

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Legalidad de acto precontractual Resolución 13 de 26 de junio de 1997 por medio del cual el departamento de Antioquia adjudicó licitación pública / LICITACION PUBLICA – Ampliación y pavimentación de carretera troncal del Nordeste, sector Vegachí Yolombó / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Sobre legalidad de acto administrativo / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia

La presente controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 13 del 26 de junio de 1997, por medio de la cual el Departamento de Antioquia adjudicó la licitación pública No. 013-96 a la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. En este punto se recuerda que la entidad demandada, Departamento de Antioquia, es un ente territorial y por tanto tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. (...) con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, teniendo en habida cuenta que la parte demandada tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de ente territorial, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 2 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 75

REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – Son de carácter restrictivo / REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – No permite extensión por vía de figura analógica / REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – Concreción se limita a supuesto fáctico preciso y específico

La Sala debe partir por subrayar que, de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, consultar sentencia de 13 de noviembre de 2013, Exp. 25646, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – Restricción de participación una licitación de una sociedad cuyos representantes legales se encuentren unidos por vínculos de consanguinidad con otras personas naturales integrantes de sociedades que estén dentro de mismo procedimiento de selección / INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – Una vez presentada la propuesta los parientes o allegados del proponente quedan inhabilitados para ofertar

La Sala evidencia que, como bien lo sostuvo el Ministerio público al rendir su concepto en el trámite de la segunda instancia, la prohibición que allí se enlista se dirige a restringir, de manera exclusiva, la participación en una licitación o concurso de una sociedad, cuyos socios o representantes legales se encuentren

unidos por vínculos de parentesco de consanguinidad o afinidad en los grados allí predeterminados, con otras personas naturales integrantes de sociedades, ya sea en calidad de socios o representantes legales, que a su turno hayan presentado, primigeniamente, propuesta dentro del mismo procedimiento de selección. (...) la Sala considera pertinente poner de presente que la causal de inhabilidad que se analiza fue prevista en similares términos en el literal g) de la referida disposición, solo que en ese ocasión se partió del supuesto fáctico de que la persona natural que presentara propuesta en nombre propio y no como miembro de una sociedad, no podría encontrarse unida por matrimonio, unión libre o vínculos de parentesco de segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona natural que formalmente hubiera presentado propuesta para una misma licitación concurso. Se sigue de lo anterior que esa misma premisa fue incorporada por el legislador en el literal h) que se examina, con la diferencia de que en esta hipótesis se contemplaba el supuesto de que las personas conectadas por lazos de parentesco, no hubieran actuado en calidad de personas naturales sino como miembros de las sociedades oferentes, ora en condición de socios, ora como representantes legales.

REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – No milita prueba de quienes son los socios de uno de los proponentes, por ende no se encuentra acreditada relación de parentesco con proponentes / CAUSAL DE INHABILIDAD – Sanción legal solo afectaría a proponente que hubiese presentado su oferta en orden cronológico posterior / REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES – Causal de inhabilidad

La Sala no pretende pasar por alto el argumento expuesto en la demanda, de conformidad con el cual el señor Luis Alfonso Saldarriaga Suárez, quien según dice el actor, es socio de Megaproyectos S.A. es hermano de la señora Gloria Saldarriaga Suárez, socia de S.P. Explanaciones. Sin embargo, en el expediente no milita prueba acreditativa de quienes son los socios de Explanaciones S.A. de manera que no se conoce la relación existente entre dicha persona jurídica y la mencionada señora, y menos aún se encuentra demostrada la supuesta relación de parentesco que hay entre Luis Alfonso Saldarriaga Suárez y Gloria Saldarriaga Suárez, pues no reposan en el plenario los respectivos registros civiles de nacimiento que así lo comprueben, de tal suerte que las anteriores afirmaciones no cuentan con ningún respaldo probatorio. Con todo y si en gracia de discusión, se llegara al extremo de admitir que el sustento de hecho alegado por el libelista, hipotéticamente, se encuadra dentro de la analizada causal de inhabilidad, aun en ese evento habría de decirse que tampoco tendría cabida su configuración si se tiene en cuenta que la sanción legal solo afectaría al proponente que hubiese presentado su oferta en orden cronológico posterior, en tanto que el primero que la hubiera allegado no se reputaría inhábil.

LICITACION PUBLICA – Requisitos y documentos necesarios para la comparación de ofertas / LICITACION PUBLICA – Falta de certificado de existencia y representación legal en la oferta de proponentes son subsanables al no otorgar puntaje / LICITACION PUBLICA – Falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación o falta de cotización de un ítem no son subsanables al incidir en puntaje / PLIEGO DE CONDICIONES – Oferente al momento de presentar propuesta debe cumplir y acreditar los requisitos contemplados en pliego de condiciones

La Sala precisa la necesidad de remitirse a un pronunciamiento proferido en la pasada anualidad por esta Subsección, en el cual, al abordar el análisis conceptual de los requisitos habilitantes de los proponentes y de los factores de

ponderación de las ofertas, en orden a establecer, tanto a la luz de la Ley 80 de 1993 como de la Ley 1150 de 2007, las reglas de subsanabilidad respecto de la acreditación de los primeros, se refirió de manera puntual a las diferencias sustanciales existentes entre capacidad jurídica, capacidad legal y representación. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el pliego de condiciones, los requisitos y documentos necesarios para la comparación de ofertas, consultar sentencia de 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

FALTA DE CAPACIDAD LEGAL DE PERSONA JURIDICA – Hace parte de procedimiento licitatorio / FALTA DE CAPACIDAD LEGAL DE PERSONA JURIDICA – Conduce a rechazo de propuesta / FALTA DE AUTORIZACION DE ORGANO SOCIAL EN REPRESENTANTE LEGAL – Restricción a libertad de representante legal para contraer obligaciones constituye un supuesto subsanable / FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA DE OFERENTE – No probada dado que certificado de existencia y representación otorga facultades amplias

Debe concluirse que una cosa es la falta de capacidad legal de la persona jurídica que se hace parte dentro del procedimiento licitatorio y otra bien distinta es la restricción a la libertad de su representante legal para contraer obligaciones en su nombre por falta de autorización del órgano social competente, circunstancias que en ambos casos generan efectos diferentes, pues la ausencia del primero al momento de concurrir a la convocatoria conducirá inequívocamente al rechazo de la propuesta, en tanto que el segundo supuesto constituye una circunstancia subsanable. (...) Como se desprende del tenor literal del certificado de existencia y representación, la autorización que al efecto debía expedir el órgano social al Gerente, podía darse en términos muy generales sin entrar a distinguir con mayor minucia la necesidad de indicar con precisión la existencia de limitaciones en punto al objeto del contrato producto del procedimiento de selección en el que podía presentar propuesta, la cuantía del mismo y, menos aún, a la posibilidad de unirse con otras sociedades con las cuales pudiera conformar una unión temporal o consorcio con ese propósito, de manera que se trataba de una facultad de representación en procedimientos de licitación de carácter amplio sin mayor alinderamiento que impidiera su libre ejercicio.

INCAPACIDAD FINANCIERA DE MIEMBRO DEL PROPONENTE GANADOR – Desvirtuada al analizar los balances generales de unión temporal proponente / INCAPACIDAD FINANCIERA DE MIEMBRO DEL PROPONENTE GANADOR – Documentos aportados podían ser válidamente apreciados en reglas de pliego de condiciones

Si bien la calificación de la capacidad financiera se supeditó a la información que reposara en el balance general correspondiente al último período fiscal, dicho documento omitió precisar a qué vigencia fiscal se refería, cuestión que, en principio, constituiría un incumplimiento de la entidad pública de su carga de claridad en la elaboración de los pliegos de condiciones, carga que de manera alguna podía trasladarse a los oferentes. (...) no puede perderse de vista que la fecha de apertura de la Licitación No. 13 correspondió al 14 de noviembre de 1996 y los pliegos de condiciones en donde se estableció la necesidad de aportar el balance fiscal se retiraron por varias sociedades en diciembre de 1996, circunstancia que bien podía dar lugar a entender que el último período era el anterior a la fecha en que se abrió el procedimiento de selección, es decir, el año de 1995, a pesar de que en el pliego no se indicara. (...) a diferencia de lo sostenido por el libelista, para la Sala no es posible afirmar que las sociedades que integraron la unión temporal adjudicataria no allegaron los documentos

necesarios para comparar las propuestas, correspondientes a los balances generales de fin de ejercicio, pues en los términos expuestos, los presentados podían ser válidamente apreciados a la luz de las reglas del pliego de condiciones.

PROCESOS CONCURSALES – Concordato y concurso liquidatorio / CONCORDATO – Su objeto es la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente de empleo / PROCESOS CONCURSALES – No se dirigen exclusivamente a hacer efectivas las obligaciones del deudor

La Ley 222 de 1995 “Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones” consagró el régimen de los procesos concursales, estableciendo a su turno dos modalidades: por un lado, el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor – que es en el que se encontraba la sociedad Pervel Ltda.- y de otro, el concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor. De conformidad con esta Ley, se previó que el concordato tendría “por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.”. (...) La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, advirtió que los procesos concursales no se dirigían exclusivamente a hacer efectivas las obligaciones del deudor, pues de manera simultánea perseguían, fundamentalmente, que la persona jurídica que se hallara en él, no se viera compelida ineludiblemente a su liquidación, finalidad de contenido social que buscaba la continuidad de las actividades de la empresa para el buen provecho de la colectividad.

FUENTE FORMAL: LEY 222 DE 1995 / LEY 116 DE 2006 – ARTICULO 16

SOCIEDAD PROPONENTE EN CONCORDATO – Solo hecho de que sociedad proponente hubiera sido admitida en concordato no da lugar a rechazo automático de la propuesta de la unión temporal de la cual era parte / PROCEDIMIENTO CONCURSAL QUE AFRONTA OFERENTE – Concordato preventivo no impide ser contratista del Estado

Se impone concluir entonces que el solo hecho de que la sociedad Pervel Ltda., hubiera sido admitida en concordato, no daba lugar al rechazo automático de la propuesta de la unión temporal de la cual era parte, como lo sostuvo el actor, pues necesariamente la entidad ha debido someterla a la respectiva evaluación, en igualdad de condiciones con el resto de proponentes, como en efecto lo hizo, con el fin de evaluar si tenía la capacidad financiera para cumplir con el objeto de contrato producto de la licitación pública. (...) el cargo de ilegalidad analizado no prospera. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el procedimiento concursal que afronta oferente, consultar sentencia de 9 de marzo de 2011.

RECHAZO DE OFERTA DE UNION TEMPORAL – Soportes ofrecidos por unión temporal oferente no brindan elementos de juicio suficientes para el adjudicatario / SOPORTE TECNICO DE UNION TEMPORAL – Documentos que sirven de soporte se encuentran en varios idiomas distintos al español sin traducirse en debida forma / SOPORTE TECNICO DE UNION TEMPORAL – En virtud de la carga probatoria, unión temporal debió traducir documentos

La Sala considera que los mismos no brindan los elementos de juicio suficientes para resolver favorablemente este punto de inconformidad, en la medida en que el

apelante no explicó a cuáles de las 15 variedades de equipos ofrecidos por el adjudicatario y requeridos en el pliego de condiciones, correspondían a aquellos que según afirma, pertenecen a la categoría de camión Rígido C3 tándem trasero mixto prevista en la Resolución 13791 de 1998 en cuyo artículo 4 establece el peso máximo autorizado para los vehículos que circulen por las carreteras en operación normal. (...) El libelista tampoco expuso, con el respectivo sustento técnico que se requería para ese propósito, el cual dicho sea de paso brilla por su ausencia, por qué razón el equipo ofrecido por la adjudicataria que supuestamente rebasó los límites de peso establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte se encuadraba en esa precisa categoría (camión Rígido C3 tándem trasero mixto) y no por ejemplo en el tipo de camión Rígido C2, Rígido C3, Rígido C3 a tándem direccional o rígido C4, todos los cuales de conformidad con la resolución en comento presentan un peso máximo bruto vehicular distinto. En este punto se impone precisar que varios de los documentos que sirven de soporte de las especificaciones del equipo ofrecido por la unión temporal ganadora, reposan en varios idiomas distintos al español y no fueron debidamente traducidos de manera oficial como correspondía a la parte actora en virtud de la carga probatoria que le asistía, cuestión que en esta oportunidad impide valorar su contenido.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 13791 DE 1998 – ARTICULO 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02636-01(40635)

Actor: CONTRATISTAS CONSTRUCTORES LTDA. Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010), dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Octava de Decisión, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- DECLARAR que no prosperan las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y legalidad del acto de adjudicación propuestas por la Unión Temporal Megaproyectos S.A.- Conascol S.A. Impregilo S.P.A. Sucursal Colombia – Construcciones Pervel Ltda.- Concorpe S.A.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO.- No se condena en costas como lo prevé el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo por cuanto no aparecen causadas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 20 de octubre de 1997, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada por las sociedades Conco Ltda. – Contratistas Constructores Ltda., Ingevías Ltda., Asfaltando Ltda. y el señor Víctor Raúl Rodríguez Amaya, integrantes del consorcio Convías, contra el Departamento de Antioquia, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera.- Que se declare la nulidad de la decisión adoptada en la audiencia pública del 19 de junio de 1997, mediante la cual se adjudica la licitación pública No. 13 de 1996 cuyo objeto es la ampliación, rectificación y pavimentación en concreto rígido de la carretera troncal del Nordeste, Sector Vegachí, Yalí, La Floresta (Yolombó) a la Unión Temporal Megaproyectos S.A., Impregilo S.P.A. Sucursal Colombia, Construcciones Asociados de Colombia Conascol S.A., Construcciones Pervel Ltda. y Concorpe S.A.

“Segunda Que se declare consecuentemente la nulidad de la Resolución No. 13 del 26 de junio de 1997, por medio de la cual se adjudica a la Unión Temporal Megaproyectos S.A., Impregilo S.P.A. Sucursal Colombia, Construcciones Asociados de Colombia Conascol S.A. Construcciones Pervel Ltda. y Concorpe S.A., la licitación pública No. 13-96, cuyo objeto pavimentación (sic) de la carretera Troncal del Nordeste, Sector Vegachí, Yalí, La Floresta (Yolombó), por un valor de (22.768’657.648) y un plazo de 18 meses.

“Tercera.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene el restablecimiento del derecho lesionado, condenando al Departamento de Antioquia a pagar al Consorcio Convías Conco Ltda. Víctor Raúl Rodríguez Amaya, Ingevías Ltda. Asfaltando Ltda. , la suma de \$1.773’356.655 (Mil setecientos setenta y tres millones trescientos cincuenta y seis mil seiscientos cincuenta y cinco pesos), como la utilidad dejada de percibir por razón de la no adjudicación del contrato.

“Cuarta.- Igualmente se ordene a la Cámara de Comercio respectiva de cada uno de los integrantes del Consorcio, convalidar para efectos de modificación y/o renovación en el Registro de Proponentes, por concepto de ingresos operacionales, equivalentes a la cuantía del contrato que se debió suscribir en términos de salarios mínimos vigentes, en razón a la pérdida de capacidad máxima de contratación por no haber ejecutado la obra y perder la oportunidad de participar en licitaciones en las que se exija una capacidad de contratación (k) superior.

“Quinta: Que la suma a que sea condenada la parte demandada se actualice o ajuste de acuerdo con la variación en el índice de los precios al consumidor desde el 19 de junio de 1997.

“Sexta: Que las cantidades liquidadas reconocidas devenguen intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Mediante Resolución No. 1387 del 14 de noviembre de 1996, el Departamento de Antioquia – Secretaría de Obras Públicas ordenó la apertura de la Licitación No. 013 de 1996, cuyo objeto consistió en la selección de la oferta que ofreciera las mejores condiciones para contratar, por el sistema de precios unitarios, todas las obras necesarias y complementarias para la ampliación, rectificación y pavimentación en concreto rígido de la carretera Troncal del Nordeste, sector: Vegachí – Yalí – La Floresta (Yolombó).

2.2. A la Licitación No. 013 de 1996 se presentaron los siguientes proponentes: Unión temporal S.P. Explanaciones Ltda. - Saldarriaga Pérez – Pavicol Ltda.,

Consortio Convías, Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Povel Ltda. – Concorpe S.A. y Consortio Procopal S.A.- Conconcreto S.A.- Pavimentar S.A.

2.3. De las cuatro propuestas no se halló habilitada la correspondiente al consorcio Procopal S.A. – Pavimentar S.A., por lo que solo se habilitaron para ser evaluadas la tres primeras.

2.4. Durante la etapa de observaciones al informe de evaluación, el consorcio Convías solicitó rechazar la oferta presentada por la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Povel Ltda. – Concorpe S.A., para cuyo propósito advirtió la existencia de inconsistencias en las autorizaciones otorgadas a los representantes de la sociedad Conascol, lo cual afectaba su capacidad para contratar, y de otro lado, señaló que la firma Explanaciones Ltda. era socia de Megaproyectos S.A., lo cual violaba el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dado que aquella integraba otra unión temporal que también había presentado propuesta en la misma licitación.

2.5. Respecto de la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Povel Ltda. – Concorpe S.A, el consorcio demandante también advirtió la ausencia de documentos necesarios para la comparación de la propuestas, como era el caso de los balances financieros con corte a 31 de diciembre de 1996 y censuró el hecho de que se hubiere habilitado la propuesta por ellos presentada, por cuanto uno de sus integrantes, Povel Ltda. se encontraba concordato lo cual anulaba su capacidad financiera.

2.6. Se sostiene en la demanda que mediante oficio del 15 de abril de 1997, la Dirección Jurídica de Obas Públicas Departamentales rindió concepto ante la Dirección de Estudio, Diseño y Control de esa misma Secretaría en el cual manifestó que debía descalificarse a la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Povel Ltda. – Concorpe S.A., en el factor financiero.

2.7. Llegada la fecha y hora prevista inicialmente para la audiencia de adjudicación, según se afirma en la demanda, la entidad advirtió que no tenía claridad acerca de la situación jurídica de la propuesta presentada por la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. Adicionalmente, solicitó al proponente demandante que acreditara el compromiso de compraventa de los equipos ofrecidos y, finalmente, determinó que el criterio “experiencia en obras similares”, debía ser nuevamente sometido a estudio respecto de todos los proponentes. Por las anteriores razones, la audiencia de adjudicación fue aplazada.

2.8. El 12 de junio de 1997, a las 8:30 a.m., se reanudó la audiencia. En esa oportunidad continuaron las dudas sobre la capacidad jurídica de las sociedades integrantes de la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. En cuanto al criterio “Equipo”, el Comité evaluador insistió en el puntaje inicialmente otorgado, pese a que, según el actor, no existía congruencia entre aquél y el exigido en el pliego de condiciones. Igualmente, se indica que la calificación de la unión temporal antes mencionada en el ítem experiencia en obras similares fue indebidamente realizada. Nuevamente la audiencia de adjudicación fue aplazada para continuarla el 19 de junio a la misma hora.

2.9. En la fecha y hora indicada se reanudó la audiencia de adjudicación en la cual se adoptaron las siguientes decisiones: 1) Se modificó el puntaje total otorgado a la propuesta presenta por el Consorcio Convías sin tener en consideración el puntaje que en realidad correspondía al factor de equipo, pues de conformidad con lo sostenido por el actor, se dejaron de reconocer por este ítem 43 puntos, que lo habrían de ubicar en el primer orden de elegibilidad. 2) Se adjudicó la Licitación No. 13-96 a la Unión Temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

2.10. En Resolución No. 13 de 26 de junio de 1997 se consignó la decisión de adjudicar la Licitación No. 13-96 a la Unión Temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora invocó como vulnerados las siguientes normas:

Artículo 8, numeral 1 literal h) de la Ley 80 de 1993 - Inhabilidad o incompatibilidad de la sociedad Megaproyectos S.A., integrante de la unión temporal adjudicataria.

Para el libelista, debía tenerse en cuenta que la sociedad S.P. Explanaciones Ltda. que había presentado propuesta en la Licitación No. 13-96, en unión temporal con Pavicol Ltda., era socia de la empresa Megaproyectos S.A., sociedad que a su turno había presentado propuesta aparte con la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. que resultó ser la adjudicataria, circunstancia que trasgredía la aludida norma, pues aun cuando la misma no contemplaba el caso de cuando una misma persona era socia de dos o más empresas que presentaran ofertas distintas en una misma licitación o el caso de cuando una persona allegara propuesta en un concurso donde también se había presentado una persona jurídica de la cual es socia, lo cierto es que este vacío legal había sido llenado por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este punto agregó que la sociedad S.P. Explanaciones Ltda. se encontraba representada por los señores Luis Alfonso Saldarriaga Suárez y Jorge Iván Múnera, quienes también tenían voz y voto en la Asamblea General de Socios de Megaproyectos S.A., y, a su vez, señaló que el señor Luis Alfonso Saldarriaga Suárez era hermano de la señora Gloria Saldarriaga Suárez , socia de S.P. explanaciones Ltda., situación que daba lugar a la existencia de una contraposición de intereses.

Artículo 308 del Código de Comercio y artículo 84 del Código Contencioso Administrativo – Falta de capacidad y competencia del representante legal de la sociedad Conascol S.A., a su vez integrante de la U.T. Megaproyectos y otros, adjudicataria de la licitación pública 13 de 1996.

Al respecto el demandante anotó que el representante legal de Conascol S.A., había recibido de su Junta Directiva autorización para delegar en el señor Luis Fernando Sánchez la presentación y firma de la propuesta presentada en Unión temporal con las firmas Megaproyectos S.A. e Impregilo S.A, Sucursal Colombia, autorización en la que no incluía la voluntad de asociarse con las empresas Povel Ltda., y Concorpe S.A., como finalmente ocurrió. La circunstancia anotada, en criterio del actor, afectaba de manera directa la capacidad del proponente, pues a voces del Estatuto Mercantil, los actos ejecutados por los administradores bajo la razón social que no estén autorizados, comprometerán solamente su responsabilidad personal.

Según el demandante, la anterior circunstancia le restó validez al acuerdo empresarial y, por tanto, la propuesta presentada en su nombre no nació a la vida jurídica, pues no existía la debida representación.

Advirtió además que la expresión de voluntad de los participantes debió concretarse al cierre de la licitación y no con posterioridad; ello con el fin de no afectar a los demás proponentes que sí cumplieron con el requisito en el momento oportuno.

Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo – Falta de presentación de documentos esenciales para la comparación de las propuestas, concretamente balance general correspondiente al último ejercicio fiscal, de la mayoría de los integrantes de la unión temporal adjudicataria.

Precisó que el pliego de condiciones, en su numeral 1.10.1, establecía los documentos esenciales para la comparación de las ofertas, dentro de los cuales figuraba el balance general correspondiente al último ejercicio fiscal firmado por contador público matriculado, a lo cual añadió que, conforme al pliego, su ausencia daría lugar al rechazo de la propuesta o la imposibilidad de tenerla en cuenta para la evaluación.

Siguiendo ese orden señaló que las firmas Conascol S.A., Impregilo S.P.A., Povel Ltda. y Concorpe S.A. no presentaron el balance general del último ejercicio fiscal,

esto es, del año 1996, conducta que contravino la referida regla del pliego de condiciones.

Artículo 29 de la ley 80 de 1993 – Incorrecta calificación y asignación del puntaje del equipo mínimo exigido y de la experiencia para las propuestas de la Unión temporal adjudicataria y para el consorcio demandante.

Consideró que la entidad territorial, de manera caprichosa, había otorgado 84 puntos a la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A., sin que ésta acreditara las especificaciones técnicas del equipo de transporte de materiales, ni que estas cumplieran con las normas expedidas por el Ministerio de Transporte.

Además sostuvo que se había evaluado incorrectamente la propuesta del consorcio Convías, por cuanto se había dejado de reconocer los puntos que merecía por el equipo presentado dado que había demostrado, en debida forma, la propiedad de los equipos ofrecidos de conformidad con las normas civiles y comerciales.

También afirmó que a la unión temporal adjudicataria se le habían asignado 30 puntos de más al evaluarle la experiencia en construcción de carreteras.

Todo cuanto acontece, a juicio del demandante, vulneró el principio de selección objetiva, en tanto la entidad varió de forma arbitraria los puntajes que en realidad correspondían, lo que impidió la elección de la oferta más favorable.

Artículo 2 del Decreto 287 de 1996, artículos 29 de la Constitución Política- Falta de respuesta a las observaciones formuladas por el proponente Consorcio Convías.

En este punto indicó que no obstante que el demandante formuló varias observaciones ante la entidad, atinentes a las falencias que presentaba la propuesta de la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A., la entidad no resolvió las objeciones elevadas y tampoco en el acto de adjudicación expuso los motivos de

carácter técnico, financiero, de experiencia y jurídicos en que sustentó dicha decisión.

Finalmente afirmó:

“Para el caso debió haberse resuelto sobre las observaciones hechas por todos y cada uno de los proponentes. Para motivar la resolución adecuadamente se debió enunciar el informe de evaluación, informándolos sobre los puntajes de cada proponente y clarificando cual era la propuesta más favorable para la administración de manera objetiva”.

4. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 29 de octubre de 1997, admitió la demanda ordenando su notificación al Departamento de Antioquia y al representante legal de la Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

Por auto del 28 de noviembre de 2000 se ordenó la apertura del período probatorio.

5. Contestación de la demanda.

5.1. Departamento de Antioquia.

El ente territorial demandado allegó escrito de oposición dentro del término de ley. En esa oportunidad se pronunció frente a los hechos de la demanda señalando que la resolución de adjudicación se expidió con apoyo en las audiencias realizadas con ese propósito, las cuales fueron suspendidas en varias ocasiones, precisamente, en orden a dar mayor claridad y transparencia al procedimiento licitatorio, razón por la cual no resultaba viable afirmar que dicha decisión no estuvo debidamente motivada.

Como razones de su defensa expuso que la inhabilidad que el actor pretendía configurar, reñía con la ley y con la jurisprudencia del Consejo de Estado que al respecto había considerado que las inhabilidades son de aplicación restrictiva y solo pueden alegarse las expresamente señaladas por la Ley.

En cuanto a la falta de capacidad de la sociedad Conascol S.A. para ser integrante de la unión temporal Megaproyectos, alegó que la autorización otorgada a su representante legal con esa finalidad, no constituía un requisito esencial para la comparación de la propuesta frente a las demás y, en esa medida, su cumplimiento era subsanable en etapa posterior al cierre de la licitación o, en el último caso, podía ser ratificado por las partes. Agregó además que:

“En primer lugar se debe tener en cuenta que entre los requisitos para presentar una propuesta trátase de personas naturales, jurídicas o consorcios o uniones temporales no se requiere de autorizaciones previas para suscribir acuerdos empresariales como lo afirma el demandante (...).

Consideramos que tampoco le son aplicables al caso que nos ocupa las normas del Código de Comercio, y que el proceso licitatorio que deben realizar y desarrollar las entidades públicas, lo consagra única y exclusivamente la Ley 80 de 1993 y como consecuencia el proceso licitatorio se debe ceñir a dicho reglamento y a los pliegos de condiciones de la licitación; por tal motivo no es procedente rechazar dichas propuestas con base en una norma (Código de Comercio)ajena al procedimiento y como lo describe la misma ley de contratación en el último inciso del numeral 15 del artículo 25”.

Consideró que el único requisito aplicable a los consorcios y uniones temporales se encontraba contemplado en el párrafo primero, numeral segundo del artículo 7 del Estatuto de Contratación y decía relación con la necesidad de indicar a cuál de los dos títulos se presentaban y de asignar la persona que ejercería su representación.

Continuó su defensa indicando que la Administración había considerado que los balances financieros no constituían documentos necesarios para la comparación efectiva de las propuestas, ya que de los mismos no se derivaba puntaje para asignar a la calificación.

Agregó que dos de las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria asistieron a la visita al sitio de la obra, razón por la cual no procedía el rechazo de su propuesta.

5.2. Unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.-
Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

La unión temporal adjudicataria, por conducto de su representante, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que el acto administrativo enjuiciado se ajustaba a la legalidad y además indicó que, aun en el caso de que prosperara su declaratoria de su nulidad, lo cierto era que la propuesta de la demandante no habría sido considerada como la mejor.

Estimó que carecía de sentido citar a este tipo de procesos a los oferentes que resultaban favorecidos con la adjudicación, puesto que no habían contribuido en la realización del procedimiento de selección, toda vez que cada una de sus etapas eran adelantadas por la entidad pública convocante.

Adicionalmente propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva:

Como fundamento de su oposición, argumentó:

“La parte demandante carece de legitimación por pasiva pues en contra de lo manifestado por ellos en la demanda, su propuesta, si se aplicara los mismos criterios de evaluación que ellos exigen para analizar la propuesta de las empresas que integran la unión temporal demandada y prosperare la INHABILIDAD argumentada por los demandantes, también debió haber sido eliminada su propuesta”.

Legalidad de la adjudicación.

A este respecto sostuvo que los argumentos del demandante se basaban, únicamente, en aspectos formales que no consultaban la realidad de los hechos.

Adujo que no era posible sugerir la existencia de parentesco entre personas jurídicas para configurar la supuesta inhabilidad presentada. Añadió que en una sociedad anónima, como es el caso de Megaproyectos S.A., no se habla de socios sino de accionistas. En adición replicó que la inhabilidades debían ser de aplicación restrictiva y no podían hacerse extensivas a otros casos por vía de analogía.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 21 de julio de 2004 el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y concepto de fondo.

En el término concedido las partes presentaron sus respectivos escritos de alegaciones en los que, en síntesis, reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Octava de Decisión, negó las pretensiones de la demanda con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar se refirió a la distinción y al tratamiento jurisprudencial que se le ha impartido a los requisitos habilitantes del proponente y a los requisitos de selección de la propuesta, con sustento en lo cual advirtió que en este caso los

demandantes proclamaban la falta de capacidad para contratar por parte de la unión temporal adjudicataria de la licitación No. 13-96, hecho que aludía a los requisitos de habilitación que debieron acreditarse al momento de la admisión de las ofertas y no a los de selección.

En esa línea consideró que la ausencia o irregularidad de los requisitos habilitantes no podían discutirse en la etapa de evaluación, en cuanto para ese entonces ya se encontraba superada la viabilidad de la participación del oferente en la que, justamente, se analizaba su capacidad e idoneidad, de manera que no era la etapa de selección la oportunidad propicia para cuestionar los referidos puntos.

Con todo advirtió que, algunas veces, los requisitos de habilitación podrían ser materia de ponderación para efectos de otorgar puntaje y afectar así la calificación, como ocurría en este caso con la admisión a concordato de la sociedad Pervel Ltda., integrante de la unión temporal adjudicataria, circunstancia que eventualmente habría podido afectar el puntaje en el ítem de la capacidad financiera. Sin embargo, estimó que ello no resultaba suficiente para acceder a las súplicas de la demanda, pues en el líbello introductor claramente se había consignado que no existía reparo alguno en cuanto a la capacidad financiera, sino en la calificación asignada a los factores de equipo y experiencia.

Siguiendo el estudio del caso sostuvo que, si bien la Resolución No. 13791 de 1998, mediante la cual se determinaron los límites de peso y dimensiones de los vehículos de carga para su operación normal en carreteras, estableció el peso bruto vehicular, lo cierto es que los documentos citados por los demandantes como anexos a la propuesta presentada por la adjudicataria no se lograba extraer el peso de las volquetas para el puntaje asignado y que es motivo de discrepancia. A ello agregó que en todo caso el pliego de condiciones había previsto que si el proponente ofrecía volquetas con mayor capacidad de la estipulada se le tomaría en cuenta para su calificación haciendo la equivalencia de la capacidad mínima exigida.

En cuanto a la inconformidad relativa a la calificación de los equipos, el a quo

precisó que si lo pretendido por los demandantes era ser beneficiarios del puntaje contemplado para la propiedad de la maquinaria, el consorcio vencido ha debido tener en cuenta que ese requisito no se acreditaba a través del contrato de compraventa sino con el registro de dicho documento o tarjeta de propiedad.

Respecto a la maquinaria pavimentadora que, de conformidad con lo aducido por el demandante, se encontraba negociada con Euroequipos y se dejaría en disposición de aquel en 6 semanas, según infirió la primera instancia, esa situación fue determinante para no asignar puntaje a la maquinaria, a lo cual agregó que la calificación asignada por la entidad en este ítem no estaba llamada a alterarse por esa instancia toda vez que el plazo al que estaba sometida la disponibilidad del equipo podía influir en el término de la ejecución del contrato.

Estimó que si en gracia de discusión se aceptara que al proponente demandante debió asignársele 43 puntos en el ítem de equipos, se obtendría como resultado 809, puntaje que en todo caso no superaba al de la adjudicataria.

Adicionalmente, el Tribunal de primera instancia consideró:

“Para el caso bajo estudio, la parte demandante no presenta elementos, ni aporta pruebas con las cuales compruebe que la propuesta que formuló fue la mejor, es mas en materia del criterio evaluable sobre el equipo mínimo exigido (250/1000), discute que a la maquinaria ofrecida, se le asignó una puntuación que no corresponde, pero no demuestre porque dicho ítem debe ser calificado en mejor puntuación que las demás propuestas.

Se agrega a lo dicho, que los demandantes exponen circunstancias ajenas a los pliegos de condiciones y que manera afectan o influyen en la calificación de su propuesta, verbi gracia, que presentó contrato de compraventa de la maquinaria pesada sin que se aporte tarjeta de propiedad de la misma, sin embargo, pide que se asigne el mayor puntaje establecido en el equipo como si fuera de su propiedad, se agrega a lo anterior que presenta descontento con el puntaje asignado al equipo mínimo exigido en la evaluación, considerando que se dejaron de contabilizar 43 puntos, al parecer tomando en cuenta una (1) sola unidad para cada máquina, olvidando que en el pliego de condiciones se contemplan: 4- bulldozer, 4 retroexcavadoras y 2 motoniveladoras.”

8. El recurso de apelación.

El consorcio demandante, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La sustentación de la alzada se sintetizó en los siguientes puntos:

Un proponente presentó dos propuestas.

Al respecto reiteró que la firma Explanaciones Ltda., que presentó propuesta como integrante de la unión temporal S.P. Explanaciones Ltda. - Saldarriaga Pérez – Pavicol Ltda., a su turno era socia de la sociedad anónima cerrada Megaproyectos S.A. que hizo parte de la unión temporal ganadora, de donde concluyó que una misma persona jurídica presentó dos ofertas dentro del mismo procedimiento licitatorio, circunstancia que a pesar de situar a la adjudicataria en una causal de inhabilidad no fue analizada por la primera instancia.

Falta de autorización para integrar la unión temporal que ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad.

Señaló el apelante que las sociedades Megaproyectos S.A e Impregilo S.P.A. y Conascol S.A., habían obtenido, vía estatutaria, autorización para conformar una sociedad entre sí, sin que la misma se hubiese hecho extensiva a la posibilidad de asociarse con las firmas Construcciones Pervel y Concorpe, con las cuales finalmente suscribieron el acuerdo empresarial, cuestión que entrañaba la falta de capacidad de las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria.

Incapacidad financiera de uno de los miembros del proponente ganador.

Adujo el recurrente que la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. no había presentado los balances financieros a 31 de diciembre de 1996, a lo cual añadió que la firma Pervel Ltda., se encontraba en situación de concordato. Sin embargo, a pesar de que lo anterior, a juicio del demandante, afectaba su capacidad

financiera al punto que motivó que la dirección jurídica de la entidad conceptuara acerca de la necesidad de rechazar dicha propuesta, el área financiera optó por guardar silencio frente al tema.

Algunas de las sociedades integrantes de la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. no asistieron a la visita al sitio de la obra.

Para el libelista la inasistencia a la visita obligatoria al sitio de la obra de Megaproyectos S.A y Conascol, constituyó una vulneración al pliego de condiciones que conducía a desestimar su propuesta.

El equipo mínimo exigido en el pliego no se cumplió.

Según el impugnante, la entidad realizó una incorrecta evaluación de los aspectos técnicos, pues la unión temporal que ocupó el primer lugar ofreció maquinaria que superaba la capacidad de peso exigida en el pliego de condiciones dado que correspondía a equipos para ser utilizados fuera de carretera.

Advirtió que si bien en la sentencia se realizó la distinción entre requisitos habilitantes y de selección, lo cierto es que la inobservancia de los primeros, de todas maneras, conducía a la imposibilidad de adjudicar el contrato y, a la luz de los principios de transparencia e igualdad, generaba el rechazo de la propuesta.

Manifestó que tanto los consorcios, como las uniones temporales debían sujetar su actuación a la Constitución y la ley y que el hecho de unirse bajo cualquiera de los dos títulos para presentar una propuesta conjunta no comportaba la pérdida de la individualidad jurídica de sus integrantes quienes debían cumplir con los requisitos de capacidad que se exigían.

Por último, aludió igualmente a la necesidad de motivar el acto administrativo de adjudicación so pena de contravenir el principio de transparencia.

9. Actuación en segunda instancia.

Mediante providencia del 1 de abril de 2011, esta Corporación admitió el recurso de alzada.

Por auto del 6 de mayo de 2011 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado todas las partes guardaron silencio.

El agente del Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual consideró que debía confirmarse la sentencia apelada. Como fundamento de lo anterior sostuvo que la inhabilidad alegada por el demandante no se configuraba en el presente supuesto toda vez que la norma contemplaba la prohibición de que distintas sociedades en donde existieran socios unidos por parentesco de consanguinidad presentaran propuestas en la misma licitación, lo cual no ocurrió en el subexamine.

Seguidamente señaló que el representante legal de Conascol S.A. no requería autorización expresa de la Junta Directiva para formar uniones temporales o consorcios, pues por el contrario se le facultó ampliamente para firmar y presentar propuesta sin que se le hubiera impuesta algún tipo de restricción respecto de las firmas con que se uniría para ese cometido.

De otro lado, luego de realizar un análisis normativo en relación con la elaboración de los balances financieros de las sociedades comerciales, precisó que en el pliego de condiciones no se había exigido con detalle que el balance que debía presentarse debería corresponder al año fiscal de 1996, a lo cual sumó que, de conformidad con el artículo 422 del Estatuto Mercantil, la Asamblea General de Socios de Povel Ltda., tenía hasta el 1 de abril de 1997 para aprobar el balance correspondiente al ejercicio fiscal del año 1996. De esta manera concluyó que los

proponentes podían presentar los balances del ejercicio fiscal correspondiente al año 1995, en razón a que para la fecha límite de presentación de las propuestas (3 de marzo de 1997) no se encontraba aun vencido el plazo para que las asambleas aprobaran el del año anterior, por lo que no resultaba viable exigir que se aportara.

En cuanto al incumplimiento de la asistencia de la visita al sitio de la obra indicó que no se encontraba probado que la unión temporal adjudicataria no hubiera enviado un representante (ingeniero civil o de vías) a tal actividad, además de lo cual señaló que dicho representante no debía necesariamente ser el representante de la unión temporal o consorcio.

Con base en lo expuesto consideró que no se había demostrado la concurrencia de alguna causal de rechazo de la propuesta de la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado.

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que la presente controversia versa sobre la legalidad del acto administrativo vertido en la Resolución No. 13 del 26 de junio de 1997, por medio de la cual el Departamento de Antioquia adjudicó la licitación pública No. 013-96 a la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. En este punto se recuerda que la entidad demandada, Departamento de Antioquia, es un ente territorial y por tanto

tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, entonces, teniendo en habida cuenta que la parte demandada tiene el carácter de entidad estatal, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, en su condición de ente territorial, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

2. De la oportunidad de la acción.

Para la época en que se presentó la demanda -20 de octubre de 1997- aún no se había expedido la ley 446 de 1998, de manera que el término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 se regía *“conforme a las reglas del código contencioso administrativo”*.

Siguiendo esa línea se advierte que el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 - subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- señaló como término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento 4 meses contados a partir de

¹ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, 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 publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso². Por lo tanto, el cómputo del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de adjudicación, comenzó en la fecha en que el mismo fue conocido por el interesado. En el caso concreto el acto censurado se expidió el 26 de junio de 1997 sin que exista claridad acerca de la fecha de su notificación al ahora demandante. No obstante como quiera que la demanda se formuló el 20 de octubre de 1997, se impone concluir que la acción se ejerció dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto enjuiciado y, por lo tanto, su ejercicio fue oportuno.

3. Análisis del caso.

Revisado el escrito de alzada, observa la Sala que son cinco los puntos en que el apelante centra su inconformidad, los cuales serán resueltos en el orden en que fueron formulados y con base exclusivamente en los argumentos que allí expresamente se dejaron consignados, pues todo aquello que no haya sido materia de censura en el recurso de apelación, en virtud del principio de congruencia que gobierna todas las decisiones judiciales proferidas en segunda instancia, escapa al ámbito de competencia de esta Sala.

3.1. Un proponente presentó dos propuestas.

² Esa disposición fue modificada por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que señala:

"De las controversias contractuales. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

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

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

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil".

Afirmó el apelante que la firma Explanaciones Ltda., que presentó propuesta como integrante de la unión temporal S.P. Explanaciones Ltda. - Saldarriaga Pérez – Pavicol Ltda., a su turno era miembro de la sociedad anónima cerrada Megaproyectos S.A. que hizo parte de la unión temporal ganadora, de donde concluyó que una misma persona jurídica presentó dos ofertas dentro del mismo procedimiento licitatorio, circunstancia que a pesar de situar a la adjudicataria en la causal de inhabilidad consagrada en el literal h) del numeral 1 del artículo del Estatuto de Contratación Estatal, no generó el rechazo de su propuesta, como tampoco fue analizada por la primera instancia.

Al respecto la Sala precisa lo siguiente:

Está demostrado en el plenario que la unión temporal adjudicataria de la licitación No. 13 de 1996 se encontraba conformada por las sociedades Megaproyectos S.A., Impregilo S.P.A - Sucursal en Colombia, Constructora Asociados de Colombia Conascol S.A., Construcciones Pervel Ltda. y Concorpe S.A. (fl. 5 del anexo 3).

Se encuentra acreditado igualmente que la unión temporal que ocupó el tercer orden de elegibilidad en la misma licitación aludida, estuvo integrada por las sociedades S.A. Explanaciones y Pavicol Ltda. (fl. 53 c1).

Ahora bien, frente al supuesto fáctico de conformidad con el cual la firma Explanaciones Ltda., era socia de Megaproyectos S.A., debe advertirse que aun cuando no reposan en el expediente los estatutos de conformación de esta última, ni el documento que dé cuenta de sus socios integrantes³, lo cierto es que esta afirmación fue aceptada por la entidad estatal contratante en las respuestas a las observaciones presentadas por el consorcio Convías al informe de evaluación, oportunidad en la cual sostuvo:

“Efectivamente la firma S.P. Explanaciones Ltda., es socia de Megaproyectos y esta se encuentra representada por el señor LUIS ALFONSO SALDARRIAGA SUAREZ y JORGE IVAN MUNERA, tal como se verificó en el folio 62 de la propuesta allegada...” (fl. 47-49 c1).

³ El documento que reposa a folio 64 del anexo 3 no señala de forma expresa e inequívoca que las personas jurídicas allí enlistadas sean las socias de megaproyectos S.A.

Con apoyo en lo anterior, para la Sala no se encuentra en discusión la calidad de socia de S.P. Explanación de la firma Megaproyectos S.A. y, por lo tanto, se tendrá por cierta dicha afirmación.

Continuando con el estudio del cargo, se recuerda que el anterior escenario, en criterio del libelista, situó a la unión temporal adjudicataria, compuesta por las sociedades Megaproyectos S.A., Impregilo S.P.A - Sucursal en Colombia, Constructora Asociados de Colombia Conascol S.A., Construcciones Pervel Ltda. y Concorpe S.A., en la causal inhabilidad prevista en el literal h) del número 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor dispone:

“Artículo 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...).

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

La doctrina nacional se ha referido al contenido y alcance de la mencionada causal de inhabilidad en los siguientes términos:

“Se trata de una inhabilidad para sociedades distintas de las anónimas por razón de vínculos de parentescos de consanguinidad o afinidad en los grados que establece la referida norma entre el representante legal de la misma o de cualquiera de los socios, con el representante legal o con cualquiera de los socios que haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

La inhabilidad se configura para la sociedad (o sociedades) que presentó (presentaron) la(s) propuesta(s) con posterioridad a la de aquella que la presentó cronológicamente en primer lugar. No se hace extensiva, por lo tanto, al representante legal o cualquiera de los socios de la sociedad o sociedades inhabilitadas como personas naturales, pues se parte de la hipótesis de que quienes y participan son las sociedades”.⁴

⁴ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2003. Legis Editores. Pags. 116-117.

Para abordar el estudio de la posible configuración de la referida causal de inhabilidad, la Sala debe partir por subrayar que, de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento:

“En primer lugar se destaca que las incompatibilidades e inhabilidades para participar en el procedimiento de licitación y para contratar con el Estado son de carácter restrictivo toda vez que el principio general de raigambre constitucional⁵, es el de la igualdad de acceso a la contratación pública⁶.

En este orden de ideas, las circunstancias o condiciones que tipifican la inhabilidad o incompatibilidad para participar en el procedimiento administrativo de licitación y para contratar con el Estado no se pueden interpretar de manera amplia o extensiva, como tampoco admiten aplicación por vía de analogía y su concreción se limita al supuesto factico preciso, específico y taxativo que se encuentra regulado en la respectiva disposición legal o constitucional”.⁷

Así pues, de la lectura detenida de la norma en cuestión, la Sala evidencia que, como bien lo sostuvo el Ministerio público al rendir su concepto en el trámite de la segunda instancia, la prohibición que allí se enlista se dirige a restringir, de manera exclusiva, la participación en una licitación o concurso de una sociedad, cuyos socios o representantes legales se encuentren unidos por vínculos de parentesco de consanguinidad o afinidad en los grados allí predeterminados, con otras personas naturales integrantes de sociedades, ya sea en calidad de socios o representantes legales, que a su turno hayan presentado, primigeniamente, propuesta dentro del mismo procedimiento de selección.

⁵ Artículo 333 C.P. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres. Dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.”

⁶ Artículo 209. C.P. “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

⁷ Subsección A de la Sección Tercera, Consejo de Estado, 13 de noviembre de 2013, expediente: 25.646, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En esta misma dirección, la Sala considera pertinente poner de presente que la causal de inhabilidad que se analiza fue prevista en similares términos en el literal g)⁸ de la referida disposición, solo que en ese ocasión se partió del supuesto fáctico de que la persona natural que presentara propuesta en nombre propio y no como miembro de una sociedad, no podría encontrarse unida por matrimonio, unión libre o vínculos de parentesco de segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona natural que formalmente hubiera presentado propuesta para una misma licitación concurso. Se sigue de lo anterior que esa misma premisa fue incorporada por el legislador en el literal h) que se examina, con la diferencia de que en esta hipótesis se contemplaba el supuesto de que las personas conectadas por lazos de parentesco, no hubieran actuado en calidad de personas naturales sino como miembros de las sociedades oferentes, ora en condición de socios, ora como representantes legales.

⁸ Sobre los alcances de esta causal de inhabilidad, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de julio de 2014, dictada dentro del expediente: 47830, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *“Por estas razones se considera que, una vez presentada una propuesta, los parientes o allegados del proponente a que hace referencia la disposición quedan de inmediato inhabilitados para ofertar.*

Analizando cada uno de los elementos de la causal de inhabilidad contractual invocada en el caso que nos ocupa, por el municipio de Pereira, para justificar su actuación administrativa negatoria de la celebración del contrato, tenemos que la misma se configura cuando se incurra en el siguiente descripción legal: “g) quienes sean Cónyuges o Compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

Dada lo perentorio del mandato prohibitivo del legislador tenemos que esta Inhabilidad comprende y aplica a todos los procesos de Selección del contratista y que se materializa por las relaciones dadas por el parentesco por consanguinidad y afinidad.(...)

En consonancia con lo anterior, la Ley 80 de 1993 restringe la participación en un mismo proceso de selección de contratistas, a saber:

a. Los cónyuges, entendiéndose por estos a aquellas personas que han establecido una relación interpersonal a través del vínculo jurídico del matrimonio, con sus consecuentes efectos jurídicos.

b. Los compañeros permanentes, siendo aquellos que establecen una relación interpersonal a partir de situaciones de facto demostrativas de una comunidad de vida permanente o establece y singular con otra persona.

c. Los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad: aquella relación que tienen entre sí, las personas que comparten vínculos de sangre o un tronco común. Una persona tiene parentesco de consanguinidad en primer grado, con su madre, padre e hijos, en segundo grado con sus hermanos y abuelos.

d. Los parientes hasta el segundo grado de afinidad: que en los términos del artículo 47 del Código Civil, es el vínculo existente entre un individuo y los consanguíneos de su esposo o esposa; el grado de parentesco que tenga su cónyuge con sus familiares será el mismo pero a manera de afinidad, del que tenga esa persona con los consanguíneos de su pareja.

Lo anterior, sin perjuicio del concepto convencional y constitucional amplio de familia que debe ser considerado por las autoridades jurídicas en el marco del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sido recogido por esta Subsección en diversos fallos.”

Si bien este tipo de inhabilidades para contratar con el Estado, constituyen una limitación a la libertad negocial de las personas, las mismas tienen su apoyo en razones constitucionalmente válidas orientadas a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para beneficio individual garantizando el ejercicio de la función pública tendiente a moralizar el desarrollo de la acción administrativa y la prevalencia del interés general.”

Nótese cómo, entonces, el contenido prohibitivo de la preceptiva legal no se hace extensivo al supuesto consistente en la participación dual de una persona jurídica en la misma licitación, como lo sugiere el apelante al señalar que la unión temporal adjudicataria (Megaproyectos S.A., Impregilo S.P.A - Sucursal en Colombia, Constructora Asociados de Colombia Conascol S.A., Construcciones Pervel Ltda. y Concorpe) se encontraba inhabilitada por cuanto S.P. Explanaciones, una de las personas jurídicas socias de Megaproyectos S.A. –sociedad integrante de la ut ganadora-, a su turno había presentado propuesta dentro de la misma licitación en unión temporal con Pavicol Ltda.

Aceptar la interpretación que brinda el libelista, atentaría contra la literalidad de la norma en cuestión de cuyo contenido emana como un hecho indiscutible que el elemento de parentesco que allí se consagra como criterio esencial para que opere la restricción, únicamente se manifiesta respecto de las personas naturales que intervengan como miembros de dos o más sociedades que simultáneamente presenten ofertas en la misma convocatoria, afectando con ello a la sociedad que hubiese presentado la propuesta con posterioridad.

Aunado a lo expuesto, es preciso anotar que en este asunto tampoco concurre la hipótesis fáctica que plantea el libelista al afirmar que una persona jurídica presentó dos propuestas en la misma licitación, en cuanto no se puede perder de vista que la sociedad que actuó como integrante de la unión temporal adjudicataria fue Megaproyectos S.A., distinta a la sociedad S.A. Explanaciones que actuó como integrante de la unión temporal proponente S.A. Explanaciones - Pavicol Ltda., cuestión que no puede confundirse por el hecho de que ésta a su vez fuera socia integrante de aquella persona jurídica.

De otro lado, la Sala no pretende pasar por alto el argumento expuesto en la demanda (fl. 91 c12), de conformidad con el cual el señor Luis Alfonso Saldarriaga Suárez, quien según dice el actor, es socio de Megaproyectos S.A. es hermano de la señora Gloria Saldarriaga Suárez, socia de S.P. Explanaciones. Sin embargo, en el expediente no milita prueba acreditativa de quienes son los socios de Explanaciones S.A. de manera que no se conoce la relación existente entre dicha

persona jurídica y la mencionada señora, y menos aún se encuentra demostrada la supuesta relación de parentesco que hay entre Luis Alfonso Saldarriaga Suárez y Gloria Saldarriaga Suárez, pues no reposan en el plenario los respectivos registros civiles de nacimiento que así lo comprueben, de tal suerte que las anteriores afirmaciones no cuentan con ningún respaldo probatorio.

Con todo y si en gracia de discusión, se llegara al extremo de admitir que el sustento de hecho alegado por el libelista, hipotéticamente, se encuadra dentro de la analizada causal de inhabilidad, aun en ese evento habría de decirse que tampoco tendría cabida su configuración si se tiene en cuenta que la sanción legal solo afectaría al proponente que hubiese presentado su oferta en orden cronológico posterior, en tanto que el primero que la hubiera allegado no se reputaría inhábil.

Así lo contemplaba el entonces vigente artículo 4 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, al disponer:

“Artículo 4°.- De las personas inhabilitadas por razón de la presentación de otras ofertas. Para efectos de establecer cuando el oferente es inhábil en virtud de los ordinales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, porque con anterioridad se presentó formalmente otra propuesta por las personas a que hacen referencia dichos ordinales, las entidades estatales dejarán constancia escrita de la fecha y hora exactas de la presentación de propuestas, indicando de manera clara y precisa el nombre o razón social del proponente y el de la persona que en nombre o por cuenta de éste ha efectuado materialmente el acto de presentación.

Si de acuerdo con los pliegos la propuesta hubiere sido enviada por correo, se entenderá por fecha y hora de presentación las que aparezcan en el sello o escrito puesto sobre la oferta por el encargado de recibirla, en el momento de su llegada al sitio de entrega de las mismas que se haya fijado en los pliegos.

En caso de recepción simultánea, se entenderá como recibida en primer lugar la del proponente que primero haya retirado los pliegos o términos de referencia. Con tal propósito, las personas naturales que retiren dichos documentos al hacerlo deberán manifestar el nombre de la persona por cuya cuenta actúan.

A este respecto vale advertirse que aun cuando en el acápite probatorio de la demanda, el actor solicitó oficiar al Departamento de Antioquia para que certificara la fecha y hora de entrega de cada una de las propuestas, prueba que fue decretada por el Tribunal de Primera Instancia, lo cierto es que en respuesta a lo

anterior el ente territorial dejó a disposición de la parte interesada los documentos pertinentes para que tomara las copias necesarias, según se desprende del oficio visible a folio 148 del cuaderno No.1.

Sin embargo, en el trámite procesal no se evidencia que la parte actora hubiese desplegado alguna gestión dirigida al recaudo de la prueba en que apoyaba los hechos alegados, además de lo cual se observa que mediante auto del 21 de julio de 2004 se cerró el debate probatorio disponiendo el traslado para alegar de conclusión, providencia que quedó en firme, sin que la referida prueba se hubiese allegado al expediente y sin que el actor hubiese insistido en su práctica.

Con sustento en lo expuesto, la Sala concluye que se desconoce por completo el orden de presentación de las propuestas correspondientes a la licitación No. 13-1996, cuestión que a todas luces impediría establecer con certeza sobre cuál proponente habría recaído la supuesta causal de inhabilidad, en el caso hipotético, se reitera, de que la misma hubiera tenido cabida.

En estas condiciones, y con apoyo en las reflexiones que anteceden para la Sala no se encuentra configurada la causal de inhabilidad establecida en el literal h), del numeral 1, del artículo 8 del Estatuto de Contratación Estatal.

3.2. Falta de autorización para integrar la unión temporal que ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad.

De la lectura armónica del cargo señalado en la demanda y los argumentos expuestos en el recurso de apelación en relación con el mismo, se evidencia que esta inconformidad radica en el hecho de que la sociedad Conascol S.A. habían obtenido, vía estatutaria, autorización para conformar una unión temporal con las sociedades Megaproyectos S.A e Impregilo S.P.A., sin que esa permisión se hubiere hecho extensiva a la posibilidad de unirse temporalmente con las firmas Construcciones Pervel y Concorpe, con las cuales finalmente suscribieron el acuerdo empresarial, cuestión que, en sentir del libelista, entrañaba la falta de

capacidad de las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria, lo que conducía al incumplimiento de un requisito habilitante.

Para resolver la cuestión puesta de presente, la Sala precisa la necesidad de remitirse a un pronunciamiento proferido en la pasada anualidad por esta Subsección, en el cual, al abordar el análisis conceptual de los requisitos habilitantes de los proponentes y de los factores de ponderación de las ofertas, en orden a establecer, tanto a la luz de la Ley 80 de 1993 como de la Ley 1150 de 2007, las reglas de subsanabilidad respecto de la acreditación de los primeros, se refirió de manera puntual a las diferencias sustanciales existentes entre capacidad jurídica, capacidad legal y representación, providencia que en esta oportunidad amerita citarse in extenso por cuanto brinda una importante ilustración para resolver el caso sometido a examen:

“Ahora bien, en virtud del principio de economía, el artículo 25 (numeral 15) de la Ley 80 de 1993 previó que las autoridades no pueden exigir ‘... sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo que en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales’ y añadió que ‘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 servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos’(subraya fuera del texto).

Esta última parte de la norma fue adicionada por el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que ‘... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación ...’⁹, salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Lo anterior permite afirmar que ni en vigencia de la Ley 80 de 1993, ni en vigencia de la Ley 1150 de 2007, les está permitido a las autoridades rechazar las propuestas por cualquier tipo de deficiencia, pues todos aquellos requisitos o documentos que no son necesarios para la

⁹ Sin embargo, el enunciado que trae la norma no significa que los oferentes puedan subsanar las falencias en cualquier momento. Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta la adjudicación (salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un término prudencial para que el oferente allegue los documentos solicitados; pero, si la falencia es detectada en la audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que indique la entidad.

comparación de las propuestas carecen de la virtualidad para hacer que se produzca el rechazo.

La diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado¹⁰, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), ‘... la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc. ...’¹¹ (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque no otorgan puntaje.

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado.

No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero,

¹⁰ Haciendo referencia a los requisitos y documentos necesarios para la comparación de las propuestas.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 25.804.

no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

(...).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dice que '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...', de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), sencillamente no debe acudir al proceso de selección; de hacerlo, su propuesta no puede ser estimada.

Por ejemplo, si un oferente no goza de capacidad jurídica (referida a la capacidad legal específicamente), porque es incapaz absoluto o relativo, no hay forma de que pueda participar en el proceso de selección y tampoco es posible de que pueda subsanar esa carencia, pues, por más que quiera, no puede convertirse en capaz por su sola voluntad.

La capacidad legal es un requisito cuyo cumplimiento se exige tanto para participar (requisito habilitante) en el proceso de selección, tal como lo establece el citado artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, como para contratar, según lo contempla el artículo 6 de la Ley 80 de 1993; por ende, el interesado debe contar con plena capacidad jurídica (capacidad legal) desde el momento en el que presenta su oferta, sin que sea viable que la complete durante el desarrollo del proceso de selección, ya que, como requisito de habilitación, se requiere que sea satisfecho para participar.

(...).

En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección.

Lo anterior, por cuanto, además de lo anotado en párrafos anteriores, al momento de presentar su oferta el participante se obliga irrevocablemente

con la administración a que, de adjudicársele el proceso celebrará el contrato, de suerte que es en ese instante cuando se comienza a estructurar el proyecto de negocio jurídico al que las partes (administración y oferente) pretenden llegar. Eso se traduce en que si, por ejemplo, al momento de presentar la propuesta el oferente carecía de capacidad legal y, a la sazón, resulta adjudicatario, no hay forma de que pueda exigírsele suscribir el contrato, pues para la fecha en que se obligó a ello no tenía la aptitud jurídica para contraer obligaciones.

Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanan”, enmendar o rectificar.

Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala-.

(...)

En el caso que analiza la Sala, la propuesta presentada por la unión temporal integrada por los demandantes fue rechazada porque, en sentir de la entidad licitante, no se ajustaba a la totalidad de las condiciones establecidas en el pliego, en la medida en que la autorización del representante legal de 7-24 Ltda. no era suficiente para constituir la unión temporal y, potencialmente, para celebrar el contrato objeto de la licitación; sin embargo, la entidad demandada no tuvo en cuenta que el documento que estimaba inexacto no era necesario para la comparación o la confrontación de las propuestas, porque se refería exclusivamente a la facultad del representante legal para obligar a la persona jurídica en el contrato de unión temporal en la presentación de la oferta y en el contrato que de pronto se celebraría, pero no guardaba relación con la oferta o con los aspectos susceptibles de ponderación, cuya aclaración implicara poner en ventaja a la unión temporal integrada por los demandantes, en relación con los demás participantes, de modo que se trataba de un aspecto, por su naturaleza, subsanable y, por consiguiente, la entidad debió requerir al oferente para que, dentro de la oportunidad prevista por el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, aclarara las inexactitudes o falencias que, en su sentir, presentaba el documento de autorización de la junta de socios.

Es de anotar que, contrario a lo que adujo la CAR y a lo que sostuvo el tribunal de primera instancia, la falta de claridad en la autorización otorgada por la junta de socios de 7-24 Ltda. a su representante legal en nada afectaba la capacidad jurídica de la persona moral como requisito habilitante para participar en el proceso de selección.

En efecto, una cosa es la capacidad jurídica o de goce, la cual dice relación con aptitud inherente a todas las personas para ser titulares de derechos (artículo 14 de la Constitución), otra la capacidad legal que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona y otra la figura de la representación que consiste en la facultad que tiene una persona (natural o jurídica) de actuar, obligar y obrar en nombre o por cuenta de otro.

(...).

En suma, toda persona legalmente capaz o sujeto de derecho al que el ordenamiento jurídico le ha otorgado la posibilidad de celebrar contratos con el Estado, que no se halle incurso en la causales de inhabilidad o de incompatibilidad que el ordenamiento jurídico prevé y que se halle inscrita en el RUP (en los casos en los que lo requiere el ordenamiento jurídico) tiene capacidad jurídica para participar en los procesos de selección y eventualmente para contratar con el Estado; pero, no constituye falta de capacidad jurídica y de ejercicio que el representante legal de las sociedades tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, pues la representación difiere de la capacidad legal en la medida en que aquélla no es más que una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer la capacidad legal de quienes no pueden adquirir derechos o contraer obligaciones por sí mismas.

Lo anterior significa que el hecho de que el representante legal de una persona moral tenga restricciones para obligarla no implica que la sociedad carezca de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, no afecta su capacidad legal, por ende, no influye en el requisito de habilitación para participar en el proceso.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado sobre las diferencias que existen entre las mencionadas figuras y ha señalado que la falta de capacidad es un defecto insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección¹², que debe cumplirse y acreditarse al momento de presentar la propuesta, tal como se explicó a (sic) atrás, mientras que, en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, ‘... la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, (sic) es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta ...’¹³.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 8 de febrero de 2012, exp. 20.688.

¹³ Ibídem.

Así, pues, la falta de acreditación de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y obligar válidamente a la persona jurídica es subsanable, incluso, por ratificación del acto, en los términos del artículo 884 del C. de Co.¹⁴, para lo cual, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección, la entidad ‘...bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual¹⁵), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta¹⁶. ‘¹⁷

Con sustento en la jurisprudencia que acaba de referirse y que en suma condensa la postura uniforme y reiterada de esta Corporación sobre el tema, debe concluirse que una cosa es la falta de capacidad legal de la persona jurídica que se hace parte dentro del procedimiento licitatorio y otra bien distinta es la restricción a la libertad de su representante legal para contraer obligaciones en su nombre por falta de autorización del órgano social competente, circunstancias que en ambos casos generan efectos diferentes, pues la ausencia del primero al momento de concurrir a la convocatoria conducirá inequívocamente al rechazo de la propuesta, en tanto que el segundo supuesto constituye una circunstancia subsanable.

Así pues, vale anotar que contrario a lo manifestado por el recurrente en el caso no se presentó una falta de capacidad jurídica de Conascol S.A. para comparecer a la Licitación No. 013-1996 y para celebrar el consecuente contrato, pues lo que en todo momento se censuró fue la falta de autorización del órgano social para que su representante legal pudiera conformar una unión temporal con las sociedades Megaproyectos S.A e Impregilo S.P.A respecto de quienes nada se dijo en el documento, asunto para el cual es menester indagar si en efecto carecía de la respectiva autorización.

Revisado el contenido del certificado de existencia y representación de la sociedad Constructores Asociados de Colombia Conascol S.A. (fls. 71-75 anexo 3) se evidencia que correspondía a la Junta Directiva autorizar al Gerente General para

¹⁴ “La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros.”

¹⁵ Artículo 5, parágrafo 1º de la Ley 1150 de 2007.

¹⁶ Sentencia del 8 de febrero de 2012, cit.

¹⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 12 de noviembre de 2014, expediente: 29.855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“PARTICIPAR Y PRESENTAR OFERTAS EN CONCURSOS Y LICITACIONES PUBLICAS Y/O PRIVADAS.”

Como se desprende del tenor literal del certificado de existencia y representación, la autorización que al efecto debía expedir el órgano social al Gerente, podía darse en términos muy generales sin entrar a distinguir con mayor minucia la necesidad de indicar con precisión la existencia de limitaciones en punto al objeto del contrato producto del procedimiento de selección en el que podía presentar propuesta, la cuantía del mismo y, menos aún, a la posibilidad de unirse con otras sociedades con las cuales pudiera conformar una unión temporal o consorcio con ese propósito, de manera que se trataba de una facultad de representación en procedimientos de licitación de carácter amplio sin mayor alinderamiento que impidiera su libre ejercicio.

Así mismo, en el referido documento, se previó como facultad del Gerente de la sociedad, en calidad de representante legal, la de delegar temporalmente alguna o algunas de sus funciones para casos concretos y específicos previa autorización de la Junta Directiva.

Es así como en desarrollo de estas dos previsiones, el 7 de febrero de 1997 la Junta Directiva de Conascol suscribió el Acta No. 192 en la cual se consignó (fl. 87 anexo3):

“Autorización al Representa Legal: El punto a tratar fue de dar autorización al Ingeniero Antonio Paolo Nonnis en su calidad de Gerente, para que delegue en la persona del Ingeniero Luis Fernando Sánchez G. la presentación y firma y demás concordantes de la propuesta para la licitación pública No. 13-96 Obras necesarias y complementarias para la ampliación, rectificación y pavimentación en concreto rígido de la carretera troncal del nordeste, sector Vegachi – Yali – La Floresta (Yolombó), en unión temporal con las firmas Megaproyectos e Impregilo S.P.A.- Sucursal Colombia.

Estudiado el punto fue aprobado por unanimidad, quedando por tanto autorizado el Ingeniero Antonio Paolo Nonnis para delegar, y al ingeniero Luis Fernando Sánchez G., como autorizado para firmar y presentar la propuesta y en caso de resultar favorecidos para firmar el contrato.”

Nótese como entonces aun cuando en la autorización impartida por la Junta Directiva al delegatorio del representante legal para presentar la propuesta correspondiente, se aludió de manera expresa al objeto del contrato, a la identificación del procedimiento licitatorio y a las sociedades con las cuales conformaría una unión temporal con ese fin, en todo caso el hecho de no haber indicado expresamente esto último, en nada habría de afectar la autorización emitida por el órgano social, pues, como se advirtió, partiendo de los términos en que quedó plasmada la atribución otorgada a la junta directiva para emitir ese tipo de permiso no había necesidad de señalar esos datos para que dicho aval surtiera efecto.

Ahora, en la hipótesis contraria, esto es, en el evento de admitir que resultaba necesaria la indicación de la totalidad de las sociedades con las cuales la sociedad Conascol S.A podría conformar una unión temporal, no puede perderse de vista que al no tratarse de un requisito cuya inobservancia pudiera alterar su capacidad legal para participar válidamente en el procedimiento selección, sino de un aspecto relativo a la representación, tal y como lo entendió la entidad contratante, esa circunstancia bien podía subsanarse a través de la ratificación del acto dentro del término concedido por la Administración, sin que con ello se transgrediera el ordenamiento jurídico ni los principios que informan la actividad contractual del Estado.

En efecto, la Sala observa que mediante oficio del 12 de junio de 1997 por el cual el Departamento de Antioquia resolvió las observaciones presentadas por Convías al informe de evaluación, consideró (fl. 48-49 c1):

“4.- Con relación a la observación atinente con la autorización dada al representante legal de Conascol, de conformar la UT, con la firmas Megaproyectos e Impregilo S.P.A., Sucursal de Colombia, analizamos que toda vez que para presentarse a una licitación o concurso se deben establecer unos requisitos de admisión y otros esenciales para su comparación, en este punto podemos aclarar que el poder presentado por la U.T. a la que nos referimos, a pesar de ser presentado en forma insuficiente ese defecto es subsanable y no afecta la selección objetiva de esta licitación, por cuanto el inciso 2º. Del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que la falta de requisitos no necesarios para la comparación de la propuesta no serán suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, lo cual es un defecto subsanable al ser considerado como un requisito de admisión de la propuesta.”

En estas condiciones la propuesta de la U.T. MEGAPROYECTOS, CONSACOL IMPREGILO, PERVEL, CONCORPE, adolece de un defecto de formalidad el cual puede ser subsanado ampliando las facultades conferidas con el poder al doctor Luis Fernando Sánchez y en este sentido convalidar la constitución de la Unión Temporal.”

Así pues, se impone concluir que no obstante que la ausencia de indicación precisa de todas las sociedades con quienes Conascol S.A. podía integrar una unión temporal, no era una circunstancia que afectara su representación para comparecer en el procedimiento de licitación No. 13-96, aun en el caso de aceptarse que sí lo era, tal situación era pasible de ser subsanada como en efecto lo requirió la entidad.

En estas condiciones el cargo relativo a la falta de capacidad de una de las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria, no tiene vocación de prosperidad.

3.3. Incapacidad financiera de uno de los miembros del proponente ganador.

El recurrente centró su inconformidad en torno a la falta de capacidad financiera de la unión temporal adjudicaría en dos aspectos medulares:

El primero de ellos aludió al hecho de que la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. no había presentado los balances financieros a 31 de diciembre de 1996.

En segundo término refirió que la firma Pervel Ltda., se encontraba en situación de concordato, circunstancia que no obstante afectar su capacidad financiera al punto que motivó que la dirección jurídica de la entidad conceptuara acerca de la necesidad de rechazar su propuesta, el área financiera optó por guardar silencio frente al tema.

En el orden expuesto serán analizados los anteriores cargos:

3.3.1).- En cuanto a la ausencia de balances financieros a 31 de diciembre de 1996 correspondientes a las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria, la Sala recuerda que de conformidad con el numeral 1.10 – 19 del pliego de condiciones correspondiente a la Licitación No. 13-96, dentro de los documentos esenciales para la comparación de las propuestas se solicitó: *“Balance general correspondiente al último ejercicio fiscal, firmado por un contador público matriculado”*.

Posteriormente en las modificaciones introducidas al pliego de condiciones de la licitación No. 13-1996, mediante oficio del 27 de febrero de 1997, se indicó que el balance financiero serviría como soporte para la calificación de la capacidad financiera, como factor de escogencia (fl., 135-137 anexo 1):

“1.13.5. Capacidad Financiera (50/100)

De acuerdo con el balance general solicitado correspondiente al último período fiscal y con base en la aplicación de los dos índices de evaluación seleccionados se procederá a calificar la capacidad financiera de los proponentes con un máximo de cincuenta (50) puntos así:

1.13.5.1. Cobertura del Capital de trabajo (25/100)

Será dado por la siguiente fórmula:

$$CC=(AR-PE)/CO$$

Donde:

CC= Es la cobertura del capital de trabajo.

AR=Son los activos realizables (a corto plazo)

PE=Son los pasivos exigibles (a corto plazo)

CO= Es el costo total de la obra de cada propuesta

La asignación del puntaje correspondiente, por concepto de la cobertura de capital de trabajo (CC), se hará según los siguientes parámetros:

- A las propuestas cuyo indicativo CC sea inferior al 10%, se les asignará cero (0) puntos.*
- A las propuestas cuyo indicativo CC sea superior al 100%, se les asignará el puntaje máximo.*

- *A las propuestas cuyo indicativo CC esté comprendido entre el diez y el cien por ciento (10%-100%), se les asignará un puntaje comprendido entre el cero y el cien por ciento (0%-100%) del puntaje máximo, utilizando una relación lineal.*

1.13.5.2. Apalancamiento Financiero (25/100).

Se define como= $AF = PF/PT$

Donde:

AF= Apalancamiento financiero

PF= Pasivos financieros.

PT=Patrimonio total.

La asignación del puntaje correspondiente, por concepto del apalancamiento financiero (AF), se hará según los siguientes parámetros:

- *A las propuestas cuyo indicativo AF sea superior al 80% se les asignará cero (0) puntos.*
- *A las propuestas cuyo indicativo AF sea inferior al 20%, se les asignará el puntaje máximo.*
- *A las propuestas cuyo indicativo AF esté comprendido entre el veinte y el ochenta por ciento (20%-80%), se les asignará un puntaje comprendido entre el cien y el cero por ciento (100%-0%) del puntaje máximo, utilizando una relación lineal.*

En cumplimiento a lo anterior, las sociedades integrantes de la unión temporal adjudicataria Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A., junto con su propuesta, allegaron los siguientes documentos:

- . Balances correspondientes a los años 1995 y 1996 – Megaproyectos S.A. (fl. 333-334 anexo 3).

- . Balances correspondientes a los años 1994 y 1995 –Impregilo S.A. (fls. 336-355 anexo 3).

- . Balances correspondientes a los años 1994 y 1995 – Conascol S.A. (fls. 356-375 anexo 3).

- . Balances correspondientes al año 1995 – Pervel Ltda. (fls. 376-382 anexo 3).

- Balances correspondientes al año 1995 – Concorpe S.A. (fls. 383-389 anexo 3).

Para la Sala, lo anterior merece varios comentarios:

Del texto de la reforma al pliego de condiciones en referencia se deriva que, si bien la calificación de la capacidad financiera se supeditó a la información que reposara en el balance general correspondiente al último período fiscal, dicho documento omitió precisar a qué vigencia fiscal se refería, cuestión que, en principio, constituiría un incumplimiento de la entidad pública de su carga de claridad en la elaboración de los pliegos de condiciones, carga que de manera alguna podía trasladarse a los oferentes.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la fecha de apertura de la Licitación No. 13 correspondió al 14 de noviembre de 1996 y los pliegos de condiciones en donde se estableció la necesidad de aportar el balance fiscal se retiraron por varias sociedades en diciembre de 1996, circunstancia que bien podía dar lugar a entender que el último período era el anterior a la fecha en que se abrió el procedimiento de selección, es decir, el año de 1995, a pesar de que en el pliego no se indicara.

Así las cosas, a diferencia de lo sostenido por el libelista, para la Sala no es posible afirmar que las sociedades que integraron la unión temporal adjudicataria no allegaron los documentos necesarios para comparar las propuestas, correspondientes a los balances generales de fin de ejercicio, pues en los términos expuestos, los presentados podían ser válidamente apreciados a la luz de las reglas del pliego de condiciones.

3.3.2)-. En segundo lugar, la circunstancia relativa a la admisión en concordato de la firma Povel Ltda., en criterio del recurrente, afectaba la capacidad financiera de la unión temporal de la que era parte, por lo cual en su sentir, la propuesta debió ser rechazada sin someterla a calificación.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que mediante auto No. 410610390 del 23 de enero de 1997 la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del trámite del concordato o acuerdo de recuperación de los negocios de la sociedad Pervel Ltda., Integrante de la unión temporal adjudicataria, con las formalidades previstas en la Ley 222 de 1995, en concordancia con el Decreto 1080 de 1996. Tal cual se desprende de la anotación registrada en el certificado de existencia y representación de la mencionada persona jurídica (fl. 90 anexo 3).

Dicha circunstancia fue advertida por el proponente demandante dentro del término para presentar observaciones al informe de evaluación, frente a lo cual inicialmente, la Dirección Jurídica del Departamento de Antioquia, al revisar la propuesta desde el punto de vista legal, mediante oficio del 15 de abril de 1997 consideró que *“Si bien es cierto, la Ley de contratación estatal no contempla expresamente inhabilidad para presentar propuestas de entidades en concordato, si es clara en expresar que no se podrá contratar con estas empresas. En el estudio financiero se deberá descalificar a la firma y esto conlleva la misma suerte para la U.T. que conforman.”*(fl. 45-46 anexo3)

Posteriormente, la misma dependencia a través de oficio del 12 de junio de 1997 contestó las observaciones en los siguientes términos:

“Es de advertir que el concordato no está contemplado como inhabilidad, en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y éstas son taxativas.”

Finalmente, la propuesta presentada por la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A., fue sometida a calificación obteniendo el primer orden de elegibilidad.

Teniendo de presente el breve recorrido fáctico que acaba de reseñarse y que fue objeto de acreditación, la Sala considera pertinente hacer las siguientes anotaciones:

La Ley 222 de 1995 *“Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”*

consagró el régimen de los procesos concursales, estableciendo a su turno dos modalidades: por un lado, el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor – que es en el que se encontraba la sociedad Pervel Ltda.- y de otro, el concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor.

De conformidad con esta Ley, se previó que el concordato tendría *“por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito.”*

Posteriormente, en el año 2006 fue expedida la Ley 116 por la cual se estableció el régimen de insolvencia Empresarial y se dictaron otras disposiciones relativas a los procesos de reorganización de las personas jurídicas, preceptiva que a su turno recogió la Ley 222 de 1995 y que hace parte integral de la evolución normativa del sistema de concordato en Colombia.

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 1116 de 2006, advirtió que los procesos concursales no se dirigían exclusivamente a hacer efectivas las obligaciones del deudor, pues de manera simultánea perseguían, fundamentalmente, que la persona jurídica que se hallara en él, no se viera compelida ineludiblemente a su liquidación, finalidad de contenido social que buscaba la continuidad de las actividades de la empresa para el buen provecho de la colectividad.

En el mismo pronunciamiento y con fundamento en lo anterior, se refirió a la improcedencia de que dentro del trámite de un procedimiento de selección público se rechazara una propuesta de una sociedad admitida en concordato, pues aceptar lo contrario transgrediría el principio de igualdad de acceso a la contratación pública:

“La finalidad perseguida por la ley al establecer estas condiciones especiales que faciliten la reactivación y viabilidad de la empresa no es otra que la de preservarla como fuente de empleo y de desarrollo en virtud de lo prescrito por el artículo 333 superior.

(...).

De esta manera, puede concluirse que la legislación concursal ha pasado de ser un mero instrumento para el pago ordenado de los pasivos del deudor a convertirse en una herramienta para la protección de la empresa que se

encuentra en una situación de insolvencia y que busca su preservación, permitiéndole continuar con el ejercicio de sus actividades económicas.

(...)

Las empresas que se encuentran en proceso de reorganización no ponen en peligro el interés general ni el cumplimiento de sus contratos, pues son sociedades viables económicamente que simplemente se encuentran en una situación de incumplimiento de algunos de sus pasivos.

Una sociedad que se encuentra en un proceso de reorganización no está en quiebra y por ello el Estado le permite seguir desarrollando sus actividades económicas, situación que no solamente se presenta en Colombia sino en otras legislaciones como la española, la alemana, la inglesa, la mexicana, la argentina y la peruana, pues la continuidad de los contratos y de la actividad económica del deudor es un principio del derecho concursal.

(...).

“A lo anterior cabe agregar que tal como lo señalan algunos de los intervinientes, permitir a una empresa participar en un proceso de adjudicación no implica necesariamente que se le vaya a adjudicar el contrato, sino que puede participar en igualdad de condiciones con el resto de candidatos para buscar obtener la adjudicación. Adicionalmente, tal como señala la Cámara de Comercio, uno de los aspectos que debe evaluarse en los procesos de licitación es la solvencia financiera, por lo cual si finalmente se adjudica un contrato a una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización es porque la entidad pública ha concluido, luego de analizar las finanzas de la sociedad, que ésta tiene la solvencia financiera suficiente para cumplir con el contrato.”

En este sentido, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, al analizar el principio de selección objetiva, señaló que la capacidad financiera será objeto de verificación por la entidad contratante como requisito habilitante para la participación en el proceso de selección :

“De la selección objetiva. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. 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 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. (...)^{149]}.

Por lo anterior, en cada caso, las entidades públicas deberán valorar si las empresas tienen la capacidad financiera suficiente para el cumplimiento del contrato, pero no podrá existir una imposibilidad absoluta de que una empresa que se encuentre en un proceso de reorganización participe en un proceso de licitación pública.

En tercer lugar, permitir la existencia de cláusulas que impidan a un deudor participar en un proceso de licitación sí vulneraría gravemente el principio de igualdad, por cuanto el Estado sería el único que podría establecer esta discriminación, mientras que los particulares no podrían contemplar este tipo de cláusula.

En este sentido, carecería de toda coherencia legislativa y económica que el Estado sea el único que no confíe en la viabilidad y éxito de los procesos de reorganización cuando él mismo como titular de la dirección de la economía tenga el deber de preservar a la empresa como base del desarrollo.

Esta Corporación ha señalado en este sentido la importancia del principio de imparcialidad y de la igualdad de los proponentes en los procesos de contratación pública:

“El estatuto general de contratación pública, está llamado a imprimir homogeneidad al procedimiento contractual de las diversas entidades del Estado, con el objeto de asegurar los intereses generales que coinciden con la eficiencia, transparencia y objetividad de la actuación pública. Estas notas exigen que a los proponentes que participan en una licitación se los trate de manera imparcial, vale decir, que respecto de ellos se mantenga el principio de igualdad. Por consiguiente, no puede una entidad del nivel municipal, sin demostrar un interés legítimo fundado en la Constitución, erosionar un elemento estructural de una política legislativa unitaria como es la de resguardar la igualdad entre los aspirantes a contratar con el Estado en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Aquí la autonomía territorial, encuentra un límite insuperable.”

En la misma sentencia, esta Corporación señaló la necesidad de garantizar la igualdad en el acceso a la contratación pública como un elemento fundamental de los procesos de licitación, la cual se afectaría si se establece la imposibilidad absoluta de que una empresa no pueda participar en un proceso de contratación ante la presunción ilegítima de que toda empresa que se encuentra en un proceso de reorganización no puede cumplir con un contrato estatal.

Por lo anterior, esta Corporación declarará la constitucionalidad del artículo 16 de la ley 1116 de 2006, por cuanto la misma no vulnera los artículos 1, 2 ni 366 de la Constitución, pues por el contrario, la disposición busca preservar el interés general que tiene el Estado en la recuperación de una empresa viable que se encuentra en una situación especial para salvaguardar su función social y en especial su carácter de base del desarrollo y fuente de empleo y bienestar para la sociedad.”¹⁸

Los anteriores postulados en modo alguno han sido extraños a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que igualmente ha convenido en la imposibilidad jurídica de rechazar una propuesta con fundamento exclusivo en el procedimiento concursal que afronta un oferente. En efecto, en pasada oportunidad esta Subsección se pronunció acerca de la situación de concordato en que se hallaba una de las sociedades participantes dentro del procedimiento de selección y la inviabilidad de que dicha circunstancia acarrearía el rechazo de su propuesta. Fue así como consideró:

“Igualmente sostuvo la actora que la sociedad Must Triding Ltda., había contratado a nombre de otra sociedad –Industrias Grulla- la cual se encontraba en concordato preventivo; no obstante, además de que el hecho no se probó, toda vez que no se allegó la propuesta presentada por la firma adjudicataria en la cual se pudiera corroborar el hecho de la representación, si ello hubiere sido así, no constituiría causal de ilegalidad, por cuanto, en primer lugar, el objeto social de la adjudicataria contemplaba este tipo de actividades comerciales y, en segundo lugar, el hecho de que una persona se encuentre en concordato preventivo no le impide ser contratista del Estado, como tampoco, suministrar bienes a un contratista suyo.”¹⁹

Con soporte en todo lo expuesto, y sin que resulte necesario ahondar más sobre el tema, se impone concluir entonces que el solo hecho de que la sociedad Pervel Ltda., hubiera sido admitida en concordato, no daba lugar al rechazo automático de la propuesta de la unión temporal de la cual era parte, como lo sostuvo el actor,

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-620/12.

¹⁹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 9 de marzo de 2011, actor: Sociedad Compañía Industrial de Calzado S.A., demandado. Ministerio de Defensa.

pues necesariamente la entidad ha debido someterla a la respectiva evaluación, en igualdad de condiciones con el resto de proponentes, como en efecto lo hizo, con el fin de evaluar si tenía la capacidad financiera para cumplir con el objeto de contrato producto de la licitación pública.

Por las razones expuestas, el cargo de ilegalidad analizado no prospera.

3.4. Algunas de las sociedades integrantes de la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. no asistieron a la visita al sitio de la obra.

Para el libelista la inasistencia a la visita obligatoria al sitio de la obra de Megaproyectos S.A y Conascol, constituyó una vulneración a las reglas del pliego de condiciones.

Sobre el particular la Sala puntualiza que, según se estableció en el numeral 2.14 del pliego de condiciones, los futuros oferentes debían asistir al lugar de la obra, a través de un representante quien habría de ser ingeniero civil o de vías.

Así se plasmó textualmente:

“2.14. VISITA AL SITIO DE LA OBRA

La visita al sitio de la obra será obligatoria y se hará el día 10 de enero de 1997. La reunión se efectuará a las 11:30 horas en la alcaldía del Municipio de Yalí.

Cada proponente deberá tener su respectivo representante en la visita, quien deberá ser ingeniero civil o de vías, debidamente matriculado. Lo anterior será de obligatorio cumplimiento.

Al proponente que no se presente en el sitio de la reunión en el lapso indicado no se le tendrá en cuenta la visita al sitio de la obra; por lo tanto su propuesta en caso de presentarla será desestimada.”

Debe advertirse como primer aspecto que el rechazo de la propuesta que se consagró como sanción a la inasistencia a la visita al lugar de la obra, en modo alguno habría estado llamada a surtir efectos, como quiera que iría en abierta contradicción con los postulados del Estatuto de Contratación de la Administración que informó el procedimiento de selección.

Ciertamente resulta del caso señalar 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 Estatuto²⁰ 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. En similares términos ha sido sostenido por la jurisprudencia de esta Corporación:

“Por su parte, el numeral 2 ibídem consagró aquellos requisitos que efectivamente dan lugar a la asignación de puntaje, los cuales recaen ya no sobre los oferentes sino sobre las propuestas presentadas y que conllevan a determinar cuál resulta ser la más favorable a los intereses de la administración.

“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.”²¹

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha profundizado sobre el fundamento de las causales de rechazo o descalificación de las propuestas que se introducen en los pliegos de condiciones:

“En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos por causales previstas en la ley; hipótesis bajo la cual, la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la

²⁰ 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 ...”.

²¹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 21 de noviembre de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

exclusión y así lo declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

“A manera de ejemplo, resulta perfectamente válido que la Administración excluya alguna de las propuestas presentadas, cuando hubiere comprobado que el oferente se encontraba incurso en alguna(s) de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, previstas en los artículos 8 y 9º de la Ley 80 de 1993, para participar en la licitación o el concurso, puesto que así se lo autoriza la ley.

“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 adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular²², 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 o 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.

Se tiene entonces que la objetividad en la selección, impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia- también sean conocidos por sus competidores²³ con el propósito de controvertirlos, independientemente del mecanismo de calificación que haya sido planteado en los pliegos o términos de referencia.”²⁴

De entrada la Sala evidencia que la causal de rechazo que se analiza, que se configuraría por la inasistencia a la visita al lugar de la obra, no se encontraba

²² Según Dromí, “Este derecho conforma una situación jurídica especial a favor de cada uno de los licitadores, denominada en la doctrina y en la práctica administrativa “derecho subjetivo”. El derecho de ser contratista o adjudicatario se sitúa en la categoría de los derechos condicionados, *diritti affievoliti*, que en nuestra legislación equivalen al “interés legítimo”, el que obviamente también involucra el derecho subjetivo de participar en los procedimientos, en virtud de los cuales se valorarán las ofertas y se elegirá la más conveniente para el licitante”

²³ Artículo 30 numeral 8 de la Ley 80 de 1993.

²⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, 4 de junio de 2008, Expediente: 17783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

prevista en tales términos por el ordenamiento jurídico, de modo tal que no contaba con ningún soporte normativo que le sirviera de respaldo.

A ello se agrega que la causal de rechazo tampoco se ajustaba a lo previsto en el segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues no se orientaba a exigir el cumplimiento de requisitos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que acaba de anotarse, según lo afirmado por el mismo demandante dentro del hecho tercero del libelo introductor, a la visita asistió un representante de Pervel Ltda. y otro de Concorpe, sociedades ambas que integraron la unión temporal adjudicataria.

Así pues, teniendo en cuenta el tenor literal de la regla prevista en el numeral 2.14 del pliego de condiciones, con la asistencia de esos dos representantes debía tenerse por satisfecho el requisito exigido por el Departamento de Antioquia, pues distinto a lo interpretado por el recurrente, bastaba con que fuera un representante del proponente que en este caso era precisamente la unión temporal y no cada una de las sociedades que la conformaban individualmente consideradas.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo de nulidad del acto acusado.

3.5. El equipo mínimo exigido en el pliego no se cumplió.

Según el impugnante, la entidad realizó una incorrecta evaluación de los aspectos técnicos, toda vez que no se hizo de acuerdo con la participación de la unión temporal como debió efectuarse. Agregó que la unión temporal que ocupó el primer lugar ofreció maquinaria que superaba la capacidad de peso exigida en el pliego de condiciones dado que correspondía a equipos para ser utilizados fuera de carretera.

En este punto de inconformidad el apelante textualmente sostuvo:

“Igualmente se cuestionó que el hecho jamás refutado de que la Unión Temporal ganadora había propuesta había propuesta para la ejecución del contrato, maquinaria que superaba la capacidad de tonelaje superior a los camiones rígidos C3 tándem trasero misto (sic), que eran de 23 toneladas, mientras los ofrecidos corresponden a 33,8 toneladas, que según los mismos manifiestos de importación correspondían a equipos para ser utilizados fuera de carretera.”

Revisado el pliego de condiciones, se evidencia que el equipo mínimo exigido constituyó un factor de evaluación. Tal cual quedó consignado en el numeral 1.13.3 al disponer:

“1.13.3. EQUIPO MINIMO EXIGIDO (250/1000)

Para la calificación se considerará el equipo propio y disponible, el que se posea en alquiler con opción de compra (leasing) y el que relacione como alquilado. Para las tres opciones se debe presentar los documentos que las acrediten así: certificación de propiedad para el que se relacione como propio, contrato de leasing para el que se relacione como tal y certificación de disponibilidad acompañada de la propiedad por quien la expide.

El equipo ofrecido en la propuesta tendrá un máximo de 250 puntos los cuales se asignarán a aquellos que ofrezcan como propio el equipo mínimo exigido y a los demás correspondiendo el máximo a la resultante de sumar los productos obtenidos de multiplicar la cantidad de maquinaria (sic) de cada tipo exigida por el puntaje asignado para cada unida (sic) de equipo, como se relaciona a continuación.

El oferente deberá ofrecer como mínimo el siguiente equipo:

ITEM	EQUIPO Y CARACTERISTICAS	CANTIDAD
1	<i>Bulldozer sobre orugas con potencia mínima de 140 Horse Power modelo 1990 y posteriores.</i>	4
2	<i>Bulldozer sobre orugas con potencia mínima de 270 H.P. modelo 1990 y posteriores.</i>	2
3	<i>Retroexcavadora sobre orugas con capacidad mínima de 1.0 m3, modelo 1990 o posterior.</i>	4
4	<i>Motoniveladora de con potencia mínima de 125 H.P. modelo 1990 y posterior.</i>	2
5	<i>Vibrocompactador autopropulsado con una capacidad mínima de 10 tons, modelo 1990 y posteriores.</i>	2
6	<i>Planta de trituración con capacidad mínima de 10 tons, modelo 1990 y posteriores.</i>	1

7	<i>Cargadores sobre llantas capacidad mínima de n1.5 m3 modelo 1990 o posterior.</i>	2
8	<i>Retroexcavadora sobre llantas con capacidad mínima de 0.5 m3, modelo 1990 y posteriores.</i>	2
9	<i>Terminadores de concreto.</i>	1
10	<i>Equipo de perforación con sus accesorios</i>	1
11	<i>Carrotanque irrigador de agua capacidad 800 galones como mínimo.</i>	1
12	<i>Volquetas con capacidad mínima de 6.0. m3 metros cúbicos modelo 1990 y posteriores.</i>	30
13	<i>Planta concreto hidráulico 700 m3 día.</i>	1
14	<i>Equipo para transportar concreto hidráulico con capacidad mínima de 8 m3</i>	6
15	<i>Planta eléctrica capacidad 300 kw.</i>	1

Si el proponente ofrece volquetas con mayor capacidad de la estipulada, se le tomarán en cuenta para su calificación, haciendo la equivalencia a la capacidad mínima exigida.

Para la calificación se tendrá en cuenta únicamente la cantidad de equipo mínimo exigido, debidamente relacionado en el cuadro No. 3. La omisión de alguno de los datos será calificada con cero (0) puntos para el respectivo equipo.

Para cada uno de los ítems anteriores relacionados con el equipo y por cada unidad de equipo mínimo exigido, se le asignará el puntaje que se describe a continuación:

<i>ITEM</i>	<i>PUNTAJE POR UNIDAD DE EQUIPO PROPIO</i>	<i>PUNTAJE POR UNIDAD DE EQUIPO ALQUILADO Y/O LEASING</i>
1	3.0	2.0
2	6.0	4.0
3	7.0	5.0
4	3.0	2.0

5	3.0	2.0
6	26.0	20.0
7	3.0	2.0
8	3.0	2.0
9	30.0	22.0
10	2.0	1.5
11	2.0	1.5
12	2.0	1.5
13	3.0	22.0
14	4	3.0

De otro lado, de conformidad con el acta de audiencia de adjudicación, el puntaje otorgado al proponente unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A. por el equipo ofrecido fue de 242.5 (fl. 233 c1).

Una vez revisado el material probatorio que obra en el proceso, especialmente los soportes de los equipos ofrecidos por la unión temporal adjudicataria, la Sala considera que los mismos no brindan los elementos de juicio suficientes para resolver favorablemente este punto de inconformidad, en la medida en que el apelante no explicó a cuáles de las 15 variedades de equipos ofrecidos por el adjudicatario y requeridos en el pliego de condiciones, correspondían a aquellos que según afirma, pertenecen a la categoría de camión Rígido C3 tándem trasero mixto prevista en la Resolución 13791 de 1998 en cuyo artículo 4 establece el peso máximo autorizado para los vehículos que circulen por las carreteras en operación normal.

Debe recordarse además que varios de los equipos que allí se contemplan, tales como el bulldozer o la excavadora, solo a título ilustrativo, no se utilizan para operación normal en carreteras, sino que son transportados al lugar en donde deben ejecutar su labor, es decir, por regla general son utilizados precisamente fuera de la malla vial.

El libelista tampoco expuso, con el respectivo sustento técnico que se requería para ese propósito, el cual dicho sea de paso brilla por su ausencia, por qué razón el equipo ofrecido por la adjudicataria que supuestamente rebasó los límites de peso establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte se encuadraba en esa precisa categoría (camión Rígido C3 tándem trasero mixto) y no por ejemplo en el tipo de camión Rígido C2, Rígido C3, Rígido C3 a tándem direccional o rígido C4, todos los cuales de conformidad con la resolución en comento presentan un peso máximo bruto vehicular distinto. En este punto se impone precisar que varios de los documentos que sirven de soporte de las especificaciones del equipo ofrecido por la unión temporal ganadora, reposan en varios idiomas distintos al español y no fueron debidamente traducidos de manera oficial como correspondía a la parte actora en virtud de la carga probatoria que le asistía, cuestión que en esta oportunidad impide valorar su contenido.

Ahora bien, de entender que el apelante sólo se refería a los camiones, lo cierto es que el pliego de condiciones requería tres tipos de vehículos diferentes que cabrían dentro de esa categoría, como los carrotanques, las volquetas y los equipos para transportar concreto, aspecto respecto del cual el apelante no realizó especificación alguna.

Con todo y sin en gracia de discusión se aceptara que los vehículos tipo camión ofrecidos por la unión temporal adjudicataria y que habrían de encuadrar en las tres categorías antes referidas, no se ajustaron a la normatividad sobre peso límite permitido para operación normal en carreteras -como lo afirma el actor- y que por esa razón en esos precisos ítems, esto es, 11) carrotanque, 12) las volquetas y 14) los equipos para transportar concreto, se debió calificar con cero (0) puntos, aun en el caso de restar el puntaje máximo que se habría otorgado al proponente ganador en esos aspectos, la propuesta del ahora demandante, incluso en esa hipótesis, no habría superado el puntaje total otorgado a la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A.

En efecto la calificación máxima asignada a la unión temporal vencedora por cada uno de los ítems referidos, atendiendo a las reglas de evaluación establecidas en el pliego de condiciones²⁵, habría sido la siguiente:

Ítem No. 11 – Carrotanque irrigador de agua capacidad de 800 galones como mínimo = 2 puntos

Ítem No. 12 – Volquetas con capacidad mínima de 6.0 m³ metros cúbicos, modelo 1990 y posteriores = 60 puntos.

Ítem No. 14 – Equipo para transportar concreto hidráulico con capacidad mínima de 8 m³ =24 puntos.

Total= 86 puntos.

Así pues, si se restaran esos 86 puntos al puntaje total obtenido por la propuesta de la unión temporal ganadora según el acta de adjudicación (894,34), daría como resultado 808,34, cifra que sigue siendo superior a la calificación otorgada al consorcio ahora demandante quien ocupó el segundo orden de elegibilidad con 766, 89 puntos.

Con fundamento en lo explicado, el cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

4. Otras consideraciones.

Para finalizar, la Sala conviene la necesidad de referirse brevemente a dos aspectos plasmados igualmente en la alzada.

²⁵ En esta operación se parte del supuesto hipotético de que el proponente adjudicatario ofreció la totalidad del equipo mínimo exigido y que el puntaje otorgado fue por unidad de equipo propio. Ello por cuanto aun cuando se conoce el puntaje total otorgado en este factor al adjudicataria (242) no figura en el expediente el cuadro de evaluación en el que se evaluó cada uno de los ítems que lo compone.

Con el anterior propósito debe señalar que, si bien le asiste razón al libelista cuando sostiene que el incumplimiento de los requisitos habilitantes de un proponente no da lugar a que se estime su propuesta, no es menos verídico que en el caso concreto, tal cual fue explicado ampliamente en precedencia- no se acreditó que la unión temporal adjudicataria no hubiera reunido los mismos.

Po otra parte, en relación con la imperiosa necesidad de motivar el acto administrativo de adjudicación, obligación que, en sentir del censor, fue incumplida por el Departamento de Antioquia, la Sala observa que no obstante que la decisión de adjudicación vertida en la Resolución No. 26 de junio de 1997 que dispuso adjudicar la licitación pública No. 13-96, a la unión temporal Megaproyectos S.A. – Conascol S.A. – Impregilo S.P.A.- Construcciones Pervel Ltda. – Concorpe S.A., no expuso las razones de tipo jurídico, técnico y económico en virtud de las cuales adoptó esa decisión, ciertamente en el contenido de la misma se remitió a las audiencias de adjudicación realizadas los días 5, 12 y 19 de junio 1997 las cuales dieron como resultado dicha determinación, acta que reposa en el plenario y que compendia el análisis de todos los puntos que echa de menos el demandante, y que además hace parte integral de la resolución acusada en cuanto funge como fundamento de la decisión que allí se contiene.

Todo cuanto acontece resulta suficiente para concluir que no se desvirtuó la legalidad del acto de adjudicación de la Licitación No. 013-16, contenido en la Resolución No. 13 del 26 de junio de 1996, imponiéndose así la confirmación de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

5. condena en 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 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.- CONFIRMAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010), dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Octava de Decisión, de conformidad con las razones que anteceden.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN
BARRERA**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO