimación activa del consorcio; **4)** las pruebas aportadas al proceso; **5)** marco legal del acto mediante el cual se declara desierta la licitación pública; **6)** la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de las reglas de adjudicación y declaratoria de desierta; **7)** los requisitos del pliego deben ser evaluados desde la lógica de lo razonable en correspondencia con los principios de la contratación; **8)** utilización de la media geométrica como factor de evaluación y adjudicación en el contrato de obra pública; **9)** el caso concreto y, **10)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

1.1. Jurisdicción Competente.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

demanda, le asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el objeto de *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*⁶ por lo cual esta Jurisdicción Especializada resulta competente para conocer de la presente controversia teniendo en cuenta que los actos acusados provienen del Distrito Capital de Bogotá –Secretaría de Educación–, ente territorial, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio⁷, medida en la cual tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁸.

⁶ El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con base en el criterio objetivo de la actividad de las *entidades públicas*, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”*

⁷ Artículo 322 de la Constitución Política: *“Bogotá capital de la república y del Departamento de Cundinamarca se organiza como Distrito Capital. (Acto Legislativo No. 1 de 2000).”*

⁸ Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (La subraya no es del texto).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Se agrega aquí que aquellos actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual -conocidos como actos previos-, constituyen verdaderos actos administrativos pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla⁹ y, además, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la llamada a dirimir las controversias que se originan en la actividad contractual de las entidades estatales, de acuerdo con los dictados del artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹⁰.

1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia por razón de la cuantía, toda vez que la pretensión mayor, por concepto de las utilidades demandadas, se estableció en la suma de \$201'395.369¹¹, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$179'000.000)¹², exigida en la Ley 446 de 1998¹³.

⁹ Artículo 87. -De las controversias contractuales. (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.”

¹⁰ “Artículo 75.- Del Juez competente, Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.”

¹¹ AIU de la propuesta, determinado en el folio 83, cuaderno de anexos de la demanda. Se observa que el Tribunal a quo, según auto de octubre 17 de 2007 estableció la cuantía del proceso en la suma \$1'222.670.000, correspondiente al monto total de la propuesta presentada por el demandante, apreciación que a juicio de la Sala no era procedente, por cuanto ese valor difiere del monto de la pretensión del demandante, no aparece identificado en la cuantía de la demanda, empero, tomando el valor correcto de las pretensión se mantiene la decisión de conceder el recurso.

¹² De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2004, toda vez que la demanda se presentó el 10 de diciembre de 2004 y el recurso de apelación se interpuso el 19 de septiembre de 2007, en vigencia de la Ley 446 de 1998 que entró en vigencia a partir del 1 de agosto de 2006 (folio 152, cuaderno principal).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

2. Oportunidad en el ejercicio de la acción contractual respecto de los actos previos.

En el presente caso se tiene establecido que el 11 de noviembre de 2004 se llevó a cabo la Audiencia de Adjudicación de la licitación pública LP-SED-SPF-015 de 2004 con la presencia de los dos proponentes¹⁴, en la cual se comunicó el acto de declaratoria de desierta, contenido en la Resolución 5011 expedida en la misma fecha, al paso que la demanda en este proceso se presentó el 10 de diciembre de 2004, esto es dentro del término de los 30 días siguientes a la audiencia de adjudicación, ante lo cual se concluye que la acción contractual se ejerció en la oportunidad prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto cabe recordar que el cómputo de días hábiles para efectos del inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo excluye los días no laborables de conformidad con las previsiones del artículo 70 del Código Civil, subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal (CRPM)¹⁵, teniendo en cuenta, además la Ley 51 de 1983 que trasladó el descanso remunerado de algunos días festivos al lunes siguiente¹⁶.

3. Legitimación activa del consorcio.

¹³ Diario Oficial 45.983

¹⁴ Folio 51, cuaderno 3.

¹⁵ Ley 4 de 1913. Artículo 62. *"En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil."*

¹⁶ De conformidad con la Ley 51 de 1983, se descuenta del término en cuestión, el día lunes 15 de noviembre, festivo trasladado por razón del correspondiente a la fiesta de 11 de noviembre, y el día miércoles 8 de diciembre de 2004.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Resulta útil mencionar el efecto que se desprende del contenido del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la suficiencia y pertinencia de la demanda presentada por el apoderado judicial debidamente facultado mediante poder otorgado por el representante del CONSORCIO OBRAS SED 2004, amén de que en este proceso también se vincularon todos los miembros o integrantes del referido consorcio, en la medida que personalmente otorgaron poder al mismo apoderado, en atención al requerimiento ordenado por esta Corporación.

Se recuerda que el Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013¹⁷, resolvió ***“UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen.”***

En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

*“Para abundar en razones que conducen a concluir que los consorcios y las uniones temporales se encuentran debidamente facultados para comparecer a los procesos judiciales que se promuevan u originen en relación con los procedimientos de selección o con los contratos estatales en los cuales aquellos pueden intervenir o asumir la condición de parte, según el caso, importa destacar que el inciso segundo del párrafo primero del artículo séptimo de la citada Ley 80, determina que “[l]os miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, **para todos los***

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena: radicación No.:25000 23 26 000 1997 13930 01, expediente No. 19.933, actor: Consorcio Glonmarex, demandado: Consejo Superior de la Judicatura –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Consorcio



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

efectos, representará al consorcio o unión temporal (...), cuestión que obliga a destacar que el legislador no limitó y no condicionó, en modo alguno, el amplio alcance de las facultades que, por mandato normativo, acompaña a quien se designe como representante de una de esas organizaciones, lo cual se opone por completo a las indicaciones anteriormente formuladas por la Sala en cuanto se venía sosteniendo que el representante de un consorcio o unión temporal tendría facultades para los solos efectos relativos a la celebración y ejecución del contrato.

*Así, en la medida en que la ley no hizo distinción alguna acerca de la **totalidad** de los efectos para los cuales se hará la designación del representante del consorcio o unión temporal, es claro que no podrá hacerlo el intérprete. De manera que al determinar que las facultades correspondientes comprenderán **todos los efectos**, en ellos deben entenderse incluidas las actuaciones de índole precontractual y contractual que puedan y deban desplegarse en sede administrativa, como por ejemplo aquellas encaminadas a definir los términos de la oferta y la presentación de la misma; notificarse de la decisión de declaratoria de desierta, si a ella hubiere lugar e interponer el correspondiente recurso de reposición; notificarse de la resolución de adjudicación; celebrar el correspondiente contrato; constituir y presentar, para aprobación, las garantías que aseguren su cumplimiento; formular cuentas de cobro o facturas; recibir los pagos; efectuar las entregas o cumplir las prestaciones a que hubiere lugar; convenir modificaciones, ajustes, adiciones o prórrogas; concurrir a la liquidación del contrato y acordar los términos de la misma; lograr acuerdos o conciliaciones; notificarse de los actos administrativos de índole contractual que expida la entidad contratante e impugnarlos en vía gubernativa, etc.”*

De conformidad con lo expuesto, la Sala procederá a revocar la decisión de primera instancia en el punto referido a la excepción de falta de legitimación en la causa, teniendo en cuenta que el asunto que fundamentó la decisión de la primera instancia se encontró superado y que la legitimación en la causa del consorcio debe ser reconocida de acuerdo con la jurisprudencia vigente.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4. Las pruebas aportadas al proceso.

Las siguientes pruebas se allegaron en documentos aportados en su mayoría en copia simple, las cuales, de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia de esta Corporación¹⁸, deben ser valoradas:

4.1. Resolución No. 3394 de 2 de agosto de 2004, por medio de la cual se ordenó la apertura de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004¹⁹.

4.2. Pliego de Condiciones de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004 de septiembre de 2004 y sus anexos²⁰, con el objeto de *“contratar la ejecución de las obras de construcción, de acuerdo con los planos, especificaciones y cantidades de obra entregados por la SED, para la construcción de la tercera etapa del proyecto METROVIVIENDA- EL RECREO de la localidad de Bosa (7) Cra. 99 # 72-42 sur.”*

Para los propósitos del asunto *sub-lite* se destacan los siguientes aspectos del pliego de condiciones:

“CAPÍTULO 4.

EVALUACIÓN DE PROPUESTAS Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

4.1. EVALUACIÓN.

Las propuestas que hayan cumplido con el análisis de procedibilidad, serán objeto de evaluación de los aspectos técnicos y económicos, de acuerdo con los parámetros

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 28 de agosto de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), actor: Rubén Darío Silva Alzate, demandado: Nación – Fiscalía General de La Nación, referencia: acción de reparación directa.

¹⁹ Folios 464 y 465 cuaderno 2.

²⁰ 378 a 463, cuaderno 3.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

establecidos en la siguiente forma:

1	Evaluación Jurídica	(...)	Admisión
2	Evaluación Financiera	(...)	Admisión
3	Evaluación Técnica 300 puntos	(...) Experiencia General y específica..... Maquinaria y Equipo.....	Admisión 200 100
4	Evaluación Económica 700 puntos	Costo Directo Total..... Costo Capítulos Representativos A.I.U.	300 250 150

(...)

4.1.8. EVALUACION ECONOMICA

La evaluación económica tendrá una distribución de puntaje así, considerando las cifras con dos decimales:

CONCEPTO	PUNTAJE MAXIMO
Costo Directo Total	300
Costo Directo Capítulos representativos	250
AIU Total	150
TOTAL	700

(...)

El sistema de evaluación se realizará por sorteo de fórmulas, según el siguiente procedimiento:

(...)

Con base en lo anterior, a continuación se indican las fórmulas objeto de sorteo²¹:

(...)

²¹ Se discriminan las fórmulas, todas ellas referidas a la media geométrica, diferenciándose por los rangos para asignar puntaje.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.1.8.1. COSTO DIRECTO TOTAL

Primera Fórmula [media geométrica]

(...)

A la propuesta que sea igual al 100% de la media geométrica o al menor valor más cercano por debajo de la misma, se le asignará el máximo puntaje (...)

Segunda Fórmula [media geométrica]

(...)

A la propuesta que sea igual al 95% de la media geométrica o al menor valor más cercano por debajo de la misma, se le asignará el máximo puntaje (...)

Tercera Fórmula [media geométrica]

(...)

A la propuesta que sea igual al 90% de la media geométrica o al menor valor más cercano por debajo de la misma, se le asignará el máximo puntaje (...)

4.1.8.2. COSTO DIRECTO DE LOS CAPÍTULOS MÁS REPRESENTATIVOS

Se efectuarán cinco sorteos, uno para la calificación de cada capítulo representativo, de acuerdo con los siguientes lineamientos generales, aplicables a todas las fórmulas de cálculo de la media geométrica.

(...)

Para efectos de adjudicación se aplicarán 50 puntos por cada capítulo, así:

CAPITULO REPRESENTATIVO	PUNTOS
CIMENTACION	50
ESTRUCTURA	50
MAMPOSTERIA	50
PISOS	50
CUBIERTA E IMPERMEABILIZACIONES	50



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

**SE APLICARÁN LAS TRES FORMULAS DE ACUERDO AL
SORTEO”**

(...)

4.1.8.3. EVALUACION DEL A.I.U. (150 PUNTOS)

- *Se procede a verificar el cumplimiento del contenido mínimo requerido para la conformación del A.I.U.*
- *Se procede a realizar la verificación aritmética del mismo.*
- *Se determinan que propuestas cumplen los requisitos del pliego de condiciones y que en consecuencia son habilitadas para la evaluación del A.I.U. con las que se puede proceder a realizar la asignación de puntaje, de acuerdo con las fórmulas sorteadas.*

**SE APLICARAN LAS TRES FORMULAS DE ACUERDO AL
SORTEO.**

Las cifras para el cálculo se tomarán con dos decimales.

(...)

4.2. SELECCIÓN.

4.2.1. ADJUDICACIÓN

“La Secretaría de Educación del Distrito Capital adjudicará la presente licitación a la propuesta que, de acuerdo con el presente documento, sea la más favorable para sus intereses, que cumpla con los parámetros de evaluación definidos y que, además, obtenga el mayor puntaje.”

(...)

4.2.4. DECLARATORIA DE DESIERTA

“La presente convocatoria podrá declararse desierta cuando a juicio de la SED se presenten motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista, en los términos previstos en la Ley 80 de 1993, o cuando el puntaje máximo obtenido por el proponente ganador sea inferior al 70% del puntaje máximo a ser asignado o cuando no se presente ningún proponente. En todos los casos la declaratoria de desierta deberá hacerse mediante resolución motivada.”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.3 Acta de Audiencia de Aclaraciones de septiembre 9 de 2004²².

4.4. Propuesta presentada por CONSORCIO OBRAS SED 2004, integrado por Orlando Sepúlveda Cely (60%), Carlos Fernando Medina Noreña (20%) y Edwin Aparicio Noreña (20%), con sus anexos²³.

4.5. Acta de cierre de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, de 30 de septiembre de 2004, en la cual se hicieron constar las propuestas presentadas, así: CONSORCIO ACU, por valor de \$1.248'112.852,16 y CONSORCIO OBRAS SED 2004, por valor de \$1.222'670.060. En dicha acta consta igualmente la realización de los sorteos referidos en el pliego, de acuerdo con el punto 4.1.8., como resultado de lo cual quedó seleccionada la fórmula No. 3²⁴.

4.6. Comunicación de 27 de octubre de 2004, con anexos, mediante la cual el CONSORCIO OBRAS SED 2004 manifestó sus observaciones al informe de evaluación que recomendó declarar desierto el proceso de contratación²⁵.

4.7. Informe de evaluación de propuestas de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, contentivo de las respuestas a las observaciones de los proponentes, suscrito por el Subdirector de Plantas Físicas de la Secretaría de Educación, en el cual observó que una vez realizadas las correcciones pertinentes se mantenía el resultado, *“en el sentido de declarar desierta la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, con fundamento en lo consignado en el numeral 4.2.4., de los términos de referencia (...).”*²⁶

²² Folios 238 a 256, cuaderno 3.

²³ Folios 5 a 353, cuaderno 3.

²⁴ Folios 178 y 179, cuaderno 3.

²⁵ Folios 108 a 112, cuaderno 3, folios 353 a 373, cuaderno 3.

²⁶ Folio 129, cuaderno 3.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.8. Informe de adjudicación de propuestas de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, de fecha 10 de noviembre de 2004, con los cuadros anexos de evaluación jurídica, evaluación financiera, evaluación y calificación técnica y económica²⁷.

4.9. Acta de audiencia de adjudicación de 11 noviembre de 2004, en la cual se resolvieron las observaciones presentadas por los proponentes, se comunicó el informe final y la declaratoria de desierta²⁸.

En este documento se detallaron las razones de la calificación, entre las cuales se destacó la siguiente:

“Teniendo en cuenta eso²⁹ al interior de los pliegos hay dos reglas muy claras: la primera hay tres fórmulas para efectos del sorteo de la propuesta económica, fórmulas que se van a determinar en el momento del cierre. (...) efectivamente se hizo en el momento del cierre y de acuerdo a la balota que salió ganadora y por decisión de todos los asistentes se escogió la fórmula No. 3 que fue la que vino a aplicarse en este momento. La segunda regla es la siguiente, si ningún proponente habilitado supera un puntaje de 700 puntos, no podemos adjudicar la licitación. Esas son las reglas están totalmente claras.”

4.10. Cuadro consolidado de evaluación de la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, noviembre de 2004³⁰.

²⁷ Folios 70 a 100, cuaderno 3.

²⁸ Folio 51 a 66 cuaderno 1.

²⁹ Hace relación a que los proyectos de pliegos fueron publicados antes de la apertura de la licitación de acuerdo con el Decreto 2170 de 2002 y a que “con posterioridad al cierre no hay ningún lugar a hacer comentarios sobre la interpretación o aplicación de ciertos parámetros contenidos en los pliegos.”

³⁰ Folio 101 y 102, cuaderno 3.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.11. Resolución 5011-A de 11 de noviembre de 2004, mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito Capital, resolvió declarar desierta la licitación pública LP-SED-SPF-015-2004, *“por no haber proponentes hábiles.”* Esta resolución se motivó en el informe de evaluación final que hizo parte integrante de la citada resolución³¹.

4.12. Oficio No. 941352 de 3 de octubre de 2005, suscrito por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación, con destino al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual dio respuesta a la solicitud del Tribunal *a quo* en el sentido de informar que, por lo avanzado del calendario, la Secretaría de Educación expidió nuevos términos de referencia para la contratación pública SED-PMC-SPF-217-2004, en el cual se introdujeron *“algunas modificaciones de carácter formal, como fue el caso del puntaje mínimo para la adjudicación del contrato.”*³²

En el numeral 4.2.4., del pliego de condiciones correspondiente a la licitación SED-PMC-SPF-217-2004 citada, se lee:

“DECLARATORIA DE DESIERTA.

La presente convocatoria podrá declararse desierta cuando a juicio de la SED se presenten motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista, en los términos previstos en la Ley 80 de 1993, o cuando el puntaje máximo obtenido por el proponente ganador sea inferior al 50% del puntaje máximo a ser asignado o cuando no se presente ningún proponentes. En todos los casos la declaratoria de desierto deberá hacerse mediante resolución motivada.”

³¹ Folios 47 a 49 cuaderno 3.

³² Folio 610, cuaderno 3.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

4.13. Dictamen.

El 19 de marzo de 2006, el ingeniero civil designado como perito, presentó el dictamen que fue decretado en este proceso. No se presentaron objeciones al dictamen³³.

5. Marco legal del acto mediante el cual se declara desierta la licitación pública.

La Ley 80 de 1993 dio cabida a la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos que deben acreditar los proponentes en el procedimiento de licitación pública y las reglas de la adjudicación del contrato, pero en todo caso del régimen normativo correspondiente se desprende que la libertad en el diseño del pliego de condiciones debe transitar dentro del marco de las reglas y principios que gobiernan la contratación estatal.

Con razón, desde la expedición de la Ley 80 y aún antes de ella, la jurisprudencia advirtió acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública en la definición de todo procedimiento de contratación, entre otros, los derivados de la aplicación de los siguientes principios: **i)** transparencia, **ii)** economía, **iii)** interpretación de las reglas contractuales bajo los mandatos de la buena fe y la equidad y, **iv)** selección objetiva, todos los cuales se mencionan aquí por su pertinencia en el análisis del caso *sub-lite*.

Los referidos principios fueron establecidos en la Ley 80 de 1993 en los términos de las disposiciones que se citan a continuación:

³³ Folio 62 cuaderno 1.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

“Artículo 24º.- Del principio de transparencia.

En virtud de este principio:

(...)

5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

(...)

7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

declaratoria de desierto del proceso de escogencia.” (La subraya no es del texto).

“Artículo 25. Del principio de la economía.

En virtud de éste principio:

(...)

15. Las autoridades no exigirán (...) formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*³⁴

(...)

18. La declaratoria de desierto de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.” (La subraya no es del texto).

“Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección o escogencia de contratistas y en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio de las prestaciones y derechos que caracteriza a los contrato administrativos.”

En concordancia con el enunciado principio de interpretación de las reglas contractuales según el cual se debe observar la igualdad y equilibrio de las prestaciones contractuales, se cita para los propósitos del análisis

³⁴ Modificado por la Ley 1150 de 2007.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

subsiguiente, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 referido al derecho a obtener utilidades, el cual dispone:

“Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal.

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado³⁵, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.” (La subraya no es del texto).

Finalmente, en concordancia con el artículo 25 ya citado, para el presente análisis se debe tener presente la regla de la *selección objetiva*, fijada en el artículo 29 de la Ley 80:

“Artículo 29³⁶. Del deber de selección objetiva.

La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis

³⁵ Frase derogada por la Ley 1150 de 2007 lo cual, aunado al sistema de distribución de riesgos que implementó esta Ley, significó una precisión en cuanto que no toda utilidad prevista por el contratista está garantizada por el Estado.

³⁶ Artículo derogado por la Ley 1150 de 2007 la cual en su artículo 5, modificado por la Ley 1474 de 2011, reguló el alcance del principio de selección objetiva.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.” (La subraya no es del texto).

Con el propósito de adelantar un análisis de los anteriores principios de cara al asunto *sub-lite* se recuerda previamente lo que el Consejo de Estado puntualizó desde hace varios años: el pliego de condiciones contiene un acto reglado y reglamentario del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento, como son la presentación de las ofertas, la evaluación y calificación de propuestas y la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta de la convocatoria, a la vez que define las reglas del contrato respectivo³⁷.

³⁷ Dentro de las muchas y similares definiciones y descripciones que tradicionalmente se han expuesto por la Jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del pliego de condiciones en vigencia de la Ley 80 de 1993 puede citarse la siguiente: “*El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. En cuanto a la elaboración del pliego, la Sala ha precisado que la entidad licitante tiene a cuenta suya la carga de claridad y precisión dispuesta, entre otras normas legales, en el artículo 24, numeral 5, literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, ya referido, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista.*” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 19 de julio de 2001, radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037), actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores - Acic-.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

En este orden de ideas, se enuncia la primera regla en el análisis de legalidad del acto de adjudicación, o en su caso del acto de declaratoria de desierta, según la cual **el pliego de condiciones es la ley del procedimiento de contratación** y por ello, en el estudio y apreciación del acto atacado en este proceso se debe partir de las reglas del pliego de condiciones. Se pone de presente igualmente la presunción de legalidad que ampara el acto de adjudicación, o de declaratoria desierta, la cual debe ser infirmada para salir adelante con la pretensión de nulidad planteada mediante el ataque a las reglas del pliego de condiciones.

Ahora bien, con fundamento en las disposiciones antes citadas la Sala observa que en presencia de una regla del pliego de condiciones, la pretensión orientada a lograr la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se funda en la respectiva disposición del pliego debe soportarse en la prueba de la ilegalidad de la regla aplicada, bien sea por violación de alguno de los principios expresados en las normas antes citadas o por la aplicación de una regla que se advierta ineficaz (esto es una regla que ha debido ser inaplicada), de acuerdo con la expresa disposición de la normativa transcrita³⁸.

Siguiendo los dictados de las normas citadas, la causal en la cual se apoya la declaratoria de desierta una licitación pública debe estar prevista en el pliego de condiciones, fundada en factores de escogencia objetivos (artículo 25-15), los cuales en vigencia de la Ley 80 eran únicamente los enmarcados dentro de los siguientes criterios definidos en dicha ley: *experiencia, organización, equipos, plazo y precio*, aplicados de acuerdo con la ponderación precisa contenida en los pliegos, de manera que, según se concluye de la normativa de la Ley 80, la causal para declarar desierta la licitación sólo se puede constituir

³⁸ Artículo 24, Ley 80 de 1993 “(...) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

basada en los referidos criterios objetivos. En otras palabras, el acto de declaratoria de la licitación pública se debe apoyar en el supuesto de que ninguna oferta cumple con los criterios de favorabilidad objetivamente señalados en el pliego de condiciones.

Se agrega que de conformidad con la Ley 80 expedida en 1993, tales criterios de favorabilidad para adjudicar la oferta o para impedir la adjudicación, debían ser establecidos mediante la ponderación precisa de varios de los factores identificados en la ley, en caso alguno en atención a uno sólo de ellos (artículo 29).

De lo anterior se desprende que los criterios de adjudicación y en su caso los referidos para declarar desierta la licitación en el pliego de condiciones, en los términos de la Ley 80, deben ser de aquellos requeridos para la comparación de las propuestas, lo cual excluye los requisitos que no otorgan puntaje (a partir de la Ley 1150 de 2007 definidos como habilitantes) y, en el marco de la Ley 80, en ningún caso con base en un solo factor, como por ejemplo sería una configuración, entonces no permitida, *del precio mínimo* erigido como criterio único de adjudicación o de la declaratoria de desierta de la licitación pública.

Ahora bien, respecto de las causales para declarar desierta la licitación pública, se desprende de la normativa transcrita que la ley exigió su configuración predefinida en el pliego de condiciones de manera *excepcional*, toda vez que la finalidad de las reglas del pliego de condiciones es la adjudicación del contrato. En consecuencia, los criterios establecidos se deben orientar a la escogencia objetiva y a evitar la declaratoria de desierta de la convocatoria, según establece el artículo 24 de la ley 80 de 1993, medida en la cual de conformidad con las letras d) y e) de la citada disposición se puntualiza que las reglas de adjudicación deben ser posibles de cumplir, no inducir a error de los proponentes – en lo cual coincide con la exigencia de claridad de la regla- y se proscriben las reglas que dependan de la exclusiva voluntad de la entidad



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

contratante, puesto que en ese caso se violaría el principio de selección objetiva.

Igualmente se destaca que en desarrollo del principio de equidad y equilibrio contractual, se torna ilegal la regla de selección que impide estructurar una utilidad para la entidad contratista, esto último se precisa de acuerdo con el derecho que le asiste al particular contratista en los términos del artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Con base en lo anterior, se concluye que la regla de adjudicación que impone la ejecución del contrato sin ningún tipo de utilidad o ganancia para el contratista, es violatoria de la Ley 80. Acerca del análisis de la regla del pliego configurada en transgresión del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la Sala advierte que tipifica un caso de ineficacia de la disposición, en los términos del artículo 24 ya comentado, toda vez que constituye un evento de imposible cumplimiento, en la medida en que el proponente no puede ser compelido a presentar oferta para un contrato que no le representará utilidad alguna.

Finalmente, la regla de adjudicación de puntaje que se ajusta a los parámetros de ley, necesariamente debe ser aplicada.

6. La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de las reglas de adjudicación y la declaratoria de desierta la licitación pública.

Con base en el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que será presentada de manera esquemática en la presente providencia, la Sala identifica los siguientes supuestos en los cuales procede la decisión de nulidad del acto que declara desierta la licitación pública bajo las reglas de la Ley 80, cuando se comprueba que la regla de asignación de puntaje para adjudicar o declarar desierta: **i)** no fue establecida o definida en forma clara, completa y equitativa; **ii)** fue modificada en el momento de su aplicación; **iii)** se estableció con fundamento en criterios distintos de los fijados para selección objetiva, o en uno sólo de ellos; **iv)** la regla de adjudicación era



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

imposible de cumplir; **v)** su aplicación hacía nugatorio el derecho a una utilidad en la ejecución del contrato y, **vi)** la postura del proponente frente a la regla definida fue contraria a la buena fe exigida en el procedimiento de contratación.

Los supuestos anteriormente enunciados han sido identificados por la Sala con fundamento en el análisis de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado en casos similares. A continuación se presenta una selección de sentencias de la Sección Tercera originadas en las distintas subsecciones, en las cuales se evidencia la aplicación de los supuestos relacionados.

CUADRO RESUMEN SENTENCIAS RECIENTES SELECCIÓN OBJETIVA.

SENTENCIA	CONSIDERACIONES (El título destacado en negrilla ha sido incorporado por la Sala con el objetivo de ilustrar la consideración de la jurisprudencia, que en este caso se relaciona con el sub lite).
1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011, radicación número: 19001-23-26-000-1994-09804-01 (15550), actor: Sociedad Compañía Industrial de Calzado S.A., demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. DECISIÓN Declarar la nulidad de la resolución (...) de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa. por medio de	LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE APARTARSE DE SUS PROPIAS REGLAS.- LA ESCOGENCIA DE UN OFRECIMIENTO QUE NO HAYA LOGRADO LA MÁXIMA PUNTUACIÓN, OBEDECERÍA A CRITERIOS DIFERENTES A LOS PLASMADOS EN LOS DOCUMENTOS QUE RIGIERON LA SELECCIÓN, LO CUAL VICIARÍA DE NULIDAD EL ACTO DE ADJUDICACIÓN. <i>“La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.”</i> En este caso se consideró que la entidad pública demandada desconoció las reglas definidas por ella misma en el procedimiento administrativo de selección, por lo cual: <i>“vulneró el principio de igualdad de los participantes en el</i>



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

la cual, en un procedimiento sometido a la contratación directa, se adjudicó la adquisición de (...) botas de combate.	<i>procedimiento de selección, en tanto permitió a, la sociedad adjudicataria entregar nuevas muestras y presentar una nueva propuesta, después de que no había cumplido con las especificaciones mínimas pedidas en la solicitud de cotización (...)// sometió a los proponentes (...) a un proceso de negociación cuyas reglas desconocían, además de estas dos sociedades, los demás participantes en el procedimiento administrativo de selección // se vulneró el principio de selección objetiva, en tanto adjudicó la entidad el contrato sin que se hicieran expresos los motivos por los cuales se seleccionó a la firma (...)”</i>
2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo, sentencia de 9 de abril de 2012, radicación No. 19960009601 (21869), Actor: Consorcio Asintec Cia Ltda y otro, demandado: Corporación de Vivienda y Desarrollo Social Corvide, acción de nulidad y restablecimiento del derecho. DECISIÓN Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en las resoluciones (...) de septiembre de 1995 y (...) octubre de 1995 expedidas por CORVIDE por medio de las cuales se declaró desierta la licitación pública PBL – 03 – 95	CARGA PROBATORIA EN LA ANULACION DEL ACTO QUE DECLARÓ DESIERTA LA LICITACION.- SE DEBERÁN ACREDITAR LAS RAZONES DE ILEGALIDAD Y, POR OTRO LADO, DEMOSTRAR QUE LA PROPUESTA CUMPLÍA LAS EXIGENCIAS DEL PLIEGO. <i>“Ahora, quien pretenda la anulación del acto que declaró desierta la licitación tendrá que i) acreditar que la decisión es contraria al ordenamiento y ii) él tenía derecho a la adjudicación por presentar la mejor propuesta. Se trata de una carga argumentativa y probatoria de doble vía, en tanto, por un lado se deberán acreditar las razones de ilegalidad y por otro demostrar que la propuesta cumplía las exigencias del pliego y que se trataba de la mejor oferta. Es decir las razones fácticas tendientes a materializar, desde el ámbito patrimonial el restablecimiento del derecho quebrantado³⁹.</i> (...) <i>Sin embargo, CORVIDE incumplió las previsiones previstas en el pliego de condiciones, pues otorgó un alcance distinto al factor relacionado con la calificación del personal asignado a la obra, interpretando subjetivamente la variable, pues rechazó la propuesta del consorcio demandante, fundado en que el personal no cumplía con la experiencia mínima exigida, cuando lo propio era disminuir el puntaje o la calificación de la propuesta.”</i>
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A,	LOS LÍMITES DE LA ATRIBUCIÓN CON QUE CUENTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EXCLUIR UNA OFERTA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LICITACIÓN, SON REGLADOS.

³⁹ Sentencia de 14 de abril de 2010. Radicación 16432. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Sección Tercera Consejo de Estado.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 14 de marzo de 2013, radicación: 44001233100019990082 7 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho – apelación sentencia. DECISIÓN No prosperaron las pretensiones del demandante, por razón de su conducta contraria a la buena fe en la presentación de la información financiera.	<i>“De esta manera, según el régimen normativo de contratación estatal vigente, se encuentra que el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida por parte de la respectiva entidad estatal contratante, cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, las cuales se distinguen para facilitar su comprensión, aunque desde alguna perspectiva pudieran asimilarse o entenderse como comprensivas unas de otras, así: i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.”⁴⁰</i>
4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth, 3 de mayo de 2013, radicación número: 25000-23-26- 000-1998-01825-01 (23734), actor: Hernando Angel Navarro, demandado: Alcaldia Mayor de Bogotá, referencia: acción de nulidad y restablecimiento del	LA FACULTAD DE ADJUDICAR O NO UN CONTRATO ES REGLADA.- NO CUALQUIER HECHO PUEDE CONDUCIR A LA DECLARATORIA DE DESIERTA DE UN PROCESO DE SELECCIÓN, SINO QUE ES MENESTER QUE AQUEL IMPIDA LA SELECCIÓN OBJETIVA DE LA PROPUESTA DENTRO DEL MARCO DISPUESTO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. <i>“21.3 Con esta perspectiva, el estatuto general de contratación de la administración pública exige que en los pliegos de condiciones se definan en forma precisa y clara las reglas que permitan la selección del contratista, que eviten condiciones que puedan frustrar la escogencia del mismo y precipiten la declaratoria desierta del proceso de selección ante situaciones excepcionales (numeral 5 letra b) del artículo 24 Ley 80 de 1993). De suerte que la Ley 80 de 1993 cambió lo establecido en el Decreto 222 de 1983, en el que se establecía la procedencia de esta figura excepcional, entre otros eventos, por motivos de conveniencia</i>

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, marzo 14 de 2013, radicación: 440012331000199900827 01, expediente: 24.059, actor: Sociedad Ávila Ltda., demandado: Departamento de La Guajira, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho – apelación sentencia.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

derecho (asuntos contractuales). DECISIÓN Nulidad del acto que declaró desierto el concurso de méritos con el objeto de contratar talleres en las áreas de cultura y recreación de los estudiantes de los planteles oficiales del Distrito Capital ⁴¹	(art. 42). 21.4 Según la jurisprudencia de la Sala⁴² la administración no tiene la facultad discrecional para declarar a su arbitrio desierto un proceso de selección de contratista, decisión que sólo resulta procedente cuando medien causales y circunstancias contempladas en las normas, habida consideración a que la facultad de adjudicar o no un contrato estatal es reglada. 21.5 De consiguiente, no cualquier hecho puede conducir a la declaratoria de desierto de un proceso de selección, sino que es menester que aquel impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico. (...) 21.8 Por ello, al optar por declarar frustrado el proceso de selección por no haber adelantado satisfactoriamente todas las etapas correspondientes la propia administración, en particular por no haberse surtido la evaluación jurídica, la administración desconoció el principio de transparencia que debe informar la actuación estatal en estos ámbitos, habida cuenta que en desarrollo del mismo postulado, el numeral 8º de la Ley 80 previene de manera nítida que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerá sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y que además les es prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva.” (La negrilla no es del texto).
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 24 de julio de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01 (25642), actor: Andina de Construcciones Ltda., demandado: Municipio de Rionegro y otros,	LA FACULTAD DE INTERPRETAR EL PLIEGO DE CONDICIONES NO PUEDE EJERCERSE CONTRA LOS ACTOS PROPIOS. EN CASO DE DUDA EN LA INTERPRETACIÓN PROCEDE SEGUIR LAS REGLAS DE LA HERMENÉUTICA EN EL PLIEGO DE CONDICIONES. “En otros términos, la facultad de interpretar el pliego no puede asimilarse a una decisión discrecional, ya que, se insiste, en los términos en que la ley 80 de 1993 integró un plexo nomoárquico de derecho general, público y privado, la orientación que se quiso imprimirle por parte del legislador era vincular fuertemente a las entidades públicas en los procesos de selección a las reglas por ellas mismas definidas en los respectivos concursos, sin que se

⁴¹ La falta de evaluación jurídica de las ofertas no puede ser fundamento para declarar frustrado un proceso de selección.

⁴² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 27 de abril de 2011, rad. 25000232600019970392401 (18.293), CP Ruth Stella Correa Palacio.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

referencia: acción de nulidad y restablecimiento del derecho -contractual- DECISIÓN Negó la pretensión de nulidad de la resolución xxx de diciembre de 1997, emanada del Alcalde Municipal de Rionegro, por medio del cual se adjudicó un contrato de construcción.	<i>pueda atentar o contravenir los actos propios (venire contra factum proprium).</i> <i>(...)</i> <i>Así las cosas, los pliegos de condiciones al estar contenidos en un acto jurídico mixto que, en cierto modo, contienen descripciones generales –sin que ello lo convierta en un reglamento– para que se surta el proceso de selección, es posible que sea viable su hermenéutica o interpretación, bien porque se hace necesario para solucionar un problema estrictamente formal de una propuesta –y por consiguiente determinar su admisibilidad y evaluación– ora porque es preciso determinar el contenido y alcance de una de las cláusulas o disposiciones fijadas.</i> <i>(...)</i> <i>Ahora, si bien existe una antinomia en numeral 1.12.5. del pliego de condiciones entre el título de la norma y el contenido de la misma, lo cierto es que prevalece el texto de la disposición, por cuanto la hermenéutica que debe prevalecer, como ya se puntualizó, es aquella que está acorde con la finalidad y el conjunto del proceso de selección, tal y como lo hizo el municipio de Rionegro, en aras de garantizar el interés público.”</i>
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 24 de julio de 2013, radicación: 25 000 23 26 000 2000 02482 01 acumulado 25000232600020000275 701, actor: Cooperativa de Trabajo Servicios de Seguridad y Vigilancia COOSEGURIDAD (28.041). Consorcio Seguridad Atempí Ltda., – Su Oportuno Servicio S.O.S. Ltda. (28.598), demandado: Distrito Capital – Secretaría de	LA DECLARATORIA DE DESIERTA SOLO ES LEGALMENTE PROCEDENTE CON FUNDAMENTO EN CAUSALES QUE IMPIDAN LA SELECCIÓN OBJETIVA. <i>A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, el numeral 18 del artículo 25 se dejó establecida una sola causal que permite declarar desierta la licitación, cual es la imposibilidad de la selección objetiva, la cual incluye cualquiera de los motivos o circunstancias que la imposibiliten.</i> <i>A su vez el numeral 15 del artículo 25 citado estableció que las formalidades exigidas deben tener fundamento legal y que la ausencia de documentos no requeridos para comparar las propuestas no puede invocarse como causa para rechazar las ofertas.</i>



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Gobierno, acción: nulidad y restablecimiento del derecho. DECISION Nulidad del acto de declaratoria de desierta de la licitación⁴³	
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, 29 de Julio de 2013, radicación número: 20001-23-31-000-2000-01023-01 (24311), actor: Apac y Compañía Limitada - Tecnología en Electrónica de Comunicación, demandado: Comisión Nacional de Televisión CNTV, referencia: acción de controversias contractuales (apelación sentencia) DECISIÓN Nulidad del artículo	NO ES SUFICIENTE PARA APARTARSE DEL PLIEGO DE CONDICIONES LA MERA MENCIÓN A LA SELECCIÓN OBJETIVA. <i>“En esos términos, en tanto en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala la entidad demandada se apartó del pliego de condiciones para dejar de aplicar un criterio de evaluación previamente establecido, sin que esté acreditado que este último contravenga normas imperativas, el cargo en estudio está llamado a prosperar y, por ende, la nulidad de los actos administrativos demandados, tal como lo ha definido esta Corporación frente a este tipo de asuntos⁴⁴.”</i>

⁴³ “(...) el paz y salvo de la DIAN expedido para la respectiva licitación. (...) la norma legal invocada en la definición del requisito fue declarada inexecutable unos días antes del acto administrativo que resolvió declarar desierta la licitación” aspecto sobre el cual la Sala tuvo en cuenta el decaimiento del acto administrativo de acuerdo con el artículo 66 numeral 2° del Código Contencioso Administrativo. Esta situación legal aunada a la indebida exigencia del requisito de registro del nombramiento del revisor fiscal, cuya designación fue acreditada en la licitación, llevó a la Sala, en ese caso, a confirmar la nulidad del acto de declaratoria de desierta, por cuanto se basó en requisitos que no podían ser exigidos o se habían cumplido.

⁴⁴ Nota original de la sentencia: “En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13.206, M.P. Miryam Guerrero de Escobar. En similar sentido: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2011, exp. 15.550, M.P. Hernán Andrade Rincón, en su parte resolutive se consignó: “REVOCAR la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– y, en su lugar dispone: // Por las razones expuestas en la parte motiva, DECLARAR la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa. // Negar las demás pretensiones”. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

segundo de la resolución XXX de 1999 y XXX de 2000, por medio de las cuales se declaró desierta la concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción para la ciudad de Valledupar,.	
8. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-1999-01850-01 (25397), actor: Carlos Mario Hincapié Molina, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. DECISIÓN Declaró la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó la licitación pública por encontrar demostrado, que la propuesta del demandante fue descalificada por falta de un requerimiento que no tenía incidencia en los criterios de contratación⁴⁵	LA CAUSA EXCLUYENTE DEBE SER RAZONABLE, ESENCIAL Y PROPORCIONADA. <i>“(…) para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.”</i>
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C,	HERMENÉUTICA DEL PLIEGO DE CONDICIONES. NO ES SUBSANABLE LO QUE OTORGUE PUNTAJE, LO DEMÁS SÍ. <i>Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los</i>

⁴⁵ Acerca de la conciliación fiscal de la declaración de renta.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 26 de febrero 2014, radicación número: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25804), actor: Germán Eduardo Zea Gomez, demandado: Municipio de Magangué, referencia: acción de controversias contractuales DECISIÓN Declárese la nulidad de la resolución (...) de diciembre de 1998 por medio de la cual se declaró desierta la Licitación Pública (...), emanada de la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bolívar).	<i>contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas – usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.</i> (...) <i>Estas razones son suficientes para que la Sala entienda que al negarse la oportunidad de corrección [de la firma de los estados financieros por contador público], el proponente habría satisfecho el requisito echado de menos por la administración, y por esta razón fue errada la decisión del municipio, así que se anulará este aspecto del acto administrativo demandado, toda vez que no se ajustó a la ley de contratación estatal.</i> (...) <i>A partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. (...) No obstante la claridad que ofrece esta norma, se insiste: porque redujo la discrecionalidad que tenía la administración de definir, en cada caso, qué aspectos de la oferta eran subsanables, atendiendo a la necesidad de ellos para compararlas; por introducir un criterio objetivo: no es subsanable lo que otorgue puntaje, lo demás sí;”</i> (La negrilla no es del texto).
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, 13 de agosto de 2014, radicación::25000232600 0200401200 01, expediente: 35965, demandante: Selcomp Ingeniería Ltda, demandado: Alcaldía	EL JUEZ NO PUEDE DESCONOCER UNA REGLA DE DETERMINACIÓN DE PUNTAJE O UNA POSTURA DEL PROPONENTE, SIN LA PRUEBA IDÓNEA DE QUE ELLAS SE CONFIGURARON EN CONTRAVENCIÓN DE LOS PRINCIPIOS LEGALES O CONSTITUCIONALES. <i>“Por anticipado se observa que el análisis de los casos citados a continuación confluye en que la discrecionalidad de la Administración Pública para establecer los criterios y puntajes de selección de sus contratistas, debe ser razonada y racional,</i>



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital, DECISIÓN Negar la nulidad de la resolución mediante la cual se adjudicó el contrato de implantación de servicios de soporte para los equipos de cómputo y de comunicación de la Secretaría de Educación del Distrito.	<i>motivada justamente en el ámbito de lo que se refiere como la “lógica de lo racional”, cuestión que en el aspecto práctico se traduce en que el juzgador tiene que apreciar la etapa precontractual en lo formal y en lo material, analizar el uso de la discrecionalidad administrativa en la configuración del pliego de condiciones con especial detalle y el apoyo técnico respectivo, de cara a definir con certeza si se configuró la transgresión a los principios de la contratación estatal y el daño antijurídico consecuente.</i> <i>Los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado coinciden en advertir una clara delimitación del Poder Judicial en el análisis de las decisiones técnicas atinentes a la estructuración de la contratación estatal, puesto que en esa clase de decisiones el Juez NO debe sustituir el razonamiento soportado de la Administración Pública ni su autonomía en la configuración del pliego de condiciones. En concreto, tratándose del medio de control contractual, el Juez no puede desconocer una regla de determinación de puntaje o una postura del proponente, sin la prueba idónea de que ellas se configuraron en contravención de los principios legales o constitucionales.</i> <i>(...)</i> <i>La lectura de las conclusiones transcritas permite reconfirmar que, de acuerdo con el dictamen, cabía estimar una organización por localidades que no fue definida por el pliego de condiciones y por lo tanto quedó deferida a la estructuración del proponente, aspecto que la Sala aprecia dentro de la libertad de configuración de las reglas de la contratación, de lo cual se desprende que era factible una organización del inventario de repuestos –a cargo del proponente- en forma tal que se podía alcanzar el cumplimiento del servicio</i> <i>(...).</i> <i>Ahora bien, utilizando como fuente los estados de pérdidas y ganancias registrados en la Cámara de Comercio, la perito contadora pública estableció que el porcentaje de utilidad neta liquidada por xxx S.A., fue de (...) lo cual indica que en términos generales esa sociedad conservó en sus negocios un margen de utilidad y no operó a pérdida, por manera que se desvirtuó el supuesto de la parte actora acerca de que la oferta de esa entidad era artificialmente baja, desde la perspectiva en que se demostró que de acuerdo con la ejecución financiera de xxx S.A., los costos y gastos fueron efectiva y realmente superados. En conclusión, aparece desdibujada la hipótesis de la sociedad demandante, acerca de la configuración de la oferta “a pérdida” (...).”</i>
--	---

En los anteriores fallos se identificó la regla de selección objetiva como fundamento para confirmar o anular el acto de adjudicación o el de declaración de desierta en su caso, coincidiendo la jurisprudencia en que el punto de



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

partida base del análisis lo constituyen las disposiciones contenidas en pliego de condiciones que configuren los factores de selección y en tal medida determinen el puntaje sobre los criterios objetivos con arreglo a la ley.

La Sala reitera la línea jurisprudencial según la cual solamente se puede declarar desierta la licitación con fundamento en reglas que identifiquen factores objetivos de selección –en contraposición a los subjetivos-, sometidos en cada caso al análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de acuerdo con las disposiciones del pliego de condiciones.

Concluyendo este análisis jurisprudencial se advierte que la Administración es la primera llamada a cumplir con las reglas del pliego de condiciones, tanto para adjudicar el contrato como en orden a declarar desierta la licitación, razón por la cual, pasando al escenario del litigio judicial, se enuncia una consideración de la mayor importancia: el juzgador sólo puede desconocer las disposiciones del pliego de condiciones cuando se demuestre el supuesto legal de su ineficacia en los eventos definidos en la ley o la transgresión efectiva de las reglas y principios que rigen la actividad de la Administración. En sentido contrario, en el análisis judicial del procedimiento de contratación estatal, es improcedente desconocer o sustituir una regla objetiva de asignación de puntaje definida de acuerdo con los criterios de Ley, toda vez que se recuerda –cerrando el círculo se está disertación- que el pliego de condiciones es una ley del procedimiento de contratación que puede ser discrecionalmente configurado por la Administración Pública, dentro de las reglas y principios de la Ley.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

7. Los requisitos del pliego deben ser evaluados desde la lógica de lo razonable en correspondencia con los principios de la contratación.

La Sección Tercera del Consejo de Estado desarrolló una línea jurisprudencial⁴⁶ que propugnó por diferenciar entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones, la cual se formuló veinticinco años atrás, desde la sentencia de 19 de febrero de 1987⁴⁷ (expediente No. 4694), prohijada por la doctrina española y argentina, en cuyos textos se estimó que no todas las condiciones del pliego tienen en mismo peso y, observando lo anterior, hasta la fecha presente el Consejo de Estado considera que de acuerdo con la *“lógica de lo razonable”* la entidad contratante puede acudir excepcional y razonadamente a un manejo flexible en la aplicación del pliego de condiciones cuando el apartamiento de la propuesta con relación al contenido de la regla del pliego es de orden menor y no corresponda a requisitos previstos en el pliego en forma sustancial o determinante de las condiciones de la contratación⁴⁸.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado evidenció la falsa motivación de actos mediante los cuales se rechazó una propuesta, o se negó la asignación de un puntaje, con invocación de requisitos menores, inanes o meros formalismos, de acuerdo con lo que se demostró en el respectivo proceso. Un

⁴⁶ Véase el análisis de la línea jurisprudencial, en la siguiente obra: *LOS GRANDES FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA COLOMBIANA*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, Editor Ospina Garzón Andrés Fernando, artículo: *“Diferenciación entre los requisitos formales y sustanciales exigidos a los proponentes en los pliegos de condiciones”*, Fajardo Gómez Mauricio, página 149 y siguientes.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 1987, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta, actor: Sociedad Colombiana de Vigilancia S.A. SOCOVIG, demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

⁴⁸ Asunto que lleva a observar la necesidad de estimar cada regla del pliego de condiciones dentro de su contexto, puesto que de un pliego a otro la estructuración de un requisito similar puede tener aplicación práctica diferente.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

ejemplo de las consideraciones de la Corporación, siguiendo la línea jurisprudencial mencionada, es el siguiente:

“La Administración puede rechazar las propuestas cuando éstas no reúnan las condiciones que se establecen en el pliego; en cambio, cuando se formulan las propuestas en consonancia con el pliego, surge para la administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es nada distinto a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso negocial de formalización del contrato”. “Así, por ejemplo, no se podrá rechazar una propuesta por la omisión del oferente de cotizar el componente de un ítem, cuando en otros ítems se ha cotizado el mismo componente; o por no presentar el recibo de pago de la garantía de seriedad de la oferta, cuando en la misma póliza consta expresamente su cancelación; o por no acompañar el recibo oficial de pago de los pliegos de condiciones, cuando esta información reposa en la misma entidad”.

(...)

En la falsa motivación de hecho deberá siempre tenerse en cuenta que si cualquiera de los hechos adecuados que adujo la Administración para adoptar una decisión no es contraprobado, en sede judicial, el acto acusado permanece incólume, porque ese hecho se convierte en pilar del acto administrativo. Por ello cuando los motivos de hecho son eficientes en la expedición del acto administrativo y este es atacado judicialmente, se requiere enervar la presunción de veracidad respecto de cada uno de ellos; si no ocurre así el acto no se podrá anular porque cualquiera de los hechos así indicados y no quebrados, se presume, da lugar a la decisión. Por consiguiente como el actor, en este caso, no demostró que todas las situaciones omisivas atribuidas por la Administración a su oferta que dieron lugar, en forma adecuada, al rechazo de la misma no fueron desvirtuadas no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado.”⁴⁹ (Se resalta para los propósitos de este análisis).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 3 de mayo de 2001, radicación: 70001-23-31-000-1994-4626-01(13053).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Similar argumentación sostuvo la jurisprudencia de esta Corporación, entrando en el análisis de los procedimientos de licitación adelantados en vigencia de la Ley 80 de 1993 así ,por ejemplo, declaró la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó una licitación pública por encontrar demostrado, en ese evento particular, que la propuesta del demandante fue descalificada con fundamento en un requerimiento meramente instrumental⁵⁰, no obstante lo cual recordó la obligatoriedad del pliego como regla general de la licitación:

“En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.”⁵¹ (La negrilla no es del texto).

En otro caso, guardando la misma línea que se refiere al análisis de los requisitos del pliego de condiciones, esta Subsección declaró la nulidad de una cláusula de rechazo por el ítem de personal ofrecido, aspecto que en ese

⁵⁰ Se refirió en ese caso a la conciliación fiscal que se había realizado para corregir la declaración de renta con anterioridad al procedimiento de licitación.

⁵¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, radicación número: 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397), actor: Carlos Mario Hincapié Molina, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU-, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

procedimiento de licitación no otorgó puntaje, pero se aplicó en términos de inhabilitar la oferta del demandante por haber presentado el mismo personal en otras licitaciones que simultáneamente adelantaba la entidad contratante. En esa litis el fundamento de la anulación de la respectiva disposición del pliego de condiciones se aproximó desde la óptica de la falta de competencia de la entidad contratante para configurar el respectivo requisito:

“En línea con lo anotado ha de advertirse que si bien, según lo consagra el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las propuestas deben acatar las exigencias previstas en el pliego de condiciones, no es menos cierto que dicha previsión necesariamente debe armonizarse con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 del mismo Estatuto⁵² según el cual la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.⁵³

Bien se sabe que el estudio de los requisitos de los pliegos de condiciones ha derivado, también, en una diferenciación hoy incorporada a nivel legislativo, entre los requisitos habilitantes⁵⁴ y los factores técnicos y económicos de

⁵² El inciso 2° fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, pero reiterado en esa misma ley en los términos del párrafo primero de su artículo 5 de conformidad con el cual “Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos(..).”.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 25 de junio de 2014, radicación: 25000232600020010070702, expediente: 33319, actor: Unión Temporal Germon, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte , referencia: acción contractual - apelación sentencia

⁵⁴ Ley 1150 de 2007, Artículo 5.

“(…) La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

calificación de las propuestas, de la cual se ha observado por esta Subsección que los primeros se refieren a calidades de los proponentes y los segundos al contenido de la oferta.

No obstante, para el presente proceso se debe tener en cuenta que en vigencia del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, fue permitido estructurar factores de calificación y asignación de puntaje indistintamente basados en las requisitos de los proponentes (hoy denominados habilitantes jurídicos, financieros y de organización) y en los contenidos de la oferta (factores técnicos y económicos de la propuesta), asunto que se modificó a partir de la Ley 1150 de 2007, con base en la identificación y separación de los denominados requisitos “*habilitantes*” que bajo la nueva legislación no pueden otorgar puntaje, de acuerdo con el artículo 5, cuyo cumplimiento se constituye, entonces, en una condición o de acceso, admisibilidad o, legalmente, de “*habilitación*” del oferente para participar en el procedimiento de licitación⁵⁵.

En relación con los requisitos *habilitantes* es pertinente mencionar la sentencia C-713 de 2009 de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible el numeral 1 del mencionado artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, en relación con la expresión, “*y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo*”, oportunidad en la que esa Corte cerró el paso a la creación de condiciones restrictivas que carezcan de soporte legal o constitucional, a la vez que advirtió que dentro del marco legal, toda restricción

⁵⁵ No sobra advertir que se unificó en el Registro Único Proponentes la información básica para establecer los requisitos habilitantes, aplicable a aquellas contrataciones en que los proponentes deben acreditar el respectivo registro. De allí se ha desprendido un análisis sobre las restricciones -o quizás sobre la desaparición de la ya restringida discrecionalidad administrativa-, en materia de la determinación de los requisitos habilitantes en la contratación estatal, habida cuenta que desde la óptica de la inhabilidad para contratar con el Estado se rescata el deber de identificar un origen legal, esto es la prohibición de crear inhabilidades ad-hoc, puesto que en ello prima el derecho a la igualdad en el acceso a la contratación, el principio de la selección objetiva y el reproche de las conductas que atentan contra la libertad de empresa.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

que sea impuesta a los requisitos habilitantes para participar en la licitación debe ser proporcional y razonable:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.”

Pues bien, sin entrar en las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, que constituye norma posterior a los hechos materia del *sub-lite*, con base en los parámetros de la Ley 80 de 1993 se concluye sobre el imperativo de definir en el pliego de condiciones las reglas objetivas, justas, claras y completas que gobiernen el procedimiento de licitación y aplicarlas congruentemente en el sentido en que respeten la igualdad de todos los interesados en proponer y el derecho a la adjudicación del proponente que presente la oferta más favorable, en todo caso de acuerdo con las reglas del pliego. Se observa, en el mismo



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

orden de ideas, que la declaratoria de desierta se impone cuando resulte de las reglas de la selección objetiva, así determinadas.

Para finalizar este punto, en materia de las reglas del pliego de condiciones es útil traer a colación que la doctrina extranjera y la nacional se han aproximado desde diversos ángulos a la discrecionalidad de la autoridad administrativa y *el control judicial de los actos expedidos en desarrollo de esa potestad*, cuestión que se torna de especial trascendencia en el escenario de legislaciones que adhieren una serie de principios y dejan la determinación de las reglas a la Administración Pública –como sucedió, en primer momento, con los principios y las reglas de calificación de las licitaciones en vigencia de la Ley 80 de 1993-.

En ese tópico, para los propósitos de esta providencia, la Sala compartirá una reflexión de la doctrina argentina que destaca la prohibición de arbitrariedad de la Administración Pública, aquí aplicada a la autonomía en el diseño de los pliegos de condiciones y la contención que compete al poder judicial en el análisis sobre las reglas establecidas en el referido pliego, aun tratándose de aspectos discrecionales que no por ello liberan al juzgador del deber de valorar críticamente las pruebas para el análisis del pliego, incluso sobre los aspectos técnicos, con el fin de llegar a la comprensión que le permita resolver la litis sobre los hechos individualizados, bajando del plano dogmático de los principios y reglas a su aplicación práctica en los asuntos concretos:

“El control judicial de las cuestiones técnicas no implica invadir zonas de reserva de otros poderes del Estado. Simplemente, el Juez podrá controlar a través de peritos el ejercicio correcto y razonable de los juicios técnicos de la Administración, por más “alta complejidad” que contengan de modo que no encuentra justificación alguna en nuestro sistema constitucional la jurisprudencia que limita el control judicial a los supuestos en que media la arbitrariedad. La “alta complejidad” no es argumento que justifique válidamente que los jueces eludan el control de la actividad administrativa que les asigna e impone la



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

*Constitución.*⁵⁶

Sin lugar a dudas, en el escenario del medio de control sobre los actos administrativos en los que se declara desierta la licitación pública se encuentra presente el deber de valorar las reglas que definen puntaje para lograr la adjudicación del contrato, desde la óptica del contenido jurídico y especialmente, desde el ángulo de los aspectos técnicos y económicos de la respectiva disposición, cuestión que pasa por el imperativo de entrar en la valoración cuidadosa de las pruebas técnicas para apoyar debidamente la decisión judicial.

8. Utilización de la media geométrica como factor de evaluación y adjudicación en el contrato de obra pública.

No cabe duda de la potestad de la Administración Pública, discrecional y razonada, para acogerse a la formulación matemática de la media geométrica como un criterio de calificación del factor económico referido al precio del contrato de obra y definir, igualmente, los parámetros de asignación de puntaje en relación con la referida medida.

En la anterior afirmación la Sala hace referencia al concepto matemático de la media geométrica que se expresa en la siguiente formulación algebraica: de una cantidad arbitraria de números (por decir n números) la media geométrica corresponde a la raíz n -ésima del producto de todos los números⁵⁷.

La fórmula de la media geométrica y su pertinencia para establecer con base en ella un promedio de cifras relativas, se puede observar en el siguiente texto

⁵⁶ Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons Argentina S.A., Primera Edición, Buenos Aires, 2009, página 209.

⁵⁷ BALDOR, Aurelio, *Álgebra*, Publicaciones Cultural México D.F, páginas 136-137. En el caso sub-judice la media geométrica correspondió a la raíz cúbica del producto de tres datos: los contenidos en cada una de las dos propuestas y los del presupuesto oficial.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

académico:

“La media geométrica (MG), de un conjunto de n números positivos se define como la raíz n -ésima del producto de los n números. Por tanto, la fórmula para la media geométrica es dada por

$$MG = \sqrt[n]{(X_1)(X_2)\cdots(X_n)}$$

Existen dos usos principales de la media geométrica:

- 1. Para promediar porcentajes, índices y cifras relativas y*
- 2. Para determinar el incremento porcentual promedio en ventas, producción u otras actividades o series económicas de un periodo a otro.”⁵⁸*

Ahora bien, se conocen las bondades de la utilización de esta medida de tendencia, por cuanto resulta menos sensible que el promedio simple a los datos extremos de la muestra, a la vez que se advierten desventajas, en cuanto puede constituir una formulación compleja o de dispendiosa aplicación.

No obstante, la adopción de la media geométrica constituye, sin hesitación, la configuración de una regla objetiva, justa, y clara de conformidad con las exigencias del principio de transparencia, expresadas en la letra b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En el mismo sentido la decisión administrativa de utilizar la media geométrica se advierte apoyada en un criterio técnico, medida en la cual es incuestionable que desarrolla el principio de selección objetiva previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto configura una herramienta para impedir la

⁵⁸ Mendoza, H, Bautista, G. (2002), Probabilidad y Estadística, Universidad Nacional de Colombia, <http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/ciencias/2001065/>. Licencia: Creative Commons BY-NC-ND.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

adjudicación subjetiva y arbitraria.

Siguiendo las directrices de las normas antes citadas, igual claridad y justeza deben observar las reglas que completan la aplicación de la media geométrica, mediante la asignación de puntaje a las propuestas en relación con la referida media geométrica, cuya definición es imprescindible para que la formulación pueda aplicarse, como por ejemplo, la identificación de los rangos previamente determinados o determinables en orden a calcular el puntaje de cada propuesta. Se refiere la Sala a que la aplicación de la media geométrica no termina con la fórmula inicialmente enunciada, toda vez que la regla completa, además de definir los datos que se tendrán en cuenta para el cálculo respectivo, debe establecer el método para calificar las propuestas en relación con la media así obtenida, lo que sucede usualmente a través del cálculo de la diferencia entre el valor de la media geométrica y el de cada propuesta⁵⁹.

Igualmente, siendo la media geométrica utilizada como una medida de tendencia central⁶⁰ de las cifras de las propuestas y el presupuesto oficial, es razonable la utilización de rangos para determinar el puntaje, con la posibilidad de asignar cero puntos, por ejemplo, a las propuestas que se alejen de la media en un porcentaje o valor relativo predeterminado, en cuanto se puede estimar que las propuestas distantes de la media presentan datos que en una determinada medida se encuentran por fuera de la condición media del mercado⁶¹,

⁵⁹ Se refiere por ejemplo el caso en el cual se invoca la fórmula de relación lineal entre el valor de la propuesta y el puntaje. La regla de asignación de puntaje en el caso *sub judice* se expresó en la fórmula No. 3 seleccionada, de acuerdo con el rango de la propuesta respecto de la media geométrica y la diferencia entre los valores respectivos.

⁶⁰ Aceptación tomada de los términos de la medición estadística.

⁶¹ Por ejemplo, en las distintas formulaciones del caso *sub judice* se asignaba puntaje a las propuestas situadas en el rango fijado a partir del 90% de la media geométrica.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Se conoce también que la aplicación de las fórmulas, puede ser selectiva mediante criterios aleatorios⁶², lo cual constituye un método que se aplica en las licitaciones con la conciencia de que impide la predicción del resultado exacto, en cuanto plantea una o varias fórmulas matemáticas que se invocan para ser desarrolladas con datos que no son conocidos en el momento en que se formula la oferta; en términos jurídicos se trata de factores de selección que pueden ser indeterminados pero claramente determinables para establecer la regla de asignación del puntaje.

Finalmente, resulta útil observar que la utilización de la media geométrica impide a la Administración Pública y a los oferentes conocer previamente el precio y la utilidad que se debería proponer para obtener el puntaje ganador puesto que el mismo se construirá precisamente con base en los datos contenidos en las propuestas de los proponentes. Nada tiene ello de ilegal en el marco del régimen de contratación, por el contrario responde a los fines de

⁶² Para no citar casos concretos, la Sala acude a referirse a la propuesta de pliego de condiciones tipo elaborada por Colombia Compra Eficiente, -sin que esto constituya un pronunciamiento sobre la misma- que se cita como ejemplo, en la medida que incorpora algunos métodos utilizados en la práctica de la contratación estatal; se trae a colación para destacar aquí que existen varios métodos de asignación de factor económico, entre ellos la media geométrica con presupuesto oficial, para cuya calificación se sugirió en la propuesta que se comenta la utilización de los dígitos de la TRM, así:

“A. Factor Económico

La entidad a partir del valor total de las Ofertas asignará máximo _____ (____) puntos acumulables de conformidad con el siguiente procedimiento:

(i) Determinación del método para la ponderación de la propuesta económica

Se seleccionará el método de ponderación de la propuesta económica de acuerdo con los métodos que se nombran a continuación:

Número- Método

1 Media aritmética

2 Media aritmética alta

3 Media geométrica con presupuesto oficial

4 Menor valor

(...) para la determinación del método se tomarán hasta las centésimas de la Tasa de cambio Representativa del Mercado (TRM) vigente el día de cierre de presentación de las ofertas.”

(www.colombiacompra.gov.co/.../12.18.2013_proyecto_pliegos_contrato),



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

transparencia y selección objetiva.

Todo lo anterior se aprecia dentro de la libertad de configuración del pliego de condiciones permitida en la Ley 80 de 1993, amén de que la complejidad de la formulación se descubre como una bondad del método para evitar la colusión en las licitaciones y lograr el propósito de concentrar el esfuerzo de los proponentes en elaborar la mejor oferta de acuerdo con sus propios costos, dificultándoles posturas basadas en inferencias estadísticas. Quiere ello significar, que la dificultad de intuir el resultado, puede tornarse en una ventaja de la media geométrica, en pro de la eficiencia de las propuestas, en el aspecto del costo – beneficio de las dos partes, toda vez que este tipo de formulación propende por el costo más ajustado a la tendencia central del mercado, de preferencia al menor costo o costo más bajo.

En este estado, la Sala debe enunciar un supuesto que a la altura del presente razonamiento parece obvio: la claridad de la regla de calificación de las propuestas en la contratación pública y selección del contratista, en orden a cumplir con los principios de transparencia y selección objetiva, se demanda de la fórmula que gobierna su aplicación, más no de la probabilidad de que el proponente pueda predecir sin margen de error el resultado ganador. Así las cosas, los factores indeterminados pero determinables, pueden ser aceptados dentro de la formulación y no por su complejidad deben ser inaplicados o rechazados.

Finalmente, la determinación de las reglas en torno a la media geométrica, debe ser previa y completa. En este sentido se reitera la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la apreciación que compete al Juez sobre la mecánica de aplicación de la fórmula de la media geométrica, puesto que se advierte la transgresión de los principios de transparencia y de selección objetiva cuando, con ocasión de la introducción de factores no previstos dentro



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

de la formulación inicial, se incorporan en la etapa de evaluación de las propuestas decisiones unilaterales e intempestivas de la entidad contratante que alteran el resultado de la media geométrica y el de la convocatoria:

“EN EL CASO BAJO JUICIO, no se está poniendo en discusión el criterio de evaluación del factor precio como tal adoptado por la Administración, en cuanto a su claridad, precisión, objetividad (art. 19 ley 80), pues la media geométrica por sí misma en nada lesiona el ordenamiento jurídico. Lo que cuestiona el actor, con el respaldo del Ministerio Público en la segunda instancia, es la oportunidad para introducir dicha modificación, lo cual – a su juicio – a la postre frustró todo el proceso, competencia que, por lo demás, se ejerció con desviación de poder, vale decir, con un fin distinto al previsto por la ley (art. 24.8 ley 80 de 1993), con expedición de un acto en apariencia legal pero evidentemente con móviles distintos a los previsto por la ley.”⁶³

9. El caso concreto

9.1. Análisis del pliego de condiciones a la luz de las reglas de la hermenéutica.

Se concreta el problema jurídico planteado en este caso de la siguiente manera:

¿La regla del “*puntaje mínimo*” establecido como criterio para declarar desierta la licitación se encontraba ajustada a la ley? (definida ésta última en su sentido amplio, esto es incluyendo los principios y reglas aplicables a la contratación estatal).

Con el propósito de resolver el anterior problema la Sala hará un recorrido del contenido del pliego de condiciones en orden a establecer su debida

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, Magistrada Ponente: María Elena Giraldo Gómez, radicación número 76001233100019960271601, actor: Jairo Martín Vargas Díaz, demandados: Departamento del Valle del Cauca y otros, acción reparación directa.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

interpretación, particularmente en relación con el *puntaje mínimo* establecido con referencia a la calificación de las propuestas asignada de acuerdo con la media geométrica utilizada en el caso *sub lite*.

9.1.1. Breve recuento del pliego de condiciones

El pliego de condiciones de la licitación pública No. LP SED- SPF 015 de 2004⁶⁴, tuvo el siguiente contenido: capítulo 1, “CONDICIONES FORMALES”; capítulo 2, “CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN”, contentivo de los requerimientos técnicos de la construcción, las condiciones económicas, las condiciones administrativas y jurídicas; capítulo 3, “DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA”; capítulo 4, EVALUACIÓN DE PROPUESTAS Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO, en el cual se detallaron los criterios de EVALUACIÓN (4.1), los criterios de SELECCIÓN (4.2.) y los aspectos referidos a la suscripción del contrato (4.3.); finalmente, el capítulo 5 incorporó la relación de los anexos⁶⁵.

De acuerdo con el pliego de condiciones, la “*modalidad de pago será el precio global fijo sin reajustes*” y, el presupuesto oficial asignado para la ejecución del contrato fue la suma total de \$1.318’827.371⁶⁶.

En el punto 4.1.8. del pliego de condiciones se detallaron los criterios y puntajes de evaluación en la siguiente forma:

⁶⁴ Folios 378 a 463, cuaderno 2.

⁶⁵ Los anexos no fueron aportados con el pliego de condiciones, en el folio correspondiente se anunció que se los formularios respectivos se encontraban publicados en la página web de la Secretaría de Educación.

⁶⁶ Folio 385, cuaderno



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

1	<i>Evaluación Jurídica</i>	(...)	<i>Admisión</i>
2	<i>Evaluación Financiera</i>	(...)	<i>Admisión</i>
3	<i>Evaluación Técnica</i> <i>300 puntos</i>	(...) <i>Experiencia General y específica.....</i> <i>Maquinaria y Equipo.....</i>	<i>Admisión</i> <i>200</i> <i>100</i>
4	<i>Evaluación Económica</i> <i>700 puntos</i>	<i>Costo Directo Total.....</i> <i>Costo Capítulos Representativos</i> <i>A.I.U.</i>	<i>300</i> <i>250</i> <i>150</i>

Se observa que en el mismo capítulo 4 del pliego de condiciones (EVALUACIÓN DE PROPUESTAS Y ADJUDICACION DEL CONTRATO), se establecieron criterios de evaluación (punto 4.1.) que no otorgaban puntaje, a saber: los jurídicos, la capacidad de contratación, la evaluación financiera y algunos de los criterios técnicos, respecto de los cuales el pliego indicó que constituían base de “*admisión o rechazo*”, es decir que no se utilizaban para la comparación de las ofertas⁶⁷. Igualmente se incluyeron otros factores de evaluación que sí otorgaban puntaje, los cuales se dividieron en técnicos (dos de los factores técnicos otorgaban puntaje) con 300 puntos asignados y

⁶⁷ Desde ahora resulta imperativo establecer que el puntaje discutido en el *sub lite* era un criterio de adjudicación, no debe ser encasillado como un *factor de habilitación* por cuanto constituía materia de puntuación, amén de que para la época del pliego de condiciones no existía una delimitación legal de los denominados criterios habilitantes. Se agrega que la separación entre criterios habilitantes y criterios de adjudicación no se encontraba incorporada en la Ley 80 de 1993, el artículo 29 se refería al deber de selección objetiva del ofrecimiento más favorable teniendo en cuenta los “*factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio*”, respecto de los cuales era viable la posibilidad de asignar puntaje.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

económicos con 700 puntos, para un total de 1000 puntos. En los factores económicos se otorgó puntaje separado a cada uno de los siguientes aspectos: costo directo, costo de capítulos representativos y valor propuesta por concepto de AIU.

Se advierte que igualmente en el capítulo 4, contentivo de los factores de evaluación y adjudicación, se incluyeron los criterios de “SELECCIÓN” (punto 4.2.), siendo uno de ellos el de las reglas de “ADJUDICACION” contenidas en numeral 4.2.4., en el cual se indicó que la licitación *“podrá declararse desierta (...) cuando el puntaje máximo obtenido por el proponente ganador sea inferior al 70% del puntaje máximo a ser asignado”*.

El informe consolidado de evaluación de los criterios que otorgaban puntaje, arrojó un total de 622.36 puntos para el CONSORCIO OBRAS SED 2004, que evidentemente no logró el 70% del puntaje máximo a ser asignado, en lo cual se soportó la Secretaría de Educación del Distrito para declarar desierta la licitación.

En el informe citado se lee la correspondiente nota al pie del cuadro así:

“LO ANTERIOR TENIENDO EN CUENTA QUE NINGUNO DE LOS PROPONENTES ALCANZA EL PUNTAJE MÍNIMO REQUERIDO DEL 70% SI CONSIDERAMOS QUE EL PUNTAJE EQUIVALE A 1000 PUNTOS, Y EVIDENTEMENTE EL 70% SON SETECIENTOS (700) PUNTOS, (CONSORCIO ACU OBTUVO 567,57 Y EL CONSORCIO OBRAS SED 2004 OBTUVO, 622.36 PUNTOS).”

En efecto, la claridad matemática del puntaje correspondiente al 70% no tuvo discusión frente al pliego de condiciones si se tiene en cuenta que el máximo a ser asignado era de 1000 puntos, obviamente 700 puntos constituía el 70%, es decir, el puntaje mínimo requerido para la adjudicación de acuerdo con el punto 4.2.4.del pliego de condiciones.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

De conformidad con el resumen general de la evaluación técnica y económica, el puntaje total obtenido por cada uno de los proponentes se discriminó de la siguiente manera⁶⁸:

	<i>CONSORCIO ACU</i>	CONSORCIO OBRAS SED 2004
Descuento por puntos. Plan de Calidad (Puntaje para Descontar)	0	-20 ⁶⁹
Experiencia Específica (200 puntos)	200	200
Maquinaria (100 puntos)	100	100
Total puntaje Técnico (300 puntos)	280	260
Costo Directo (300 puntos)	29,68	93,43
Costo por Capítulos Representativos (250 puntos)	137,32	152,17
Costos Indirectos AIU (150 puntos)	120,57	116,76
Total puntaje total económico (600 puntos)	287,57	362,36
PUNTAJE TOTAL (TÉCNICO Y ECONÓMICO) (1.000 PUNTOS)	567,57	622,36

Por otra parte, de conformidad con el informe de evaluación, la motivación acerca de la insuficiencia del puntaje para adjudicar la licitación se aprecia en las consideraciones de la Resolución No. 5011- A, que incorporó el documento denominado *“INFORME DE RECOMENDACIÓN DE ADJUDICACIÓN”*, contentivo del acto público de adjudicación de fecha 11 de noviembre de 2004, en el cual la Secretaría de Educación hizo constar la siguiente fundamentación en relación con la regla del numeral 4.2.4., del pliego de condiciones:

⁶⁸ Folio 102, cuaderno 3.

⁶⁹ De acuerdo con el informe de adjudicación de propuestas el descuento en la propuesta del CONSORCIO OBRAS SED 2004, obedeció a lo siguiente: *“Se mantiene el descuento de 20 puntos correspondientes a: PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y HISTOGRAMA DEL PROFESIONAL NO PROFESIONAL, por cuanto el proponente no incluyó estos aspectos dentro de plan de calidad allegado con la propuesta.”* (folio 72, cuaderno 3).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

“La Primera pregunta: ¿Qué criterio tiene la Secretaría en la interpretación que hace acerca del numeral 4.2.4. en cuanto a la declaratoria de desierta?”

(...)

Bien, en respecto (sic) a la primera pregunta el numeral 4.2.4. dice así: “La presente licitación podrá declararse desierta cuando a juicio de la SED se presenten motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista en los términos previstos en la Ley 80 del 93, o cuando el puntaje máximo obtenido por el proponente ganador sea inferior al puntaje máximo del 70% del puntaje máximo a ser asignado o cuando no se presente ningún participante.

*El punto prioritario de la discusión es el 70% del puntaje máximo a ser asignado; tenemos en cuenta que es una licitación, tienen unos componentes de verificación, unos componentes de calificación, la sumatoria total de los componentes de calificación son 1000 puntos y el puntaje máximo a ser asignado son esos 1000 puntos; si eventualmente, estudiemos esa consideración, este párrafo se encontrara ubicado exclusivamente en el interior de la propuesta económica hubiésemos podido entender que la aplicación de ese criterio es en relación solamente con la calificación acerca de la propuesta económica, **pero en todas las licitaciones de la SED se incorpora este inciso se encuentra ubicado como una exposición general al interior de todos los pliegos, y de la calificación integral de todas las licitaciones.** En ese orden de ideas el puntaje máximo a ser asignado es el de los 1000 puntos, ese siempre ha sido el criterio de la SED. Entonces siguiendo este orden de ideas, pues el 70% del puntaje a ser asignado son 700 puntos; un aspecto adicional, la Ley 80 establece que las entidades públicas podrán adjudicar solamente con la ponderación precisa y detallada de los aspectos matemáticos contenidos en los pliegos de condiciones, como hemos mencionado y de acuerdo con las modificaciones, hay unos aspectos de verificación, y hay unos que son de calificación; **al interior de esos aspectos de calificación la SED tiene que someterse al pie de la letra a lo que de los pliegos, calcular cuanto ganan los proponentes, y sobre esa base entrar a mirar si cumplen o no con los demás parámetros, si no cumplen la SED no tiene ninguna otra posibilidad más que declarar desierta la licitación, el fundamento es el contenido de los***



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

pliegos de condiciones, uno adicional es el principio de igualdad, no podemos dar una variación en este momento al proceso cuando hemos manejado este proceso en esas mismas condiciones para todos los proponentes durante todo el tiempo.⁷⁰ (La negrilla no es del texto).

9.1.2. La interpretación del pliego de condiciones siguiendo las reglas de del Código Civil.

Con fundamento en la integración normativa invocada en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁷¹, a continuación se seguirán las reglas de interpretación de los contratos previstas en el Código Civil, para efectos de fijar los alcances del pliego de condiciones, teniendo en cuenta, además, que las respectivas disposiciones consagran criterios de hermenéutica utilizados por la jurisprudencia del Consejo de Estado en litigios de similar orden, para fundamentar el análisis del principio de selección objetiva en el procedimiento de contratación estatal.

9.1.2.1. Prevalencia de la intención.

➤ **ARTICULO 1618 CC. PREVALENCIA DE LA INTENCION.** *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

En las distintas solicitudes de aclaración que se encuentran en los tres adendos realizados al pliego de condiciones en el *sub lite*, no se presentaron inquietudes de los interesados en relación con el numeral 4.2. del pliego referido a los criterios de selección ni a las causales de declaratoria de desierta contenidas en el punto 4.2.4., por lo cual en esa oportunidad no hubo lugar a expresar la intención que tuvo la entidad contratante al fijar un puntaje mínimo

⁷⁰ Folio 61, cuaderno 3

⁷¹ Artículo 13º.- *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley."



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

basado en los criterios técnicos y económicos de evaluación y selección del contratista.

Por lo anterior se concluye que la intención de la entidad contratante al introducir el punto 4.2.4, era la que se desprende del tenor literal, esto es constituir una causal para declarar desierta la licitación en el evento en que proponente alguno alcanzara el puntaje mínimo con referencia a los criterios que otorgaban puntuación.

A su turno, en la audiencia de adjudicación se lee la siguiente explicación presentada para soportar la aplicación del punto 4.2.4. del pliego de condiciones, por parte del profesional de la ingeniería a cargo del proyecto en la Secretaría de Educación:

*“Lo primero que quiero aclarar es que en la observación presentada por ustedes, dicen que los dos proponentes que son hábiles, estuvieron por encima de la media geométrica, pero dentro del presupuesto oficial, razón por la cual se están eliminando subjetivamente. Hay que ser claro en que ninguno de los dos proponentes se está eliminando y por la aplicación de la fórmula no se eliminan ninguno de los dos proponentes, en la asignación del puntaje está de acuerdo con lo descrito en la fórmula, si ninguno de los dos estuvo por debajo de la media geométrica no obtuvieron el mismo puntaje, que es quien obtiene el máximo puntaje al aplicar la fórmula correspondiente, **como los dos estuvieron por encima del 90% de la media se le aplica la fórmula que está por encima en la relación lineal. En este orden de ideas, por encima de la media geométrica se le asigna el puntaje correspondiente a esa evaluación. Por eso están los puntajes asignados de esa manera, esta es la aplicación metodológica en la evaluación de la fórmula.**”* (La negrilla no es del texto).

En atención a la metodología descrita y al contenido del pliego de condiciones la Sala advierte que el puntaje establecido en el punto 4.2.4. del pliego de condiciones NO ERA EQUIVALENTE A UNA REGLA DE ADJUDICACIÓN AL PRECIO MÍNIMO, por el contrario, la asignación de los puntajes en los factores



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

económicos mediante el sistema de la media geométrica consistió en otorgar la mayor puntuación al valor más cercano a la media y no al valor más bajo, amén de que se definió, también, la exigencia de que la oferta del respectivo ítem se encontrara dentro de un rango establecido en relación con la media, para lograr la asignación de puntaje⁷².

Por otra parte, se tiene en cuenta que el presupuesto oficial fue un dato conocido por los interesados antes de presentar las propuestas, el cual por disposición del pliego de condiciones fue incluido dentro de la formulación de la media geométrica, por lo que, en consecuencia, hizo parte de los valores para establecer el referente de comparación de las propuestas, asunto que lleva a identificar la intención, revelada en la fórmula matemática, de buscar la aglutinación de las propuestas dentro de un rango de precio total de obra inferior al presupuesto oficial, -al menos en un peso⁷³-, pero cercano a la media geométrica obtenida con los datos de las propuestas incluyendo el referido presupuesto oficial.

Se confirma lo anterior con el tenor literal de la siguiente disposición del pliego:

A la propuesta que sea igual al 90% de la media geométrica o al menor valor más cercano por debajo de la misma, se le asignará el máximo puntaje (...)

⁷² La fórmula seleccionada otorgaba puntaje a las propuestas sobre el 90% del valor de la media geométrica.

⁷³ De acuerdo con el pliego de condiciones, la propuesta por valor igual al presupuesto oficial se calificaba con cero puntos, lo cual se aprecia como un método para evitar que los proponentes se adhieran o repitan el valor del presupuesto con el fin de asegurar el máximo puntaje. En efecto, si todos los proponentes ofertaban por el valor del presupuesto la media geométrica de tres números iguales, era el valor del mismo presupuesto. También se debe observar la lógica de la fórmula teniendo en cuenta que si uno de los proponentes replicaba el dato del presupuesto oficial, quedarían en la aplicación de la fórmula dos datos de igual valor, respecto de los cuales al calcular la raíz cúbica de su producto (media geométrica de tres datos) *dentro del rango establecido* en tratándose de tres datos, la cifra igual al presupuesto oficial aseguraba el mejor puntaje. Estas observaciones se realizan con el propósito de evidenciar razones lógicas para disponer la asignación del puntaje de cero puntos a la propuesta que se presentara por valor igual al 100% del presupuesto oficial..



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Así las cosas, con base en el tenor literal del pliego de condiciones y en la intención que se infiere de la fórmula matemática empleada se erradican los siguientes paradigmas en el análisis de la causa *sub-lite*: **i)** según afirmó el demandante, el puntaje mínimo era un *requisito habilitante* (o de admisión), medida en la cual no estaría basado en factores de escogencia y su aplicación habría sido violatoria del principio de selección objetiva. Se ha demostrado en este caso que el puntaje se refirió a un requisito basado en la ponderación matemática de los criterios de evaluación y desde esa óptica se advierte que era uno de los elementos de selección objetiva, lo cual lleva a entender que la declaratoria de desierta no se impuso con fundamento en un requisito habilitante⁷⁴; **ii)** de acuerdo con lo afirmado por el demandante, el puntaje mínimo habría configurado un *requisito subjetivo* fijado por la entidad contratante con el fin de evadir la adjudicación. Se probó que en el procedimiento de contratación del caso *sub lite* la regla del puntaje mínimo se encontró definida con base en los criterios objetivos de adjudicación (técnicos y económicos), expuestos matemáticamente en una formulación que daba lugar a combinar los puntajes otorgados a los aspectos técnicos y económicos de la oferta sin que se hubiera establecido intervención alguna de criterios subjetivos, **iii)** de la lectura parcial del pliego de condiciones se podría pensar que la disposición de puntaje mínimo equivalía al precio más bajo, supuesto que se destruyó en el análisis de la media geométrica, puesto que de acuerdo con los elementos de juicio que arrojaron en este proceso el pliego de condiciones y el acto de declaratoria de desierta se concluye que la formulación se apoyó en el factor del precio contenido en las propuestas en forma no

⁷⁴ Se hace notar que la legislación entonces vigente y el pliego de condiciones no definieron ni utilizaron el concepto de *propuesta habilitada o proponente hábil*, acotado a los criterios que no otorgan puntaje; en ese escenario debe entenderse la parte resolutive de la resolución No. 5011-A que dispuso declarar desierta la licitación “*por no haber proponentes hábiles*”, lo cual no puede llamar a error en la razón que motivó la decisión, puesto que necesariamente se debe interpretar esa frase de acuerdo con el contenido de la parte motiva de la resolución, en la cual se especificó que la resolución se fundamentó en aplicación de la cláusula de declaratoria de desierta (4.2.4.), con base en el puntaje no alcanzado, de lo cual se concluye que la decisión no se fundó en un evento de aquellos que bajo la legislación posterior a la Ley 1150 de 2007 podría denominarse de *inhabilidad* de los proponentes.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

exclusiva, se ponderaron los puntajes asignados a los aspectos técnicos y a los económicos, de manera que en este caso el pliego de condiciones no propició la adjudicación –o la declaratoria de desierta- por razón del solo factor de precio, ni tampoco constituyó como ganador al mejor puntaje cualquiera que fuere el precio ofrecido. Se repite nuevamente que la formulación se soportó en una medida de tendencia central, que relacionó las cifras entre sí, por lo que no se determinó como adjudicatario al proponente que presentara el menor de los valores, amén de que se aplicaron fórmulas de determinación del límite inferior y superior (rango) en relación con la media geométrica para acceder a la asignación de puntaje.

Para concluir la interpretación en este aspecto, se reitera la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual la regla del precio más bajo difiere del concepto de la propuesta más favorable a la entidad, según lo ha observado en diversas oportunidades esta Corporación. En efecto ha dicho la Sección:

“12.1. Además, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha establecido reiteradamente que una oferta con precio bajo no significa que sea la mejor opción para la entidad estatal⁷⁵ y ha afirmado que el precio más bajo podría llevar a que prevalecieran ofertas artificiales que luego generarían mayores perjuicios que beneficios a la entidad estatal contratante, frente a la eventualidad de contratos adicionales que habrían de celebrarse para ajustar precios o de incumplimientos del contratista que pudieran ser atribuidos a los bajos precios⁷⁶.”⁷⁷

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de abril de 1993, expediente. 7.438, Consejero Ponente. Carlos Betancur Jaramillo; y sentencia de 19 de junio de 1996, expediente No. 9.868, Consejero Ponente. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, expedientes Nos. 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 6 de abril de 2011, radicación



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

9.1.2.2. El sentido útil de la disposición.

➤ **ARTICULO 1620 C.C. PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS.** *El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*⁷⁸.

En relación con la norma de interpretación contenida en el artículo 1620 del Código Civil, la Sala pone de presente que la finalidad del pliego de condiciones es la de fijar las reglas para llevar a cabo la contratación, de donde se establece que el acto de declaratoria de desierta es de carácter excepcional, puesto que ciertamente el efecto que se debe buscar en el procedimiento de contratación es la adjudicación para llevar adelante el contrato. De allí que la jurisprudencia ya comentada en esta providencia haya establecido el carácter reglado y exceptivo de las causales de declaratoria de desierta en la licitación pública⁷⁹, lo cual implica que deben estar expresamente previstas.

Igualmente, por virtud de la ley de contratación se ha observado que solo procede estructurar la declaratoria de desierta de la licitación pública en relación con los criterios de escogencia, cuando las propuestas no logren el puntaje o los requisitos establecidos con fundamento en los criterios objetivos de selección.

Sin embargo, no debe olvidarse que la declaratoria de desierta aunque sea excepcional, también constituye una regla del pliego de condiciones que se

66001233100019970400001, expediente 16.385, actor: Jesús Hernández, demandado: Departamento de Risaralda, acción: nulidad y restablecimiento del derecho

⁷⁸ Esta regla corresponde a la que ha expuesto el Consejo de Estado bajo el concepto del *criterio útil* de la norma.

⁷⁹ Amén de que también ha advertido que la Constitución Política establece que los funcionarios públicos únicamente pueden desplegar su actividad dentro del principio reglado de sus funciones.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

impone como obligatoria cuando haya sido establecida con arreglo a los criterios de ley.

En el caso del pliego de condiciones que ocupa la atención de la Sala, la cláusula contenida en el numeral 4.2.4. estableció que la declaratoria de desierta de la licitación tendría lugar: *i) “cuando a juicio de la SED se presenten motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista, en los términos previstos en la Ley 80 de 1993”, o ii) “cuando el puntaje máximo obtenido por el proponente ganador sea inferior al 70% del puntaje máximo a ser asignado” o iii) cuando no se presente ningún proponente.”*

Se observa que en los puntos i) y iii) se repitió el texto legal genéricamente establecido en la ley 80, al paso que en el punto ii) se expresó un regla específica de este pliego de condiciones, en forma matemática, con fundamento en factores que tenían puntaje, ponderado de igual manera, medida en la cual, de acuerdo con la regla de interpretación que se comenta, la cláusula debía aplicarse en el sentido que dispuso el pliego de condiciones de preferencia a otro criterio o concepto apartado del contenido del pliego.

La interpretación contraria, desconocería la regla de adjudicación puesto que llevaría a que cualquiera que fuera el mayor puntaje, sería admisible e idóneo para obtener la adjudicación del contrato, lo que dejaría sin efecto la causal de declaratoria de desierta para el evento en que ninguna propuesta alcanzara el 70% del puntaje total, abriendo paso por razón de su desconocimiento a la adjudicación al menor precio, aun al precio irrisorio, efecto que a todas luces es contrario al buscado por la licitación pública al erigir como causa para declaratoria de desierta la ausencia de un puntaje mínimo sobre el máximo posible asignado a la totalidad de los criterios puntuables. En efecto, la vía de adjudicación al mayor puntaje sin considerar la ponderación del valor mínimo expresado en el pliego de condiciones conduciría a adjudicar el contrato al



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

menor precio, en violación del principio de la selección objetiva que destierra la adjudicación realizada con base en uno sólo de los criterios de escogencia (artículo 29 Ley 80 de 1993) y eventualmente pondría en riesgo la ejecución efectiva del contrato por razón de la adjudicación a una propuesta de costos tan bajos que podría ser imposible de ejecutar.

Desde esa perspectiva, el efecto del puntaje mínimo era impedir la adjudicación en aquellos casos en que ninguna propuesta lograra situar el puntaje (técnico y económico) en el rango medio dispuesto en relación con la media geométrica, que –bueno es repetirlo- estaba construida incluyendo el presupuesto oficial y las propuestas de los proponentes, por manera que matemáticamente marcaban un rango medio del mercado así establecido⁸⁰.

9.1.2.3. Interpretación sistemática del pliego de condiciones.

“ARTICULO 1622 C.C. INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRÁCTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

La interpretación sistemática del punto 4.2.4. del pliego de condiciones dentro del contenido íntegro del mismo, impone su aplicación en el sentido que convenga para hacer viable la igual observancia de todas las disposiciones del pliego, -no sólo de algunas de ellas-. En este caso particular, la Sala observa

⁸⁰ De acuerdo con la fórmula que resultó seleccionada en el sorteo.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

que se debe preferir la interpretación en la cual tienen cabida todas las reglas de evaluación y adjudicación del capítulo 4, esto es los diversos puntajes establecidos en el pliego de condiciones, de preferencia a aquella acepción en que se apliquen únicamente cláusulas referidas a la evaluación ignorando las de adjudicación.

En este orden de ideas la Sala considera razonable la formulación matemática establecida por el pliego de condiciones del *sub lite*, puesto que en lugar de fijar criterios alternos o excluyentes de evaluación y adjudicación, los planteó como complementarios, en un orden lógico dentro del capítulo 4, para efectos de su aplicación práctica, primero los de evaluación (4.1) y luego los criterios de adjudicación (4.2.), lo cual no presenta ninguna dificultad para su entendimiento.

Esta interpretación se apoya en que los criterios del pliego de condiciones no eran excluyentes, tenían un peso específico ponderado por la regla que se desprendió de la formulación matemática ya comentada, ante lo cual la hermenéutica del pliego debe ser la de respetar todas las cláusulas del mismo en la medida en que no se demuestre una causa de inaplicación legalmente establecida.

Igualmente, con base en la interpretación sistemática del pliego de condiciones debe puntualizarse que el puntaje mínimo podía construirse de diversas maneras: con fundamento en los costos directos, en los costos de algunos de los capítulos (cimentación, estructura, mampostería, pisos, cubierta o impermeabilizaciones), por la vía del valor del AIU definido por cada proponente en su oferta (administración, imprevistos y utilidades), o finalmente, se podía lograr el puntaje mínimo mediante la combinación de algunos o todos los componentes anteriores. Esta consideración permite observar que en pliego de condiciones *sub lite* tuvo lugar la libertad configurativa en los puntajes, considerando en ello todos los factores de selección objetiva allí definidos. A su



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

vez, se advierte que quedó a la libertad de estructuración del proponente la determinación de los ítems en que resolviera ofrecer menores precios o utilidad, con base en su propia estructura de costos, es decir que el pliego no impuso costos ni porcentajes de utilidad inamovibles.

Lo anterior se corrobora analizando las posturas de los dos oferentes de acuerdo con el Anexo No. 7 de la evaluación económica, que sirven como herramienta útil para revelar la aplicación práctica que los proponentes y la Administración dieron a las reglas del pliego de condiciones y el entendimiento que tuvieron del mismo, toda vez que se encuentra probado que presentaron ofertas por debajo del presupuesto oficial, con diferentes porcentajes de AIU, siendo que CONSORCIO ACU presentó una propuesta con 17% de AIU y CONSORCIO OBRAS SED, presentó una propuesta con 19,72% de AIU, de donde se infiere que para todas las partes fue claro que el porcentaje de AIU previsto en el presupuesto oficial (20%) no era fijo y que la competencia entre las propuestas se podía establecer con base en los costos directos y en el valor del AIU ofertado.

Por todo lo antedicho es posible concluir que la disposición del punto 4.2.4. era una ley del procedimiento de contratación que se encontraba congruente con las otras cláusulas del pliego de condiciones y como tal tenía vocación de ser aplicada en forma sistemática o integrada dentro del contexto de los requerimientos establecidos para la adjudicación del contrato y. por lo tanto, debía ser aplicada y en su caso, daba lugar a la declaratoria de desierta de la licitación.

9.1.2.3. Interpretación a favor de los proponentes.

➤ **“ARTICULO 1624 C.C. INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR.**
No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

Se conoce bien que las ambigüedades del pliego de condiciones se interpretan a favor de los proponentes, debido a que sobre la entidad contratante recae el deber de elaboración bajo reglas justas, claras y completas. No obstante esta regla de hermenéutica es subsidiaria toda vez que no tiene lugar frente a las reglas claras, siendo entonces de carga del demandante que ataca una disposición incongruente demostrar las ambigüedades del pliego de condiciones, especialmente cuando no las advirtió en el período de aclaración de los pliegos y no saltan de la lectura de los mismos a la vista del juzgador.

Ni por asomo se debe confundir la ambigüedad de una regla de adjudicación con la baja probabilidad de predecir el resultado, ni con la inconformidad del demandante respecto de la misma, menos aún en el escenario de la utilización de un fórmula matemática cuyo entendimiento no se prestó a discusión en la etapa de solicitud de aclaraciones y tampoco en el presente proceso judicial, pues el puntaje obtenido y su insuficiencia numérica no fueron rebatidos por razón de la oscuridad o ambigüedad de la disposición que reguló la declaratoria de desierta.

Esta es la razón por la cual la Sala respetará la aplicación de la regla de adjudicación sin entrar a establecer razones de conveniencia o bondad de la fórmula adoptada, distintas de las ponderadas de conformidad con la formulación matemática del pliego, siendo en este caso insustituible la cláusula de la declaratoria de desierta que se encontró basada en criterios objetivos, expuesta con claridad, dentro del marco de la facultad discrecional de la Administración.

Tampoco se puede fundar el derecho a una indemnización para el proponente –ahora demandante- con base en la prevalencia de una sola de las reglas del



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

evaluación y adjudicación, so pretexto de dar preponderancia al fin general de la adjudicación del contrato, pues equivaldría a desconocer o a remplazar una disposición del pliego de condiciones –ley para las partes- sin fundamento legal para ello.

9.2. Análisis del dictamen.

La Sala observa que el dictamen pericial solicitado por el demandante se constituyó en una prueba de la mayor importancia para soportar sus argumentos, teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia, apelada por la entidad demandada, se consideró que *“de acuerdo con los razonamientos del dictamen pericial, la probabilidad de alcanzar la puntuación del 70% del puntaje máximo a asignar era mínima”*.

Ciertamente el dictamen resulta la prueba central para verificar si por virtud de las reglas de adjudicación contenidas en el pliego de condiciones se configuró la violación de los principios de la contratación consagrados en los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, en un aspecto que aún no se ha estudiado en este proveído, cual es el de la presencia de la cláusula eventualmente ineficaz, que se demostraría, en este litigio, con la prueba de que el requisito del puntaje mínimo era de *imposible cumplimiento*⁸¹.

Se observa que en el tópico de la formulación de una regla de adjudicación de cumplimiento imposible se pueden identificar dos eventos: **i)** la imposibilidad fáctica, en este caso matemática, de poder presentar una propuesta ganadora de acuerdo con la formulación del pliego de condiciones y **ii)** también se ubica

⁸¹ Ley 80 de 1993, artículo. 24, numeral 5, letra d): *“No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.” (...)* Serán **ineficaces de pleno derecho** las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados” (la negrilla no es del texto).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

en este supuesto, el evento en el cual el diseño del pliego de condiciones establezca una regla posible desde el punto de vista numérico, pero su aplicación haga nugatorio el derecho a la utilidad por parte del contratista, en violación del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Se recuerda que en el caso *sub –lite* el dictamen surgió como prueba solicitada por el demandante frente a las excepciones presentadas por la entidad demandada, cuyo planteamiento se hizo nuevamente presente en la sustentación de la apelación impetrada por esta última, en cuanto que a juicio de la Secretaría de Educación, la sentencia de primera instancia habría desconocido que la entidad cumplió con la transparencia del procedimiento, definió reglas objetivas y *no estableció condiciones ni exigencias de imposible cumplimiento*.

Resulta, entonces, imprescindible abocar el análisis del dictamen en forma integral, no solo atendiendo los conceptos extractados por el demandante y reiterados por el Tribunal *a quo*, toda vez que es de especial interés evaluar la pericia, como debe ser, partiendo del alcance de la prueba, la pregunta planteada en el proceso y resuelta por el perito y, por supuesto, las fuentes y el método utilizado para soportar su conclusión.

En consecuencia, la Sala procede a detenerse en el contenido del dictamen para apreciar las conclusiones del mismo.

El demandante solicitó un perito experto en contratación estatal⁸² para evaluar

⁸² No se solicitó una profesión o experiencia específica, el Tribunal *a quo* designó un ingeniero civil, respecto de lo cual no existió reparo alguno. Se recuerda que en el Código de Procedimiento Civil, aplicable en este proceso, no se exigía acreditar dentro del dictamen la experiencia del perito, el cual era designado de las listas de auxiliares, a diferencia de la norma de la Ley 1437 de 2001 que, siguiendo las voces del artículo 116 de la ley 1395 de 2010, abrió paso a la posibilidad del dictamen aportado por la parte, en el cual se exige al perito hacer explícita su experiencia específica, entre otros factores:



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

y diagnosticar tanto el procedimiento como las fórmulas incorporadas por la entidad demandada en la licitación pública LP-SED-SPF- 015 2004, respecto de lo cual manifestó:

“Por consiguiente el perito designado debe aclararle al despacho:

A) Que las fórmulas incorporadas dentro del proceso licitatorio para calificar a los proponentes, no podían aplicarse.

B) Que dentro del proceso de licitación directa, luego de la declaratoria de desierto de la licitación antes mencionada, la administración cambió las reglas de juego dentro de la Licitación No. PMC-SPF-2004, contratación directa que adjudicó el proceso licitatorio No. SED-SPF-015-2004 declarado antes desierto, lo cual es prohibido por la Ley 80 de 1993, art. 24.”⁸³

Así las cosas, se advierte que el alcance del dictamen se refirió a la formulación matemática para calificar los proponentes y a su aplicación.

El perito respondió las preguntas en la siguiente forma:

“Artículo 219. Presentación de dictámenes por las partes. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos.

*Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incursos en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, **que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación**, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito.”*

⁸³ Folio 46, cuaderno 4.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

*“Concretando la respuesta a la primera parte de la pregunta del apoderado del demandante en el sentido de que **si con las fórmulas establecidas y los valores propuestos por los oferentes era posible alcanzar el puntaje mínimo para poder adjudicar**, encontramos que el puntaje mínimo que deberían obtener los proponentes en la evaluación económica para adjudicar la licitación era de 400 puntos o sea un 57,14 del máximo posible de 700 puntos, siempre y cuando lograsen el puntaje máximo (300) puntos en experiencia, maquinaria y equipo, presupuesto y plan de calidad.*

El resultado del puntaje total de la evaluación económica para los 2 proponentes, según puede verse en los Anexos 3, 4 y 5 es el siguiente:

Consortio ACU= 287,57
Consortio Obras SED 2004= 362,36

Se concluye que aplicando las fórmulas y con los valores propuestos por los licitantes no era posible lograr el puntaje mínimo en la evaluación económica de 400 puntos. (La negrilla y subraya no son del texto)

La conclusión anterior se refiere a un hecho cierto y aceptado en el proceso: ninguna de las propuestas alcanzó 400 puntos en la evaluación económica, sin los cuales era imposible llegar a los 700 puntos establecidos por la regla del puntaje mínimo. Es claro que de los 600 puntos asignados a la propuesta económica era menester completar por lo menos 400 para lograr el mínimo exigido que, aunado a los 300 puntos asignados a la propuesta técnica, diera lugar a los 700 puntos mínimos.

Siendo cierto que ningún proponente alcanzó el puntaje mínimo requerido, la pregunta que se sigue de lo anterior, es si habría sido factible, con base en otros valores de propuesta, llegar a dicho puntaje. El perito expuso su concepto de la siguiente manera:

“Es de interés saber para complementar la respuesta cuál es el valor que debería tener la propuesta del Consortio Obras



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

SED-2004 para lograr el puntaje correspondiente a Costo Directo que permitiera el mínimo de 400 puntos del Capítulo de Evaluación Económica, que a su vez permitiera alcanzar 700 puntos necesarios para [la] adjudicación, siempre y cuando lograra la totalidad de los puntos en experiencia y maquinaria se puede seguir el procedimiento siguiente basado en las ecuaciones (fórmula 3, Anexo # 2) empleadas como un sistema simultáneo:

Puntos logrados en la Evaluación Económica: 362,36

Puntos faltantes para el mínimo: $400 - 362,36 = 37,64$

Puntos necesarios en Costo Directo: $93,43 + 37,64 = 131,67$

Aplicando las ecuaciones fundamentadas en la fórmula 3 de los pliegos se tiene:

$131,07 = 300 (Mg - Vp) / 0,10$ Mg de donde $Vp = 0,956Mg$

Y $Mg = (1.098'856.142 \times 1.043'675.423 \times 0,956 Mg)^{1/3}$, de donde

$Mg = 1.047'085.097$ y $Vp = 0,96 \times 1.047'085.097 = 1.001'013.353$

La Sala observa que el perito optó por el método de despejar la fórmula establecida para el puntaje en el ítem de costo directo, lo cual se entiende fácilmente como un sistema de comprobación para establecer la postura correcta en el valor del costo directo, en orden a obtener el puntaje requerido.

Se puntualiza que en la fórmula anterior el perito despejó únicamente una de las variables objeto de puntaje, cual era el costo directo, a la cual se le asignaron 300 puntos en el pliego de condiciones sobre el total de 700 puntos de la propuesta económica. Los otros 400 puntos estaban asignados al costo directo por capítulos representativos (250) y al valor del AIU (150), respecto de los cuales no se desarrolló la formulación en el dictamen.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Ahora bien, de acuerdo con el desarrollo de la fórmula para determinar el valor del costo directo que se acaba de transcribir, según el dictamen, la propuesta del demandante habría obtenido los puntos faltantes para evitar la declaratoria desierta si su oferta en costos directos hubiera sido presentada por la suma de \$1.001'013.353.

La Sala tiene en cuenta que la propuesta de costos directos del demandante efectivamente presentada por el CONSORCIO OBRAS SED 2004, según el mismo dictamen fue la suma de \$1.021'274.691, de lo cual se colige que una de las posibilidades para obtener la adjudicación, se identificó en aquella propuesta en que el costo directo se situara en \$1.001'013.353, suma inferior en \$20'261.338 a la que ofertó el demandante.

Con base en este resultado arrojado por el dictamen se concluye que la propuesta ganadora no era de cumplimiento imposible desde el punto de vista matemático.

Ahora bien, basándose en el resultado del costo directo que habría debido proponer el demandante para obtener el puntaje ganador, el perito pasó a establecer un nuevo AIU mediante el método de aplicar el mismo porcentaje contenido en la propuesta presentada por el respectivo proponente – ahora demandante- es decir recalculó el 19.72% del costo directo, con base en el cual estableció el nuevo valor total que se requería en la propuesta ganadora, así:

“El valor total de la oferta aplicando 19.72% de AIU establecido en la oferta sería:

1,1972 x 1'001.013.353 = 1.198'413.186”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Una vez establecido el valor total de la propuesta que habría sido ganadora el perito pasó a presentar su conclusión acerca de la utilidad establecida de acuerdo con el recálculo del AIU, en la siguiente forma:

“Ahora bien, la utilidad (U) prevista por el demandante en su propuesta fue del 5% del costo directo $\times 1.021'274.691 = \$51.063'735$ y por otra parte, la diferencia entre el valor total propuesto y el valor para el puntaje mínimo es: $1.222'670.000^{84} - 1.198'413.186 = \$24.256.874$.

*Entonces, la **utilidad del contratista para lograr puntaje mínimo en el costo directo se vería reducida a $51'063.735 - 24'256.874 = \$24'806.861$** que es el 2.62% del costo directo y no del 5% previsto y que dicha utilidad se vería reducida en un 48% En la práctica significaría trabajar por la mitad de la utilidad aspirada por el demandante.” (La negrilla no es del texto).*

Resulta de la mayor importancia advertir que la anterior formulación, utilizada en esta parte del dictamen para establecer la utilidad, se apartó de las reglas del pliego de condiciones, toda vez que de conformidad con el formulario No. 2 del pliego de condiciones relacionado con la propuesta de AIU⁸⁵, la utilidad debía calcularse en relación con la suma de costos directos y no con base en el valor total de la propuesta. Además, no se encuentra soporte en el dictamen para establecer la utilidad con base en la diferencia entre los valores totales de la propuesta ganadora y la efectivamente presentada.

Por lo anterior, los conceptos del perito en relación con la utilidad se aprecian como improcedentes en la medida en que realizó el cálculo por un método

⁸⁴ Al parecer se incurrió en un error en el valor citado, toda vez que esta suma NO corresponde al valor de un puntaje mínimo, coincide con la cifra de valor total de la propuesta presentada en la oferta del demandante dentro del procedimiento de licitación.

⁸⁵ Formulario detalle de la discriminación del AIU diligenciado por el demandante, obrante al folio 84, cuaderno 2, en el cual se lee: “C. UTILIDAD: DILIGENCIAR PORCENTAJE SOBRE COSTOS DIRECTOS.”



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

distinto del que se imponía por las reglas del pliego de condiciones. Por lo tanto, se desechan para el análisis del caso en cuestión.

De acuerdo con la regla del pliego de condiciones, bajo el supuesto de una utilidad equivalente al 5% del costo directo, la propuesta ganadora habría arrojado una utilidad de \$50'050.667,65, que se debía establecer así: $\$1.001'013.353 \times 5 / 100 = \$50'050.667, 65$.

Salta a la vista que el valor de la utilidad planteada con base en 5% del costo directo requerido para obtener el puntaje mínimo es inferior a la propuesta por el demandante *solamente en la suma de \$1'013.067,35* (\$51'063.735 - \$50'050.677,65), **valor que representa un porcentaje del 1,98% , diferente del 48% de la utilidad que asumió el dictamen aplicando una regla distinta a la del pliego de condiciones.**

En consecuencia, de acuerdo con el pliego de condiciones no resulta cierto que para obtener la propuesta ganadora el demandante tuviera que reducir la utilidad proyectada en un 48%, sino únicamente en un 1.98% ($1'013.067,35 \times 100 / 51'053.735$). A todas luces se observa que la discrepancia estriba en que la formulación utilizada en el dictamen se desarrolló en esta parte con base en la diferencia de *valores totales de la propuesta*, cuando siguiendo las disposiciones del pliego de condiciones la utilidad se debía calcular como un porcentaje del *costo directo*.

Por otra parte, la Sala advierte que no era necesario introducir el ítem de 19.72% para calcular el valor de la propuesta ganadora, toda vez que dicho porcentaje era un dato variable sin asignación de puntaje, En efecto la puntuación asignada al AIU de acuerdo con el pliego de condiciones (150 puntos) se estableció mediante la comparación de los *valores propuestos en términos de pesos moneda corriente*, no en relación con los porcentajes.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Así las cosas, sin afectar el cálculo de los 300 puntos obtenidos por razón del costo directo, otra alternativa para formular la propuesta ganadora además de la de reducir la utilidad en 1.98%, consistió en dejar fija la utilidad en pesos establecida en la oferta del demandante y recalcular el porcentaje de la utilidad en relación con los costos directos, así: $51'063.735 \times 100 / 1.001'013.353 = 5.10\%$). En efecto no se oponía a las reglas del pliego de condiciones, proponer un 5.10% de utilidades en relación con los costos directos, toda vez que el monto de la propuesta así realizada no superaba el valor del presupuesto oficial.

En este orden de ideas, la propuesta del demandante no requería reducir la utilidad estimada en pesos para constituirse en la adjudicataria.

En efecto, la oferta teóricamente ganadora de los 400 puntos mínimos requeridos en el aspecto económico (aunados a los 300 asignados a los criterios técnicos), también podría haber sido la siguiente, sin afectar el valor en pesos de la utilidad proyectada por el proponente, así:

- **Costos Directos \$1.001'013.353**, cifra que le habría dado lugar a los 131,67 puntos requeridos en relación con la media geométrica de los costos, según el dictamen.
- **Costos Indirectos: \$203'567.955,85**, cifra igual a la que se hizo constar en el formulario de detalle de la propuesta del demandante, sobre la cual obtuvo 116,76 puntos⁸⁶.

⁸⁶ Este valor significaría un AIU de 20.33% de los costos directos ($\$203'567.955,85 \times 100 / \$1.001'013.353$) en lugar del 19.72% proyectado en la propuesta del demandante, manteniendo la misma utilidad en pesos, supuesto en el cual obtendría un porcentaje de utilidad de 5.10% de los costos directos, posible dentro del marco del pliego, toda vez que se encontraría dentro del valor de utilidades fijado en el presupuesto oficial ($\$54'942.807$).



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

- **Valor total de la obra propuesta: \$1.204'581.308,85** (Cifra que equivale a la suma de costos directos e indirectos, la cual se sitúa igualmente por debajo del presupuesto oficial, cumpliendo con las reglas del pliego de condiciones.)

En consecuencia, con fundamento en el costo directo requerido según el dictamen y la aplicación de las reglas del pliego en materia de utilidad, el CONSORCIO OBRAS SED 2004 obtendría el puntaje mínimo requerido para la adjudicación, en dos escenarios: **i)** reduciendo la utilidad proyectada en un 1.98% **o, ii)** sin modificar la utilidad. Lo anterior resulta posible puesto que el puntaje por razón del AIU era independiente de los costos directos.

En efecto, con base en la reducción del costo directo, sin afectar el monto de la utilidad, la propuesta del demandante obtendría idéntico puntaje en el ítem de AIU alcanzando el mínimo puntaje requerido en el factor económico, así

	CONSORCIO ACU	CONSORCIO OBRAS SED 2004
Costo Directo (300 puntos)	29,68	131,67
Costo por Capítulos Representativos (250 puntos)	137,32	152,17
Costos Indirectos AIU (150 puntos)	120,57	116,76
Total puntaje total económico (600 puntos)	287,57	400,60

En todo caso, en relación con el supuesto de reducción de la utilidad que según el perito no sería aceptable para el demandante, debe advertirse que la disminución de la utilidad no constituyó un imperativo de la fórmula ganadora, además de que este proceso carece de prueba para concluir que una utilidad del 2.62% de los costos directos equivalía a prescindir de la utilidad o a llevarla



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

a valores nugatorios o inocuos para el demandante, menos aun para un proponente que hubiera operado en términos de mercado, toda vez que el dictamen requerido por el demandante no incluyó un análisis de costos.

Así las cosas, aunque se considere razonable una utilidad del 5% de los costos teniendo en cuenta que el presupuesto oficial se proyectó con dicho porcentaje, es infundado concluir, con los elementos de juicio obrantes en este proceso, la inocuidad de una utilidad de 2.62%.

Sin lugar a dudas el análisis de comparación de los porcentajes de utilidad (5% frente a 2.62%) incumplió el propósito probatorio perseguido por el demandante para concluir acerca de razonabilidad de la respectiva utilidad, primero, por cuanto el cálculo de la utilidad era comparable solamente con bases homologables sobre el valor del costo directo y segundo, porque la cifra porcentual por si sola nada dice acerca de la razonabilidad de la propuesta ganadora en relación con las utilidades.

La Sala observa que el porcentaje de la utilidad del contrato no puede ser calificado por el Juez como insuficiente sin soporte técnico, por la vía de una argumentación abstracta (2.62% es un 48% del 5%). Sin duda correspondía al demandante la carga probatoria de un aspecto financiero adicional para soportar una conclusión acerca de la utilidad que habría resultado violatoria del artículo 3 de la Ley 80, cuya determinación habría sido posible por diversos medios, la contabilidad de costos del proponente como uno de los referentes más obvios, por manera que la carga de la prueba para demostrar una utilidad absurda o insuficiente fue insatisfecha y en manera alguna puede ser sustituida por una apreciación meramente argumentativa sobre la base de comparación de porcentajes.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

Finalmente, se observa que el perito estableció las siguientes conclusiones:

“Este resultado, si se tiene en cuenta que las propuestas fueron correctas desde el punto de vista jurídico, financiero y técnico, y que además sus valores fueron favorables para la entidad y estaban dentro del rango aceptable respecto de la media, el resultado de eliminación de los proponentes desdice de la bondad de la fórmula empleada.”(La subraya no es del texto).

La Sala anota que la conclusión acerca de la “favorabilidad” de los valores propuestos para la evaluación no fue materia de controversia en este proceso, pues lo que se discutió no fue la bondad de la regla de evaluación fijada en el punto 4.1.8. del pliego de condiciones contentiva del sistema de evaluación a la cual hace referencia el perito, sino la disposición acerca del puntaje mínimo de adjudicación igualmente fijada en el pliego (punto 4.2.4.).

Por lo tanto, la Sala considera que la conclusión del perito según la cual “*el resultado de eliminación (...) desdice de la bondad de la fórmula*” establecida en el pliego, se sustentó en que los criterios de *evaluación* eran adecuados, pero nada desvirtuó frente a la regla de los criterios de *adjudicación* que en este caso particular se habían establecido en el referido capítulo 4 mediante el puntaje mínimo determinado como regla para la declaratoria de desierta.

Se recuerda que en el desarrollo de la formulación se demostró que había una propuesta matemáticamente viable para alcanzar el puntaje mínimo requerido y que desde el punto de vista financiero no se desvirtuó su razonabilidad, teniendo en cuenta que en el marco del pliego de condiciones no era imperativo para efectos de situar el puntaje por fuera de la causal de declaratoria de desierta, disminuir el valor de la utilidad con respecto a la proyectada por el demandante..

En conclusión, la lectura completa del dictamen lleva a establecer que esta prueba resulta insuficiente para llevar al juzgador a considerar como ineficaz la regla de adjudicación contenida en el punto 4.2.4. del pliego de condiciones y



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

por lo tanto, con base en el análisis antes expuesto, la Sala se atenderá a la aplicación de esa disposición, razón por la cual dejará en firme la decisión contenida en la resolución No. 5011 de 2004 y se apartará de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, con el fin de agotar el análisis de todos los aspectos expuestos en el dictamen la Sala se refiere a la siguiente observación del perito:

“Es por lo menos curioso que al aplicar la regla incluida en la tercera fórmula que dice que las propuestas que sean iguales o superiores al 100% de la medida geométrica se les asignarían puntaje de cero, el presupuesto oficial quedaría descalificado cosa que no parece lógica.”

Se reitera que la regla referida resulta lógica, pues se entiende extendida en el contexto de una formulación que pretendió que los oferentes compitieran en costos a la baja – al menos un peso por debajo del presupuesto oficial- perspectiva desde la cual la disposición referida evitaba que los proponentes se limitaran a replicar en su propuesta el valor del presupuesto oficial.

Por todo lo anterior, con fundamento en la valoración del dictamen antes transcrito se concluye que **i)** con base en los valores propuestos, ninguno de los proponentes cumplió el puntaje mínimo establecido con la fórmula de escogencia indicada en el pliego de condiciones de la licitación pública LP SED SPF 015 de 2004, lo cual significa que procedía la declaratoria de desierta y, **ii)** siguiendo el método de despejar simultáneamente las fórmula de evaluación y de puntaje mínimo derivadas del pliego de condiciones, se observó que para alcanzar el valor requerido existió una postura matemáticamente viable en la que el demandante habría debido situar su oferta, la cual se demostró como posible de cumplir. En relación con el punto ii) se repite que la propuesta ganadora formulada en el dictamen era imperativa en la exigencia de un menor



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

costo directo que resultó factible sin requerir una reducción de las utilidades proyectadas.

Finalmente la Sala observa que el perito no llegó a responder asertivamente en forma negativa la pregunta formulada, es decir **no concluyó con certeza que las fórmulas incorporadas dentro del proceso licitatorio para calificar a los proponentes eran de imposible aplicación, toda vez que el contenido del dictamen si** encontró un valor de la oferta en que las fórmulas habrían podido dar lugar al puntaje requerido y observó que para ello habría sido preciso, para el caso del demandante, ofertar con menor costo directo, lo cual no se demostró como inviable.

La Sala llega a concluir que tuvo lugar la libertad de configuración en el sistema de selección del contratista dentro de los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993 la cual debe respetar, en la medida en que -se repite- el dictamen no aportó bases certeras para establecer la ineficacia de la regla del puntaje mínimo requerido para la selección del contratista, por el contrario, el análisis realizado lleva a la conclusión de la posibilidad de aplicar las disposiciones del pliego, por manera que la regla se aprecia como eficaz de la misma manera que la decisión correspondiente permanece intangible y debe ser respetada.

Por lo tanto, encontrándose demostrada la regla clara, justa, completa y objetiva definida en el pliego de condiciones, la razonabilidad de su aplicación en términos de la libertad de configuración del pliego y de los principios de la contratación estatal, se impone dar paso a los argumentos de la entidad apelante, mantener la presunción de legalidad del acto acusado y revocar la condena impuesta en la sentencia de primera instancia.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

9.3. Ponderación de las reglas del pliego de condiciones.

La Sala se aparta del análisis del pliego de condiciones que realizó el Tribunal *a quo*, habida cuenta que las pruebas en el *sub-lite* son insuficientes para soportar el desconocimiento de la regla del pliego que fue objeto de la controversia.

En efecto, no se probó que la regla de selección contenida en el punto 4.2.4., del pliego de condiciones conllevara la transgresión de norma o principio de la contratación estatal puesto que se formuló en forma previa, clara y completa, con fundamento en un criterio de medición objetivo que se aplicó a los dos proponentes en forma equitativa, transparente y congruente de acuerdo con lo que se estableció en el pliego de condiciones, sin introducir aspectos subjetivos, cambios o modificación de índole alguna en el transcurso del procedimiento respectivo.

Con el fin de profundizar en lo anterior, a continuación se detallan los desacuerdos con las consideraciones de la sentencia de primera instancia:

El análisis del Tribunal *a quo* se apoyó en la lectura del pliego de condiciones, según la cual en el capítulo 4 habría dos reglas de adjudicación *que se podían ponderar en aras de cumplir con la finalidad del procedimiento de contratación*, que eran: **i)** la evaluación económica contenida en el punto 4.1., (titulado Evaluación) y **ii)** el puntaje mínimo, contenido en el punto 4.2 (titulado Selección) del mismo capítulo 4. La Sala comparte que existieron dos reglas aplicables a la evaluación y selección, mas no se acoge al razonamiento de ponderación entre ellas que siguió el Tribunal *a quo*, con el cual terminó por desconocer la segunda regla de selección citada.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

En efecto, es improcedente seguir la interpretación del Tribunal *a quo*, por cuanto el pliego es una ley para las partes, además de que en la sentencia de primera instancia la inaplicación de la regla se soportó en la interpretación de la frase “*podrá declararse desierta*” contenida en el punto 4.2.4, en el sentido de que la administración habría tenido una facultad optativa para ponderar los dos requisitos (puntos 4.1. y 4.2 del pliego) y dejar de exigir el segundo de ellos, referido al porcentaje mínimo establecido para que la propuesta mejor evaluada resultara seleccionada. Esa lectura implicaría instituir un requisito dependiente de la “*voluntad exclusiva de la entidad*” contratante, en violación del principio de transparencia consagrado en el artículo 24, numeral 5, letra e) de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, se encuentra la razón a la entidad apelante –y a la motivación de acto acusado- en que ninguna de las dos reglas del pliego (puntos 4.1.8. y 4.2.4.) podía dejar de aplicarse, precisamente sobre la base del principio de selección objetiva por cuanto en el evento de adjudicar la licitación omitiendo la regla técnica y económica del puntaje mínimo, tendría lugar el apartamiento del pliego de condiciones en relación con un requisito de la selección del contratista, amén de que por esa vía la entidad contratante terminaría lesionado el principio de igualdad de acceso de los proponentes, en relación con terceros que no se habrían presentado a la licitación en consideración a las condiciones que imponía cumplir la referida regla del puntaje mínimo, la cual siguiendo la interpretación del Tribunal *a quo* habría resultado sorpresivamente eliminada en el escenario de la evaluación, pasando por alto los principios de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía, interpretación de las reglas contractuales bajo los mandatos de la buena fe y la equidad, y selección objetiva).

La interpretación del término “*podrá declararse desierta*” utilizado en el punto 4.2.4., del pliego, no puede hacerse en el sentido de dejar a la discrecionalidad de la entidad contratante la adjudicación (adjudicar o no el contrato), sino que debe ser acogida en la acepción que constituyó una **potestad –atribución**



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

imperativa- de la entidad contratante de adjudicar en caso de evidenciar el cumplimiento del puntaje y no adjudicar el contrato en el caso contrario y, en su lugar, declarar desierta la licitación.

Se estima que esta última acepción corresponde al sentido de la interpretación sistemática del pliego de condiciones que se impone al juzgador, toda vez que - se repite- de otra manera se conduciría a la transgresión de los principios de transparencia y de selección objetiva por el desconocimiento de uno de los factores de selección del contratista, claramente identificado en el tantas veces citado, pliego de condiciones.

Se observa que el punto 4.2.4, del capítulo 4 del pliego de condiciones determinó en forma indiscutible que el porcentaje mínimo obtenido por el proponente mejor evaluado debía alcanzar el 70% del *“puntaje máximo a ser asignado”* y, por su parte, ese puntaje total se definió en 1.000 puntos, de acuerdo con el contenido del mismo capítulo 4, de donde fue conocido por todos los interesados desde el inicio del procedimiento de licitación que la propuesta para erigirse en ganadora y beneficiaria de la adjudicación del contrato debía lograr 700 puntos; se adiciona a ello, que la antedicha regla no fue objeto de solicitud de aclaración, como anotó la entidad demandada, al paso que sólo se cuestionó –más bien se pidió dejar de aplicarla- una vez conocido el informe de evaluación de acuerdo con el cual se evidenció que las propuestas eran inferiores en el puntaje requerido, momento en el cual era improcedente modificar regla alguna de selección dentro del respectivo procedimiento de licitación.

El Tribunal *a quo* acudió a afirmar que la adecuación de las reglas del pliego era imperativa y no podía *“achacarse culpa al consorcio demandante por esta adecuación, porque es evidente que la deficiencia de la fórmula también se*



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

*predica por su relación con las otra dos*⁸⁷

En relación con esa consideración se anota lo siguiente. **i)** la supuesta deficiencia de las fórmulas careció de prueba, por el contrario todas las fórmulas objeto del sorteo funcionaban en igual forma, bajo el parámetro de la selección objetiva apoyado en la media geométrica para la asignación de puntaje sobre valores objetivos, los cuales se aplicaron en forma congruente, de manera fiel a lo preestablecido, de acuerdo con la alternativa que resultó sorteada; **ii)** El asunto *sub lite* coloca el caso en cuestión bajo el supuesto de un requisito posible de cumplir, en manera alguna inane o meramente formal, sobre cuya falencia se asumió en primera instancia que no habría culpa del proponente, toda vez que no existió antinomia en la naturaleza del puntaje como factor de calificación para la selección de propuesta ganadora o prueba alguna que infirme la configuración de la regla en forma objetiva.

Se excluye cualquier discusión en relación con la acepción de *habilitación* de las propuestas que se mencionó en la resolución atacada, teniendo en cuenta que se establecía en la legislación entonces vigente la posibilidad de asignar puntaje para requisitos que en la ley posterior vinieron a denominarse como habilitantes, aspecto que ya fue evaluado en este proveído.

Tampoco puede sustentarse la ponderación de los requisitos del pliego de condiciones que realizó el Tribunal *a quo* con apoyo en que la fórmula seleccionada implicó una obligación de imposible cumplimiento⁸⁸, toda vez que

⁸⁷ Se refiere a la existencia de tres fórmulas de asignación de puntaje de las cuales se definió por sorteo la No. 3, de acuerdo con el procedimiento precito en el pliego”.

⁸⁸ De acuerdo con los valores establecidos en el salvamento de voto, la cifra requerida en la propuesta del demandante también se podía alcanzar en el supuesto de haber presentado la disminución de algunos costos de capítulos representativo en relación con los establecidos en el presupuesto oficial, por valor que no superaba la utilidad proyectada, por manera que financieramente era factible estructurar la propuesta ganadora sin que los proponentes se hubiese visto compelidos a proyectar su oferta a pérdida.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

no existen elementos probatorios en el *sub lite* que permitan al Juez llegar a esa certeza, tal como se observó en el análisis del ejercicio matemático expuesto en el dictamen, además de las observaciones realizadas por la Sala en relación con las alternativas de formulación del AIU, que hacían factible una propuesta ganadora con similar utilidad a la proyectada por el demandante.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia se soportó, también, en que el puntaje alcanzado por el demandante no era “*mínimo ni inocuo*” para los fines de la contratación y afirmó “*la baja probabilidad de que los proponentes previeran la deficiencia de la fórmula de evaluación*”, asunto en el cual la Sala disiente, otra vez, teniendo en cuenta que se encontró demostrada la factibilidad desde el punto de vista matemático y financiero, probado que el puntaje asignado a la propuesta económica no alcanzó el mínimo requerido y que ello fue ajeno a una deficiencia de la fórmula. La declaratoria de desierta obedeció a la posición objetiva de las propuestas en relación con la media geométrica, frente a lo cual la decisión de declarar desierto el procedimiento de licitación fue correcta, se soportó en la aplicación de un requisito técnicamente establecido, el cual no puede ser desconocido en sede judicial.

Es improcedente argüir el peso subjetivo del puntaje faltante, puesto que objetivamente la oferta del proponente según estableció el dictamen se presentó por un costo directo superior al requerido sin que exista fundamento para establecer que la cifra en exceso era mínima o inocua, ni tampoco para desestimar el mencionado monto por razón del cálculo de probabilidades que el proponente no pudo realizar⁸⁹.

Ya se ha dicho en esta providencia que constituyó argumento inaceptable desestimar la regla del pliego de condiciones con base en que la *probabilidad* de cumplimiento era *mínima*, toda vez que esa apreciación es incongruente con

⁸⁹ La Sala reitera que las pruebas aportadas en este proceso no soportan la consideración de que “*la probabilidad de alcanzar la puntuación del 70% del puntaje máximo a asignar era mínima*” en la que se apoyó el Tribunal a quo.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

lo que demostró el resultado de la formulación que se despejó en el dictamen, amén de que la cifra en exceso representaba sólo el 0.10% del costo directo, lo que llevaría a utilizar los mismos argumentos para afirmar que la *probabilidad* de reducir los costos en un 0.10% y obtener la adjudicación, era *bastante alta*⁹⁰

Ahora bien, se probó que en la invitación pública para la contratación directa inmediatamente siguiente a la declaratoria de desierta, la entidad contratante disminuyó el valor del puntaje mínimo contenido en el punto 4.2.4, sobre lo cual explicó que tenía premura por contratar la respectiva obra en la misma vigencia, no obstante, a juicio de la Sala ello resulta insuficiente para inferir la exigencia de un requisito imposible o inocuo de cumplir en la licitación que fue objeto de la controversia en el caso *sub-lite*, amén de que el cambio del guarismo de 70% a 50% solo acreditó una diferencia en la asignación de puntaje entre uno y otro procedimiento, dando cabida en el segundo de ellos a posiciones más alejadas de la *nueva* media geométrica distinta de la establecida en el asunto *sub lite* y determinada en un procedimiento subsiguiente, el cual por razones obvias no se conoció en este proceso. En lo que importa para este caso, la mencionada prueba no equivale a demostración de la falta de claridad de la regla de adjudicación, ni de la fórmula para asignar puntaje. Se observa que la formulación de las dos reglas (evaluación y adjudicación) permaneció intangible en todo el procedimiento de la licitación materia de este litigio y militó con idéntico funcionamiento en la formulación del nuevo pliego de condiciones.

⁹⁰ .Este argumento se plantea con el sano propósito de advertir el cuidado que debe tenerse en el análisis de las pruebas que soportan la eventual ponderación de las reglas objetivas del pliego de condiciones, se evidencia que las consideraciones basadas en la *estimación de probabilidades* darían lugar a todo tipo de conclusiones, de acuerdo con la óptica de quien juzga. En tratándose de los aspectos matemáticos y financieros del pliego de condiciones no resulta técnico ni objetivo asimilar el puntaje que casi cumple con el mínimo requerido con aquel puntaje que efectivamente lo alcanza.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

En resumen: **i)** no procede ponderar las reglas del pliego de condiciones con el propósito de desestimar el puntaje mínimo de calificación económica y técnica de las propuestas, por cuanto dicha regla fue expresada con fundamento en las formulación de la media geométrica cuyo valor técnico se encuentra fuera de discusión, definida de manera objetiva, clara y completa en forma previa a la presentación de las propuestas, aplicada fiel y congruentemente con lo establecido en el pliego de condiciones, **ii)** la formulación fue factible de cumplir en la práctica, como se desprendió del dictamen y se detalló en los supuestos del ejercicio matemático desplegado en esta sentencia, por manera que no sale avante el desconocimiento de las reglas de adjudicación; **iii)** de acuerdo con el pliego de condiciones y con la evaluación de las propuestas debidamente realizada, ninguna de las propuestas cumplió con el puntaje mínimo requerido, por lo cual era imperativa la declaratoria de desierta de respectiva de la licitación, en respeto del principio según el cual el pliego es una ley del procedimiento de contratación y, **iv)** como corolario de lo anterior, se desprende que la resolución impugnada se encontró legal y correctamente motivada, en la medida en que se atuvo precisamente a lo expuesto en el pliego de condiciones según el contenido del acta de evaluación de propuestas, en la cual se insistió en el deber de respetar las reglas del pliego de condiciones y se motivó que el camino ajustado a derecho era declarar desierta la convocatoria, como se hizo en la parte decisoria de la respectiva resolución.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se declarará que no prosperan las pretensiones de la demanda.

10. Costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el primero (1o) de agosto de dos mil siete (2007).

SEGUNDO.- RECONOCER la legitimación activa en este proceso al CONSORCIO OBRAS SED 2004 integrado por los señores ORLANDO SEPÚLVEDA CELY, EDWIN APARICIO NOREÑA y CARLOS FERNANDO MEDINA LOREÑA, igualmente vinculados en el presente litigio.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO.- NEGAR las súplicas de la demanda con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia.

QUINTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



RADICACIÓN: 250002326000200500214
EXPEDIENTE: 34778
ACTOR: CONSORCIO OBRAS SED 2004
DEMANDADO: Distrito Capital- Alcaldía Mayor de Bogotá –
Secretaría de Educación Distrital.
REFERENCIA: Acción Contractual

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA