

PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES - Eficacia normativa y vinculante / PLIEGO DE CONDICIONES - Control judicial de contenido y reglas de interpretación

El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata. Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva. La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.

PLIEGO DE CONDICIONES - Factores de evaluación/ CRITERIOS DE ADJUDICACION - Aplicación de los principios de selección objetiva y de igualdad

Analizada la problemática planteada desde la perspectiva de las reglas y principios de interpretación, tampoco observa la Sala que, exista razón o mérito alguno, que sugiera una interpretación y aplicación de dichos literales en sentido diverso a como los aplicó la entidad demandada, que se reitera, ponderó los ítems más representativos de todas las ofertas, para poder determinar el orden de elegibilidad de aquellas, sin que pueda admitirse, como lo pretende el actor y como lo sugirió la Contraloría Municipal en concepto rendido a propósito y allegado como prueba, que la interpretación de los literales en comento se realizará de manera aislada, con el único propósito de que el criterio de la representatividad de los ítems, no produjera ningún efecto a los fines de evaluación y calificación del precio de las propuestas. La Sala entiende que, el establecimiento de dicho criterio, cumplió la función en el caso concreto, de evitar que los precios ofertados no consultaran la realidad de costos de las obras por ejecutar, amén de servir de criterio de depuración de las varias ofertas en lo que al precio corresponde, de acuerdo con las ponderaciones y parámetros cuantitativos derivados del presupuesto oficial reservado para la obra, criterios estos que se consideran razonables y que consultan en un todo el principio de selección objetiva y de igualdad de todos los oferentes. Probado quedó que las eventuales ambigüedades que pudieran advertirse en las cláusulas objeto de controversia, quedaron disipadas en la audiencia de aclaración que a propósito se realizó, donde la entidad licitante, antes del cierre de la licitación, determinó el alcance del contenido de dichos literales, por lo cual, lejos de haberse vulnerado el debido proceso o la ley del contrato, fundamento de la demanda instaurada, cuyas pretensiones se habrán de negar por las razones aquí expuestas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

CONSEJERO PONENTE:

DOCTOR DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

REF.: Expediente No. 12.344

DEMANDANTE: GERMAN TORRES SALGADO.

DEMANDADO: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y VALORIZACIÓN "INDUVAL".

Decide la Sala el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 14 de junio de 1996 mediante la cual se dispuso:

" Se niegan las súplicas de la demanda"

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda el 20 de febrero de 1995, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el señor GERMAN TORRES SALGADO demandó al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y VALORIZACIÓN de Pereira " INDUVAL", para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" 1°.-) Decrétese la nulidad parcial de la Resolución No. 327 de octubre 20/94, en virtud de la cual se adjudicó la licitación pública No. 001/94, en lo que hace referencia al grupo I : calle 13 entre carreras 4 y 8, cuyo objeto es la construcción de obras civiles y complementarias necesarias para la pavimentación , al ingeniero DANILO FLOREZ GUARIN por un precio de \$518.233.054.80 en 120 días calendario.

"2°.-) Que como consecuencia de la nulidad parcial anterior y para efectos de los derechos desconocidos a mi poderdante con la expedición de la Resolución citada, se condene al INDUVAL a pagar al ingeniero TORRES SALGADO dentro de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, el monto total de los perjuicios padecidos en virtud de no habersele adjudicado dicha licitación en la modalidad y cantidad descritos en el hecho N°. 15 de la demanda y el 16.

Subsidiariamente y conforme lo tiene establecido en reiterados fallos el H. Consejo de Estado que se condene al pago de la suma de \$60.000.000,00 valor de la póliza única de seguro y cumplimiento, que es justamente lo que puede cobrar la administración del contratista incumplido.

"3°.-) Que se actualice el valor de lucro cesante y el daño emergente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta el valor del índice de precios al consumidor teniendo en cuenta igualmente la fecha en que se ocasionó el perjuicio y la fecha de la sentencia que se dicte criterios escogidos por el H. Consejo de estado en su sección tercera.

4°.-) Que si el INDUVAL no da aplicación a la sentencia en el término indicado en el artículo 176 del C.C.A. se pagarán intereses legales y moratorios de que trata el artículo 177 ibidem.

2. Los hechos.

Invocó como fundamento de sus pretensiones el desconocimiento u omisión por parte del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y VALORIZACIÓN DE PEREIRA "INDUVAL", - establecimiento público del orden municipal-, de los pliegos de condiciones que regían la licitación pública No. 001 de 1994 cuyo objeto era la ampliación y pavimentación en concreto de la calle 13 entre carreras 4 a 11.

Específicamente considera, en una demanda ininteligible que, si los ordinales j y k de los pliegos de condiciones se hubieran interpretado y aplicado en forma diferente a como lo hizo la entidad, la propuesta del demandante hubiera ocupado el primer lugar.

3. La actuación procesal

La entidad demandada contestó la demanda sosteniendo que la formula de adjudicación fue aplicada en un todo de conformidad con los pliegos de condiciones. Adicionalmente argumentó que antes del cierre de la licitación se fijó el alcance o contenido de los literales j y k del pliego de condiciones, objeto de la controversia jurídica. Sostuvo igualmente que, dentro de las oportunidades legales para elevar observaciones en relación con el acto de calificación, los oferentes participantes en la licitación guardaron silencio.

Una vez vinculado el adjudicatario, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y sosteniendo en lo relativo a la aplicación de los literales j y k de los pliegos de condiciones, que la entidad demandada analizó los precios unitarios de todas las propuestas que contenían ítems que representaran más del 10% del valor total de la propuesta, como que no le era dable a la entidad demandada inaplicar lo preceptuado en el literal k. Luego de hacer un relato detallado del procedimiento de calificación, argumentó que la entidad demandada aclaró con antelación el alcance de los pliegos de condiciones en lo que corresponde al análisis de los precios unitarios.

Practicadas las pruebas y fracasada la audiencia de conciliación se corrió traslado para alegar, derecho del que hicieron uso las partes así:

El actor reiteró los planteamientos contenidos en la demanda.

El demandado reiteró que el proceso de calificación en lo que a precios unitarios corresponde, de conformidad con los pliegos de condiciones - literales j y k -, se hizo sobre los ítems que representaran más del 10% del valor del contrato, previas las explicaciones y discusiones en audiencia realizada a propósito el 8 de septiembre de 1994.

4. La sentencia apelada.

El Tribunal de instancia negó las pretensiones por considerar que la demanda no contiene los presupuestos fácticos que permitan inferir el por qué se debió descartar a uno de los oferentes- Yolanda García de P-, y por lo mismo, encuentra que no se probó la ilegalidad del procedimiento de adjudicación.

En lo atañadero a la interpretación correcta de los pliegos, literales j y k del numeral 2.19.2.1, consideró que ambos son complementarios y por lo mismo encontró ajustada la conducta de la entidad demandada al contenido de aquellos.

5. El recurso de apelación.

Inconforme el demandante apeló de la sentencia para solicitar la revocatoria, argumentando que el Tribunal de instancia no analizó los hechos y tampoco comparó la propuesta del demandante con la favorecida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia objeto de impugnación será confirmada en atención a los hechos y razones que a continuación se exponen:

1. El conflicto planteado.

Ante todo subraya la Sala que, tal cual se ha sostenido en repetidas ocasiones, el éxito de la prosperidad de la pretensión de nulidad del acto de adjudicación, depende fundamentalmente, del acreditamiento del vicio de ilegalidad de este y de la prueba que permita inferir que la propuesta del demandante, estaba emplazada y merecía ser, de acuerdo con los criterios objetivos de selección, la adjudicataria, por cumplir con todos los requisitos de los pliegos de condiciones, que para el efecto se consideran ley del procedimiento de selección.

En el caso concreto, el demandante, en una ininteligible demanda, sostiene, sin fundamento fáctico alguno que, la interpretación de los literales j y k del numeral 2.19.2.1 de los pliegos de condiciones, ha debido ser diferente a como lo hizo la entidad demandada.

2. Los hechos probados.

Ha resultado acreditado que, los pliegos de condiciones de la licitación 001 de 1994 adelantada por la entidad demandada, previeron un sistema de evaluación y calificación de propuestas, en virtud del cual, se señalaron varias fases de selección, tales como verificación de operaciones aritméticas de los análisis de precios unitarios, corrección de errores encontrados, diligenciamiento total del cuadro de propuesta, ponderación del valor corregido con el 2% del valor nominal de la propuesta, ponderación con relación al presupuesto de la entidad demandada - 15% - y, se estableció una fórmula matemática que permitiría establecer un "promedio de primera aproximación", para posteriormente determinar un "promedio definitivo", para lo cual también se previó una fórmula matemática (Cfr. Flos. 20 a 22 del anexo No. 2).

Una vez obtenido el promedio definitivo, disponían los literales j y k lo siguiente:

"j) **Se hará un estudio comparativo de los análisis de precios unitarios de todas las propuestas.** Se descartarán aquellas propuestas cuyos análisis de precios difieran en más o menos el 20% del promedio aritmético de dichos análisis de todas las propuestas consideradas como elegibles.

"K) **El estudio de los análisis de precios unitarios, se hará sobre aquellos ítems que representen más del 10% del valor total de la propuesta.** Las propuestas corregidas no descartadas serán consideradas como elegibles.

"L) Se organizarán las propuestas elegibles de menor a mayor precio y este será el orden de elegibilidad "(Negrilla fuera de texto)

No obstante que, para la Sala resulta claro que ambos literales se refieren a un mismo procedimiento, esto es, a la forma de realizar el estudio comparativo de los análisis de precios unitarios y que, lo preceptuado en el literal k, determina el criterio de la representatividad de los ítems -10% del valor total de la propuesta -, respecto de los cuales se haría la comparación, lo cual permitiría considerar *prima facie* que, ambos dispositivos debían aplicarse coherentemente y con el propósito de que produjeran algún efecto en el proceso de selección, es lo cierto que, durante el proceso de licitación, surgieron dudas a propósito de la aplicación de los mismos, tal cual se infiere de las siguientes constancias:

En acta de audiencia celebrada en septiembre 8 de 1994, en cumplimiento de lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, " con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados", con la participación de varios de los proponentes, tratado el tema de la fórmula de adjudicación, se dejó constancia de lo siguiente:

" Igualmente **proponen los asistentes a la audiencia que no se tenga en cuenta en la fórmula de adjudicación el porcentaje de los precios unitarios ya que ello les privaba de maniobrar con los precios**, pues dados (sic) ciertas circunstancias como propiedad de maquinaria, descuento en materiales, etc, ellos podían rebajar algunos ítems y subir otros, **además la Subdirectora Técnica (E), manifiesta que se debe tener en cuenta que el análisis de precios unitarios solo se hará sobre aquellos ítems que se presente (sic) más del 10% del valor total del contrato** y siempre que esté desfasado en un 20% (por encima o por debajo); además, agrega que si se presenta un imprevisto que pueda disparar las cantidades de obra en un ítem representativo, si el contratista está desfasado notoriamente en el precio pactado, puede acarrearle un desequilibrio económico para cualquiera de las partes y la intención no es ni quebrar a los contratistas ni tampoco empobrecer al Estado por sobrecostos en la obra".

"También la directora agrega que la solicitud sería estudiada y se les comunicará oportunamente la decisión". (Negrilla y subrayas fuera de texto) (Cfr. Flos. 205 a 207 cuaderno No. 2)

Bien se observa que, sometida a consideración del Comité de Evaluación la solicitud de los proponentes en el sentido de que no se aplicara el porcentaje a que se refieren los pliegos de condiciones, quedó debidamente determinado y precisado en aquella oportunidad que, la evaluación se realizaría de conformidad con lo previsto en los pliegos en el literal k, esto es, teniendo en cuenta el criterio de la representatividad, que para tal efecto se determinaría sobre los ítems de más del 10% del total de la propuesta.

Así las cosas, resulta sin fundamento alguno la pretensión del demandante, de solicitar la nulidad del acto de adjudicación, por considerar unilateralmente que, la interpretación ha debido ser aquella orientada a excluir de la comparación del análisis de precios unitarios el 10% de los ítems más representativos, que es en últimas, a lo que se contrae la causa de pedir de la demanda formulada por el actor, en una interpretación benévola del libelo.

Es más, resulta particularmente interesante la consideración de la constancia dejada en el acta de adjudicación de 20 de octubre de 1994, en relación con el punto objeto de controversia, en la cual se lee que, luego de remitido el informe del Comité Evaluador a todos los proponentes, con los cuadros de evaluación y calificación de las propuestas y de haber sido publicado en la cartelera por el término legal, no se presentó ninguna observación en lo relacionado con el procedimiento de calificación. (Cfr. Flo. 14 del cuaderno No. 1).

En dicha acta se volvió sobre el punto y se lee:

" La Ing. Yolanda García pide en la audiencia se le aclare el numeral 2.19.2.1. j de los pliegos generales, donde se establece el estudio comparativo de los análisis unitarios.

"La Ing. María de los Ángeles procede a leer textualmente los numerales del 2.19.2.1. j al 2.19.2.1. l y aclara que como lo enuncia el numeral 2.19.2.1. k , el estudio comparativo de los análisis de precios unitarios, se hará sobre aquellos ítems que representen más del 10% del valor total de la propuesta, y con base en esos análisis se hace la comparación.

"La Ing. Yolanda García **dice que se debía haber hecho sobre los análisis unitarios de todas las propuestas elegibles siempre y cuando el análisis de uno de ellos superara el 10% del presupuesto así el de los otros no los superara.** La Ing. France Edith Rincón le responde que el Comité Evaluador se ciñó estrictamente a lo que dicen los pliegos **y que no es posible cambiar el procedimiento de evaluación arbitrariamente.**

"La Ing. Yolanda García hace lectura del procedimiento de calificación de la Secretaría de Obras Públicas. El Dr. Roger Marín, abogado de Induval, interviene para decir que Induval es un organismo descentralizado **y es libre de escoger objetivamente sus métodos de evaluación y calificación tal como lo establece la ley 80 -93. Por consiguiente no se**

puede sujetar en forma estrictamente igual a los procedimientos y forma de interpretación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales.

"La Directora expone que hay suficiente claridad en las explicaciones dadas por los funcionarios y pregunta si queda duda alguna al respecto.

"La Ing. Yolanda García insiste en su inconformidad.

"El Ing. Germán Torres, **expone que entendió las explicaciones dadas y que lo que ocurre es que ellos traían la costumbre de que se calificara como lo hacía el municipio**".

Bien se observa que, de las constancias dejadas en ambas audiencias, se infiere a las claras que, la pretendida modificación de lo atañadero a la fórmula de adjudicación, específicamente, de lo previsto en los literales j y k, no pasó de ser una solicitud elevada por algunos de los proponentes a la cual no accedió la entidad licitante, razón esta por la cual no puede pretenderse por la vía de la pretensión contenciosa, restarle eficacia jurídica al acto de adjudicación, solamente porque el demandante en el presente asunto considera que, la materia objeto de controversia disciplinada en dichos literales, ha debido ser interpretada y aplicada en un sentido diferente al que enseñaban los pliegos de condiciones.

Téngase presente además que, según el contenido de la última constancia dejada por la entidad, al parecer varios proponentes aspiraban a la modificación sobre el punto, porque según el propio dicho del acta, había sido costumbre aplicar la fórmula de adjudicación a la manera como lo hacían otras entidades municipales, modificación que habría permitido un juego con los valores de determinados ítems.

En estas circunstancias, bien se observa que, de lo que se trata en el presente asunto, no es precisamente de un alejamiento por parte de la entidad demandada, a la sazón licitante, del contenido de los pliegos en lo que hace a la aplicación de la fórmula de adjudicación prevista como mecanismo de selección de las propuestas dentro del proceso de licitación, sino más bien por el contrario, de una aspiración de algunos proponentes, incluido el demandante, de obtener una modificación de los literales en comento, modificación que no se produjo en su momento.

Aún aceptando que, el contenido de los literales j y k del pliego de condiciones ofrecieran una verdadera duda interpretativa, se tendría que arribar a la conclusión de que una vez advertida la misma, las partes interesadas dentro del proceso de selección, determinaron el alcance y contenido de los mismos, conclusión a la que se llega luego de analizar el material probatorio a que se ha hecho mención.

Es más, analizado el cuadro contenido en el informe de calificación de las propuestas de la licitación en lo que corresponde al grupo I , incluida la modificación del resumen de aquél, se tiene que luego de efectuadas algunas correcciones en virtud de las cuales una de las propuestas - Ingeniero Humberto García-, no ha debido ser descalificada, el orden de elegibilidad, situaba en primer lugar a quien resultó adjudicatario, toda vez que luego de aplicar la fórmula de adjudicación prevista en los pliegos, el valor corregido de su propuesta, era el menor en relación con los demás oferentes.

Se advierte igualmente que, no obstante la presencia de dichos errores, la calificación de las propuestas contenida en la resolución de adjudicación se mantiene idéntica hasta el orden de elegibilidad No. 7 , a partir del cual sufre una variación por virtud de las correcciones que, se reitera, en nada afecta el orden de elegibilidad de los primeros proponentes, dentro de los cuales, se reitera, ocupó el primer lugar el hoy adjudicatario y, el segundo, el demandante. (Cfr. Flos. 212 a 226 Cuaderno No. 2 de 1).

Es más, también se sabe que la entidad tuvo en cuenta los ítems más representativos de las ofertas, considerando aquellos que superaran el 10% del valor de cada propuesta y luego de

agotado dicho procedimiento se aplicó el 20% a que se refería el literal j de los pliegos de condiciones (Cfr. Flo. 227 cuaderno No. 2 de 1), esto es, ajustó su conducta en la aplicación de la fórmula de adjudicación a lo que disponían ambos literales, que se reitera, aún aceptando la existencia de una duda razonable, luego de fijado el contenido de los mismos, implicaba, la consideración del criterio de la representatividad de los ítems.

3. La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, su eficacia normativa y vinculante, control judicial de contenido y las reglas de interpretación.

Sabido se tiene que, dentro de los procesos de selección de los contratistas disciplinados en el estatuto de contratación estatal, ocupa lugar fundamental, la utilización del procedimiento de licitación pública, dentro del cual, los denominados pliegos de condiciones o términos de referencia, han de contener, buena parte del contenido negocial que habrá de vincular a las partes del negocio jurídico estatal, así como las reglas propias del mecanismo de selección de los oferentes.

Es por esta razón que, la elaboración del contenido de los pliegos, impone que la entidad licitante, observe rigurosamente la denominada carga de claridad y precisión, que dicho sea de paso, aparece debidamente disciplinada en el artículo 24 numeral 5 literales b, c y e de la Ley 80 de 1993, entre otras disposiciones.

En efecto, preceptúan dichos dispositivos que :

" En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

"...

"b). **Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole**, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso.

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

"...

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

Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

Es por ello que, dentro del proceso de licitación, aparece disciplinada la mencionada carga que cumple la función de garantizar el que durante todo el proceso de selección, habrá la claridad suficiente que permita una selección transparente y objetiva del contratista al punto tal que, también aparece disciplinada en el Estatuto Contractual la audiencia de aclaración y precisión del contenido de los documentos o de las exigencias contenidas en los pliegos - ex artículo 30 numeral 4-, oportunidad ésta en la cual, las partes pueden fijar y precisar el recto entendimiento del contenido de los pliegos, para así poder adecuar el ofrecimiento a lo en ellos exigido.

En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.

Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que, la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales¹ se trata, esto es, que habiendo sido faccionado por la entidad licitante unilateralmente, por lo menos alguna parte de su contenido - por regla general aquél que no aparece debidamente disciplinado en el estatuto contractual - es susceptible de una valoración e interpretación, desde la perspectiva de las denominadas condiciones generales de contratación, pues que por este aspecto, dicho acto jurídico prenegocial se asimila en cuanto a su contenido a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales.

Se hace la anterior precisión en atención a que la Sala entiende que, más allá de los requisitos objetivos necesarios que ha de contener el pliego de condiciones y de los criterios interpretativos que deben aplicarse a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas que han de consultar los fines y los principios de la ley de contratación estatal, a la cabeza el de la buena fe, amén de la igualdad y equilibrio propio de los negocios conmutativos, tal cual lo dispone el artículo 28 de la ley 80 de 1993, la naturaleza de dicho acto jurídico prenegocial, en la parte del contenido que pueda calificarse de predispuesto y no reglado en el estatuto, esto es, aquél que contiene las exigencias propias de la naturaleza del negocio a celebrar, es susceptible de depuración, e incluso de ajuste por parte del juez del contrato, solución ésta que se estima conveniente, en todos aquellos eventos que, la predisposición contenida en los pliegos de condiciones implique, bien un abuso de posición de la administración ora se concrete en cláusulas vejatorias o leoninas, que vayan en desmedro de los oferentes o bien de los contratistas.

Aquí es pertinente recordar que, es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva.

Se quiere significar con lo anterior que, si bien es cierto a la administración le corresponde un grado relativo de autonomía en lo que a la facción de los pliegos corresponde, específicamente, el referido a la materia puramente técnica propia de los requerimientos del proyectado contrato, no lo es menos que, respecto de la materia de naturaleza negocial que habrá de proyectarse a futuro en el contenido del contrato estatal, está sujeta a observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionada, amén de la de legalidad, sino de la misma manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esta etapa prenegocial, no pudiendo la entidad licitante, so pretexto de la facultad de facción unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos negociales, que desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas.

Sobre el particular ha de recordarse que el pliego de condiciones en tanto conjunto de cláusulas redactadas por la administración, de carácter obligatorio y vinculante, puede estar integrado por cláusulas que cumplen una función diferente como que algunas están orientadas

a desarrollar el proceso de selección, en tanto otras se habrán de proyectar en el negocio definitivo.

" La doctrina ha establecido tres clases de pliegos de condiciones, cuyas disposiciones pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo contrato. Son : a) Los pliegos de cláusulas y condiciones generales, que establecen las disposiciones aplicables a todos los contratos realizados por una misma administración. b) los pliegos de condiciones comunes, que establecen las disposiciones aplicables a todos los contratos referidos a una misma naturaleza de obra o de suministro. c) Los pliegos de condiciones especiales, que fijan las disposiciones particulares de cada contrato y pueden, en caso de necesidad, derogar algunas de las disposiciones del pliego de condiciones general y el de prescripciones comunes aplicables al contrato en cuestión, al mismo tiempo que les compete fijar las estipulaciones dejadas en blanco en él, por ejemplo las disposiciones referentes a la determinación del precio² ".

De la misma manera se ha sostenido que, en lo que al contenido respecta, las cláusulas de los pliegos de condiciones admiten una suerte de categorización, en tanto un grupo o categoría de cláusulas cumplen la función práctico - jurídica de determinar las reglas generales con arreglo a las cuales el contrato habrá de ejecutarse, en tanto otro grupo o categoría, está orientado a disciplinar el reglamento que habrá de regir el proceso de selección del oferente.

Pues bien, sea que se trate de las cláusulas cuya función es disciplinar el procedimiento de selección exclusivamente, ya se trate de aquellas que se integran al contenido del contrato estatal, es lo cierto que, la administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico -v.gr. contravención de norma de orden público - o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por la vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante³ de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.

Ahora bien, lo anterior no se opone a que, la administración predisponga unilateralmente las reglas propias de la adjudicación, por descontento que en tanto consulten el principio de objetividad, igualdad y claridad, al que se encuentran sujetas, condición sin la cual no pueden desplegar eficacia o sufren modificación a instancias del juzgador, materia ésta respecto de la cual la administración goza de autonomía, en tanto entidad interesada en la celebración de un contrato estatal, para disciplinar la forma, mecanismos y condiciones a que habrán de sujetarse las ofertas y de la misma manera para el establecimiento de criterios y reglas que permitan el cotejo y comparación objetivo de las ofertas presentadas.

4. El caso concreto.

Hechas las anteriores consideraciones, la Sala valorando el contenido de la cláusula predispuesta que hace parte del contenido de los pliegos de condiciones de la licitación pública que ha originado el presente conflicto, encuentra que la materia disciplinada en los literales j y k del numeral 2.19.2.1., es de aquellas respecto de las cuales la entidad licitante goza de autonomía relativa, en el entendimiento arriba expresado, como que se trata de la estatución de una típica regla de adjudicación predispuesta unilateralmente por la entidad licitante con el propósito práctico - jurídico de establecer un mecanismo objetivo de selección de las varias ofertas recibidas, no pudiéndose predicar que la adopción por parte de la entidad demandada en dichos literales del denominado criterio de la representatividad - consideración de los ítems más representativos de todas las propuestas, esto es, de aquellos que superaran en más del 10% el valor total de cada propuesta - comporte vulneración de algún principio aplicable a esa etapa del proceso de selección, específicamente, el de igualdad y selección

objetiva de los oferentes, como que su aplicación en el cotejo de las ofertas adelantado por la entidad demandada, permitía descartar aquellas propuestas que no se encontraran dentro de los límites cuantitativos predispuestos por la entidad licitante y respecto de los cuales existió conocimiento por parte de los oferentes.

Ahora bien, analizada la problemática planteada desde la perspectiva de las reglas y principios de interpretación, tampoco observa la Sala que, exista razón o mérito alguno, que sugiera una interpretación y aplicación de dichos literales en sentido diverso a como los aplicó la entidad demandada, que se reitera, ponderó los ítems más representativos de todas las ofertas, para poder determinar el orden de elegibilidad de aquellas, sin que pueda admitirse, como lo pretende el actor y como lo sugirió la Contraloría Municipal en concepto rendido a propósito y allegado como prueba (Cfr. Flos. 21 a 37 del cuaderno No. 1) , que la interpretación de los literales en comento se realizará de manera aislada, con el único propósito de que el criterio de la representatividad de los ítems, no produjera ningún efecto a los fines de evaluación y calificación del precio de las propuestas.

La Sala entiende que, el establecimiento de dicho criterio, cumplió la función en el caso concreto, de evitar que los precios ofertados no consultaran la realidad de costos de las obras por ejecutar, amén de servir de criterio de depuración de las varias ofertas en lo que al precio corresponde, de acuerdo con las ponderaciones y parámetros cuantitativos derivados del presupuesto oficial reservado para la obra, criterios estos que se consideran razonables y que consultan en un todo el principio de selección objetiva y de igualdad de todos los oferentes.

A contrario sensu, y aún aceptando una suerte de ambigüedad en las cláusulas en comento, tendríase que arribar a idéntica conclusión, esto es, avalar la interpretación y aplicación que de las cláusulas se hizo, todo lo cual en aplicación del canon interpretativo que enseña que ha de preferirse aquella que permita producir algún efecto a la cláusula incurso en ambigüedad. Pues de lo contrario no tendría sentido el que la entidad licitante hubiera predispuesto dicha cláusula sin pretender ninguna finalidad.

Por último y, por si fuera poco, probado quedó que las eventuales ambigüedades que pudieran advertirse en las cláusulas objeto de controversia, quedaron disipadas en la audiencia de aclaración que a propósito se realizó, donde la entidad licitante, antes del cierre de la licitación, determinó el alcance del contenido de dichos literales, por lo cual, lejos de haberse vulnerado el debido proceso o la ley del contrato, fundamento de la demanda instaurada, cuyas pretensiones se habrán de negar por las razones aquí expuestas.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Risaralda, del catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha,

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

Presidente de la Sala

JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

DANIEL SUÁREZ HERNANDEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

CARLOS ALBERTO CORRALES

Secretario