

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTIVIDAD PRECONTRACTUAL / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN / ACLARACIÓN DE LA OFERTA / NEGACIÓN DE RESTITUCIONES MUTUAS

[N]o queda duda de que las actuaciones de la entidad licitante fueron irregulares, ya que ante la omisión en la que incurrió [el consorcio], de conformidad con lo dispuesto en el pliego, debió rechazar la oferta o, al menos, calificar con 0 ese factor de la propuesta económica. Pero en vez de tomar una de estas decisiones, le permitió al proponente arreglar su oferta y obtener con ello el mayor puntaje general, con lo cual, resultó favorecido con la adjudicación del contrato, que se produjo, por lo tanto, a través de un acto administrativo viciado de nulidad. Como consecuencia de lo anterior, el contrato resultante de dicha adjudicación también resulta inválido, pues se fundó en un acto administrativo que será declarado nulo y, en consecuencia, el mismo pronunciamiento se hará en relación con el negocio jurídico resultante, toda vez que esa es la sanción legal que establece el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para los contratos incursos en las causales nulidad absoluta allí consagradas. Ahora bien, a pesar de la anterior declaración, no habrá lugar a ordenar restituciones mutuas a las partes del contrato, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la misma.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 44 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 48

ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En el presente caso, el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución [...] por medio de la cual adjudicó el contrato de administración delegada objeto de la Licitación Pública [...], la cual fue notificada en la audiencia pública de adjudicación [...]. En principio, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el proponente inconforme con la decisión, podía incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del referido acto administrativo, dentro de los 30 días (hábiles) siguientes a su notificación. No obstante, se advierte que el contrato adjudicado fue celebrado [...] antes de que transcurrieran los 30 días contemplados en el artículo 87 del C.C.A, razón por la cual, de acuerdo con esta misma norma, sólo resultaba posible cuestionar la validez del acto de adjudicación, como causal de nulidad absoluta del contrato celebrado, en ejercicio de la acción contractual. [...] No obstante, resulta necesario advertir que no resulta posible estudiar las pretensiones indemnizatorias de la demanda, toda vez que ellas se derivan del acto administrativo ilegal, que debió ser impugnado dentro de los 30 días siguientes a su notificación, bien sea a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es la que procede en contra de tales actos, o mediante la acción contractual, en caso de que el contrato hubiera sido suscrito antes del transcurso de esos 30 días. Pero, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, si la demanda en ejercicio de la acción contractual, se presenta por fuera de los 30 días que la ley le daba al administrado para impugnar el acto precontractual, si bien podrá analizarse la validez del contrato, con fundamento en el estudio de legalidad del respectivo acto precontractual, no habrá lugar a pronunciamiento alguno en relación con los posibles perjuicios que alegue haber sufrido el demandante, como consecuencia de tal decisión administrativa, por resultar extemporáneas tales pretensiones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87

CONCEPTO DE PLIEGO DE CONDICIONES / MODIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / AUDIENCIA DE ACLARACIONES / ERROR DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES

[E]l pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, que contiene las normas que rigen el procedimiento de la licitación pública y el contrato a adjudicar. En virtud de su obligatoriedad, tanto para los proponentes como para la misma entidad licitante, ha sido denominado ley del procedimiento de selección y ley del futuro contrato, por cuanto sus disposiciones, se imponen a todos los participantes en dicho procedimiento, tendiente a seleccionar la propuesta más favorable para la entidad, y despliegan sus efectos aún más allá de la decisión de adjudicación, irradiando al negocio jurídico que, como resultado de la misma, sea celebrado. De su naturaleza obligatoria, se deriva así mismo, la intangibilidad del pliego de condiciones, que, en principio, lo torna inmodificable, con la sola excepción de aquellos eventos en los que, a petición de los interesados, y como fruto de la audiencia de aclaración de pliegos, antes del cierre de la licitación, se pueden aclarar puntos oscuros, ambiguos o dudosos, a través de adendas; pero que, después de cerrada la licitación –es decir, cuando ya no se pueden presentar más ofertas y lo que sigue es la etapa de evaluación y calificación de las presentadas-, resulta inadmisibles cualquier cambio en los términos de dicho pliego, que entonces se torna absolutamente intangible. Las anteriores características del pliego, permiten predicar que obra una carga de claridad y precisión en su elaboración, que pesa sobre la entidad encargada de la misma, y que se traduce en que a ella le corresponde soportar las consecuencias que se deriven de los errores, vacíos, ambigüedades, etc., que se puedan presentar en el pliego de condiciones y que incidan en el procedimiento de selección del contratista. Por ello, en la etapa de evaluación de las propuestas, así ella advierta un defecto de esas características que afecte dicha labor, la entidad licitante no puede, so pretexto de facilitar la tarea, proceder a modificar los factores de calificación y ponderación de las ofertas incluidos en el pliego de condiciones, que debe aplicarse tal y como fue elaborado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza del pliego de condiciones, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, rad. 6353, C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

El término de caducidad de la acción de controversias contractuales, cuando se pretende la nulidad absoluta del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, es de 2 años contados a partir de su perfeccionamiento, a menos de que el término de su vigencia sea superior, caso en el cual el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin exceder en ningún caso de 5 años.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 LITERAL A

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la forma de computar la caducidad en la acción contractual, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, rad. 12513, C. P. María Elena Giraldo Gómez.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa, como presupuesto procesal de la sentencia, consiste en la participación de demandante y demandado en la relación jurídica sustancial que dio origen a la controversia judicial. Es decir, que tanto quien ejerció el derecho de acción mediante la presentación de la demanda, como aquella persona contra quien se dirigió la misma, hacen parte de la situación de hecho que la motivó.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de legitimación en la causa, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 13 de julio de 2016, rad. 55205, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / REGLAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA / OBLIGACIÓN DEL CONTRATANTE FRENTE AL PLIEGO DE CONDICIONES / ACLARACIÓN DE LA OFERTA

[E]l procedimiento de la licitación pública es reglado y se rige por el respectivo pliego de condiciones, al cual se someten tanto los interesados en presentar propuestas, como la entidad licitante que lo elaboró; y si bien esta última tiene la posibilidad de permitir a sus proponentes las aclaraciones de sus ofrecimientos que considere necesarias, ello es así dentro de unos límites mínimos, que garanticen la igualdad, imparcialidad y transparencia del procedimiento, por lo que tales aclaraciones no pueden recaer sobre puntos neurálgicos de las ofertas, como lo son aquellos requisitos que otorgan puntaje, puesto que los mismos, sin lugar a dudas, son necesarios para la comparación de las ofertas. [...] Dicho en otras palabras, podrán pedirse aclaraciones y explicaciones en relación con requisitos que atañen a la persona misma del contratista, su capacidad jurídica, su organización, etc., pero no respecto de aquellos requisitos que, además, serán calificados con puntaje, ya que ello atenta directamente contra la objetividad con la que deben ser evaluadas las ofertas, y se traduce en la posibilidad de corregirlas y mejorarlas, en desmedro de los oferentes que sí cumplieron a cabalidad con los requisitos calificables.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 5 PARÁGRAFO 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 30 NUMERAL 6

SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / CARACTERÍSTICAS DE LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

[L]a selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la objetividad que debe caracterizar el proceso de selección de contratistas, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, rad. 17783, C. P. Myriam Guerrero de Escobar.

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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00677-01(39945)

Actor: CONSORCIO R.S

Demandado: MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El Ministerio de la Protección Social adjudicó la Licitación Pública MPS-10-2005 al Consorcio GHN Remodelación Bogotá, quien obtuvo el mayor puntaje en la evaluación de las ofertas. Esa calificación la obtuvo luego de que la entidad le pidiera que aclarara la propuesta económica, que el consorcio no había presentado en la forma indicada por el pliego de condiciones. A pesar de que se trataba de un factor de calificación de las ofertas, se le permitió corregirlo.

ANTECEDENTES

La demanda

El 30 de noviembre de 2007, a través de apoderado debidamente constituido y

en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la sociedad Obracic Ltda. y el señor Germán Sandoval Rico, integrantes del Consorcio R.S, presentaron demanda en contra de la Nación-Ministerio de la Protección Social -y como litisconsortes necesarios por pasiva, el Consorcio GHN Remodelación Bogotá y sus miembros: Horacio Francisco Mendoza Martínez, Rafael Bustos Bettin y la sociedad Horacio Mendoza Martínez y Cía. Ltda.-¹, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (fls. 8 a 34, 38 y 55, c. 1):

DECLARATIVAS.

1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 4102 del 22 de noviembre de 2005 contentiva del acto administrativo de adjudicación de la Licitación Pública No. MPS-10-2005 cuyo objeto fue contratar mediante el sistema de administración delegada la obra civil de remodelación, adecuación, dotación, y complementarias del edificio en donde funciona la sede principal del Ministerio de la Protección Social ubicado en la carrera 13 No. 32-76 de la ciudad de Bogotá, D.C., y en donde despachan las direcciones territoriales de Antioquia (...), Valle del Cauca (...), Barrancabermeja (...), Bolívar (...), Boyacá (...), Córdoba (...), Magdalena (...) y Norte de Santander (...).

2.- Se declare así mismo la nulidad absoluta del contrato de obra pública por administración delegada No. 251 del 14 de diciembre de 2005, suscrito entre el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y el CONSORCIO GHN REMODELACIÓN BOGOTÁ.

*3.- Se declare patrimonialmente responsable a la entidad pública demandada de los perjuicios causados a la firma **OBRACIC LTDA** y al arquitecto **GERMÁN SANDOVAL RICO**, miembros integrantes del **CONSORCIO R.S**, como consecuencia de la expedición del acto administrativo y la celebración del contrato antes enunciados.*

CONDENATORIAS.

1.- Se condene a la entidad demandada y al contratista al pago de los perjuicios de orden material y de pérdida de oportunidad que se llegaren a demostrar dentro del presente proceso.

DAÑO MATERIAL / LUCRO CESANTE.

Se condene a la entidad demandada a pagar a mis clientes, el valor del 100% de la utilidad "U" esperada por el contratista, equivalente a los honorarios esperados con la ejecución del contrato y tasados en la suma de \$ 300.441.600.00, según aparece en la oferta presentada, suma de dinero que deberá ser actualizada al momento de la condena.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Representado en la frustración a que se vieron sometidos mis clientes al

¹ El Tribunal *a-quo* ordenó incluirlos en la demanda, teniendo en cuenta que el contrato se terminó el 30 de diciembre de 2007 y por lo tanto se encontraba en ejecución para la fecha de presentación de la demanda (f. 54, c. 1).

negárseles la adjudicación (sic) la licitación pública No. MPS-10-2005, a pesar de que oferta de mis representados era la mejor y más conveniente a los intereses de la entidad, por lo cual los aspirantes a contratistas vieron negada su real posibilidad de ser adjudicatarios de la licitación pública No. MPS 10-2005, ante la expedición irregular de la Resolución No. 4102 de fecha 22 de noviembre de 2005; impidiéndoles no solamente obtener la utilidad ya mencionada sino su acreditación de experiencia en el R.U.P. y con ello mejorar su capacidad de contratación.

Este perjuicio lo estimo en cuatro mil gramos oro (4.000 grs.) o su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).

Como sustento fáctico de las pretensiones, la demanda dio cuenta de la apertura, por parte del Ministerio de la Protección Social, de la Licitación Pública No. MPS-10-2005, cuyo objeto fue contratar, mediante el sistema de administración delegada, la obra civil de remodelación, adecuación, dotación y complementarias del edificio en donde funciona la sede principal del Ministerio de la Protección Social, en la ciudad de Bogotá, D.C., y en donde despachan las direcciones territoriales de Antioquia, Valle del Cauca, Barrancabermeja, Bolívar, Boyacá, Córdoba, Magdalena y Norte de Santander.

En la licitación se presentaron dos ofertas: i) por el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, y ii) por el Consorcio R.S., que fueron objeto de la respectiva evaluación, en la cual, el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, que resultó favorecido con la adjudicación, presentó su oferta económica, “(...) *en términos de una suma fija de dinero mensual por concepto de honorarios, a pesar de que el pliego de condiciones en distintos apartes exigía su presentación en términos de porcentaje, lo cual era a todas luces improcedente*”, a pesar de lo cual, la entidad procedió, oficiosamente, a convertir esa suma fija en un porcentaje del 5,81%, con el ánimo de favorecer a ese proponente, con una indebida corrección de su oferta.

Luego de que los demandantes hicieran esa observación ante la entidad, ésta, de manera indebida, procedió a solicitar al Consorcio GHN que aclarara el porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin IVA, para lo cual le concedió un día hábil, con lo que le permitió complementar o mejorar su oferta.

Según el demandante, a pesar de la extemporánea aclaración presentada por el Consorcio GHN –por fuera del plazo dado por la entidad para ello-, en la que informó que el porcentaje de los honorarios sin IVA era del 5,62% y con IVA era

del 6,52%, los honorarios estimados en la propuesta de aquel, en todo caso no estaban en consonancia con lo dispuesto por el Decreto 2090 de 1989, pues no se expresaron en un porcentaje sobre el costo base real de la obra, sino que se plasmaron en una suma fija mensual de \$14'700.000, que, conforme a la aclaración, se convertían en un 5,62% sin IVA del valor del presupuesto oficial mensual, “(...) *pues nunca se dijo que se rectificaba la propuesta en cuanto a que esta fuese conforme al valor ejecutado de la obra (...)*”.

No obstante lo anterior, y a pesar de que el demandante pidió que se rechazara la oferta del Consorcio GHN Remodelación Bogotá, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución No. 4102 del 22 de noviembre de 2005, por medio de la cual le adjudicó la Licitación Pública No. MPS-10-2005 al referido Consorcio, como consecuencia de lo cual, el Ministerio celebró con éste, el contrato de obra por el sistema de administración delegada No. 251 del 14 de diciembre de 2005.

El demandante adujo que, con la decisión administrativa demandada, i) se violó el debido proceso, al desconocer la entidad licitante las reglas de juego previstas en el pliego de condiciones, cuyas normas fueron desconocidas, en especial, el numeral 11.3.2, relativo a los honorarios del administrador delegado. Así mismo, se violó el derecho de igualdad de los oferentes, y se desconoció que la oferta de los demandantes fue la única que se ajustó a los requerimientos contenidos en el pliego de condiciones –la otra debió ser rechazada-, desconociéndose así mismo el deber de selección objetiva; ii) de igual manera, se violó el principio de preclusividad de los plazos otorgados por la administración en los procesos de selección, pues a pesar de que al Consorcio GHN Remodelación Bogotá, se le otorgó un día hábil para aclarar su oferta, mediante comunicación enviada el 1º de noviembre de 2005, el requerimiento sólo fue contestado el 4 de noviembre siguiente, es decir que la respuesta fue extemporánea; iii) el acto administrativo también está falsamente motivado, pues afirmó que el Consorcio GHN aclaró oportunamente su oferta económica, cuando ello no fue así, y sostuvo que fue la mejor oferta, cuando lo fue la del consorcio demandante.

Como consecuencia de lo anterior, el contrato celebrado con fundamento en la adjudicación ilegal también quedó viciado de nulidad absoluta, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

El trámite de primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia del 4 de junio de 2008, la cual se notificó a la entidad demandada y a los litisconsortes necesarios en la forma autorizada por el artículo 150 del C.C.A² y personalmente al Ministerio Público.

Contestación de la demanda

El Ministerio de la Protección Social contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal, aceptó algunos hechos y negó otros, y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones. Como razones de su defensa, luego de enunciar la normatividad que regula el procedimiento de licitación, destacar algunas de las disposiciones del pliego de condiciones que rigió la Licitación Pública No. MPS-10-2005 y dar cuenta del desarrollo del procedimiento licitatorio, que culminó con la adjudicación del contrato en audiencia pública al participante que presentó la mejor oferta, manifestó que el procedimiento de selección que culminó con la resolución demandada, se adelantó en forma legal y de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones (f. 76, c. 1).

Explicó que no se violó el debido proceso, ya que i) la aclaración realizada respecto de una de las ofertas –de GHN Remodelación Bogotá-, se cumplió en los términos que posibilitaba el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, sin que en ningún momento se presentara mejoramiento de la oferta por ese hecho, pues el proponente incluyó en su oferta sus honorarios, con y sin IVA, y determinó su valor total, que siguió siendo el mismo que se conoció desde el momento del cierre de la licitación; ii) el acto de adjudicación estuvo debidamente motivado, pues en él se incluyeron las observaciones efectuadas por el otro proponente – Consorcio R.S.- y la respuesta a las mismas; iii) no se vulneró la intangibilidad del pliego de condiciones, *“pues la determinación del porcentaje de honorarios por parte de los proponentes en la licitación MPS-15-2005 no fue un requisito que se exigió en el pliego de condiciones para presentar propuesta económica, sino parte de la metodología para desarrollar la evaluación por parte de la Entidad, que debía aplicar una fórmula establecida sobre porcentajes (...)”*, por lo que no se contempló como causal de rechazo de la oferta la no determinación del porcentaje al que correspondían los honorarios, respecto del valor total; iv) en cuanto al

² Mediante aviso (f. 61, 61 vto., 63 a 75, 127, 156, 183, 184 y 188, c. 1).

Decreto 2090 de 1989, explicó que se trataba de un referente para determinar los honorarios de construcción e interventoría en los diferentes tipos de contratos de obra, pero que ninguno de sus artículos estableció que las ofertas económicas de los proponentes de la administración pública debieran hacerse en porcentajes, o que no se pudieran determinar en valores absolutos aunque se ajustaran a los niveles que el decreto prevé; v) por otra parte, no es cierto que existió un condicionamiento en la propuesta del Consorcio GHN Remodelación Bogotá por no haber establecido la oferta en porcentaje, pues no sujetó a un hecho futuro e incierto el cumplimiento de lo requerido por la entidad para adjudicar, según lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La demandada también manifestó que no se violó el principio de preclusividad, pues no era cierto que el proponente, Consorcio GHN Remodelación Bogotá, no hubiera presentado la aclaración solicitada dentro del término concedido para ello, pues si bien el documento físico se radicó el 4 de noviembre de 2005, lo había hecho llegar vía fax el día 2 de noviembre, por lo cual fue totalmente oportuna.

Por las razones anteriores, tampoco era cierto que hubo falsa motivación del acto demandado y, por lo tanto, tampoco lo era que el contrato celebrado estuviera viciado de nulidad absoluta, pues se celebró con quien presentó la oferta más favorable para la entidad, por haber ocupado en la evaluación de las ofertas el primer lugar en el orden de elegibilidad, de acuerdo con los factores de calificación establecidos en el pliego de condiciones, uno de los cuales era, precisamente, el de la oferta más económica –además del puntaje por indicadores financieros, y las variables técnicas establecidas sobre capacidad y equipo de trabajo-, que debía recibir mayor puntaje, como en efecto sucedió.

Propuso como excepciones i) *“la inexistencia de las obligaciones demandadas de pagar el cobro de perjuicios de orden material y daño extrapatrimonial”*, que sustentó con argumentos similares a los ya enunciados, sobre la adjudicación a la mejor oferta; y ii) *“la ausencia de legitimidad sustancial de la declaratoria de nulidad que se pretende”*, pues considera que la acción escogida no era la idónea para plantear todas las pretensiones aducidas en la demanda, ya que de acuerdo con lo dispuesto por la ley, una vez celebrado el contrato, *“únicamente se podrá impugnar los actos anteriores a este, como lo es la adjudicación, como fundamento de su nulidad absoluta”*.

Los alegatos de conclusión

Mediante providencia del 3 de febrero de 2010 (fl. 190, c. 1), el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y mediante auto de 21 de abril del mismo año (fl. 193, c. 1), se dio traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual, tanto la demandante, Consorcio R.S., como el Ministerio de Protección Social, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación. El Ministerio Público guardó silencio (f. 194 y 202, c. 1).

La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 2 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda (f. 206 a 213, c. ppl.).

La decisión del *a-quo* obedeció a que luego de analizar las pruebas sobre el procedimiento licitatorio adelantado por la entidad demandada, en especial las relacionadas con la evaluación de la oferta económica de los proponentes, consideró que legalmente aquella estaba facultada para solicitar aclaraciones a las propuestas presentadas en la licitación, por lo que resultaba procedente la que le pidió al Consorcio GHN Remodelaciones Bogotá, en el sentido de manifestar cuál era el porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin IVA.

Aseguró el *a-quo* que, con la solicitud de aclaración, no favoreció indebidamente a dicho proponente, ya que al responder, este no mejoró su oferta, *“pues de la calificación económica realizada por la parte demandante (sic) se observa que el consorcio citado propuso como honorarios la suma de \$ 14.700.000 (valor que se presume allegado en su momento, pues la parte actora no aportó la propuesta del proponente adjudicatario, pero de la resolución acusada se desprende que fue ese valor el propuesto), pues a pesar que (sic) en la propuesta no se señaló un porcentaje por concepto de honorarios, si propuso la suma citada, y en la respuesta a la observación, no modificó dicho valor, sino que realizó la conversión de pesos a porcentaje, y se reitera sin realizar una modificación, pues como se observa en la respuesta visible a folio 563 del cuaderno 7, señala la suma de \$117.600.000, que*

equivale a la multiplicación de ocho (8) meses (duración del contrato) por la suma de \$14.700.000, valor presentado en su propuesta”.

Por otra parte, advirtió que en el pliego de condiciones no se consagró como causal de rechazo de las ofertas el hecho de que los honorarios se presentaran con una cifra en dinero, y el literal c) del artículo 7.2.1.1 del Decreto 2090 de 1989, señala que el valor de los honorarios será del 14% del costo base real, es decir, que era factible tomar el valor de los honorarios y dividirlo sobre la inversión de la obra para obtener un porcentaje, que en este caso dio 5,62%, mientras que la norma ordenaba que no fuera superior al 14%.

Al encontrar que no era procedente la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación demandado, concluyó así mismo el *a-quo*, que tampoco era procedente la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado como consecuencia de tal acto.

4.- El recurso de apelación

Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, en el que solicitó que la misma fuera revocada y en su lugar se despacharan favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró que el Ministerio de la Protección Social sí desconoció el pliego de condiciones, que exigía presentar los honorarios a través de un porcentaje del costo base real de la obra, y favoreció al consorcio ganador, al permitirle, mediante una solicitud de aclaración, corregir su oferta económica, que había sido presentada mediante la inclusión de una cifra fija mensual como remuneración, para que estableciera el porcentaje que había sido pedido en el pliego (f. 215 y 222, c. ppl.).

Sostuvo que las aclaraciones y modificaciones complementarias no pueden utilizarse como excusas para corregir la deficiencia de las ofertas, como en el presente caso, en el que era claro que el valor de la oferta se debía consignar en términos de porcentajes, so pena de no tener puntaje o, en su defecto, generar el rechazo de la oferta, por ausencia de requisitos necesarios para la comparación de las mismas, conforme a lo dispuesto en el numeral 10.7 del pliego y, además, que *“(…) tampoco es cierto que bastase un valor numérico absoluto para arribar a la conclusión de la indicación porcentual pues nótese como a la entidad pública*

y al oferente les dan valores porcentuales diversos, de manera que el valor consignado en la oferta no era suficiente para satisfacer lo dispuesto en el numeral 11.3.2 del pliego en mención”.

Trámite en segunda instancia

El recurso fue admitido por esta Corporación el 22 de marzo de 2011 (fl. 228, c. ppal) y, en providencia del 7 de abril ese mismo año (fl. 445 c. ppal), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En esta oportunidad, intervino la parte demandada, con escrito en el cual reiteró los argumentos expuestos en oportunidades anteriores, en torno a la legalidad del procedimiento de selección y sus actuaciones en el mismo, que concluyó con el acto de adjudicación de la licitación pública, en favor del proponente que había presentado la mejor oferta. Agregó que en el pliego de condiciones, se había exigido presentar la oferta en pesos colombianos, por lo que no se podía afirmar, como lo hizo el demandante, que la oferta presentada por el consorcio ganador, no hubiera contenido la propuesta económica en la forma exigida por dicho pliego, y que con la aclaración de la operación aritmética que presentó, no hubo modificación de la oferta, se mantuvieron los valores allí establecidos, y no se varió ningún valor de precio ni numérico (f. 291, c. ppl.).

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado presentó concepto (f. 302, c. ppl.), en el cual solicitó confirmar el fallo de primera instancia. Consideró, en primer lugar, que de acuerdo con lo establecido por la ley en cuanto a la impugnación de actos administrativos precontractuales, el acto de adjudicación podía ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, pero una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos sólo podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato, en ejercicio de la acción contractual, *“y se puede reclamar la reparación de los daños derivados del acto precontractual demandado, siempre y cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho acumulable a la anterior hubiese sido interpuesta dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto previo o precontractual, pues en caso contrario, esto es, si la acción se ejerció después de tal término, ya no es factible*

pretensión patrimonial alguna". En el presente caso, el acto de adjudicación fue proferido el 22 de noviembre de 2005 –fecha en la que fue notificado en la audiencia pública de adjudicación-, el contrato fue celebrado el 14 de diciembre de 2005 y la demanda, se presentó el 30 de noviembre de 2007. Es claro que la acción que se podía incoar era la contractual, pero, dado que no se presentó dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto precontractual demandado, *"en el evento de prosperar la declaratoria de nulidad del acto precontractual en el caso que nos ocupa no habría lugar a reconocer las pretensiones indemnizatorias reclamadas por los demandantes"*, y por lo tanto, resulta impertinente cualquier estudio tendiente a establecer si la propuesta del demandante era la mejor y más conveniente para la administración

En cuanto a las pretensiones anulatorias del acto de adjudicación, analizó el material probatorio obrante en el plenario, y llegó a la conclusión de que el debido proceso y el principio de preclusividad no fueron transgredidos por la entidad demandada y, en consecuencia, es inexistente la falsa motivación alegada por la parte actora; no se vulneró la ley de contratación y tampoco se desconoció el pliego de condiciones, *"toda vez que ejercer la facultad de solicitar aclaraciones con relación a las propuestas presentadas por los oferentes no constituye una extralimitación de funciones, dado que dicha atribución es de origen legal (...)"*. Consideró que el Consorcio GHN Remodelaciones Bogotá, dio respuesta a la solicitud aclaratoria dentro del término indicado por la entidad licitante, pues en ese lapso la remitió vía fax, por lo que no fue extemporánea; y la solicitud misma de aclaración, sobre *"el porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin IVA"*, tampoco constituyó una vía de hecho ni una posibilidad para que el consorcio corrigiera o mejorara su propuesta económica, pues los parámetros que tuvo en cuenta el proponente en su respuesta, para obtener el referido porcentaje sin IVA (5,62%), correspondieron a la conversión de pesos a porcentaje, tomando como referente los mismos valores absolutos en pesos que presentó en su oferta económica inicial, y se obtuvo una *"cifra porcentual que no supera el 14% establecido en el pliego de condiciones y que además consulta el sentido y alcance de los prescrito en el Decreto 2090 de 1989"*.

Concluyó que no existían motivos para que la propuesta del Consorcio GHN Remodelación Bogotá fuera rechazada, y por lo tanto, los cargos formulados en la demanda contra el acto de adjudicación, no estaban llamados a prosperar,

como tampoco la solicitud de declarar la nulidad absoluta del Contrato 251 de 2005.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 2 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación³, en virtud de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales, es la jurisdicción contencioso administrativa, y dado que en este caso el contrato en el que se origina la controversia, adjudicado mediante el acto administrativo demandado, se suscribió entre un particular y el Ministerio de la Protección Social, es dable concluir que esta jurisdicción es la competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

2.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa, como presupuesto procesal de la sentencia, consiste en la participación de demandante y demandado en la relación jurídica sustancial que dio origen a la controversia judicial. Es decir, que tanto quien ejerció el derecho de acción mediante la presentación de la demanda, como aquella persona contra quien se dirigió la misma, hacen parte de la situación de hecho que la motivó. O dicho en otras palabras, que *“(...) el demandante es titular del interés jurídico objeto del litigio, y el demandado, es aquel de quien se podría exigir lo que se pide en la demanda, porque teniendo en cuenta su posición en la referida*

³ De acuerdo con lo establecido por el Parágrafo del artículo 164 de la Ley 446 de 1998, las normas de competencia establecidas en dicha ley, entraron a regir una vez empezaron a funcionar los juzgados administrativos, el 1º de agosto de 2006 (Acuerdo PS AA 06-3409, del 9 de mayo de 2006, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), es decir, antes de la interposición del recurso de apelación en el *sub-lite*. El artículo 40 de la misma ley, que modificó el artículo 132 del CCA, dispuso que la cuantía para que un proceso contractual fuera de doble instancia, sería el equivalente a 500 salarios mínimos legales mensuales. En el presente caso, la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2007 (fl. 8 a 34, c. 1), época para la cual el salario mínimo era de \$ 433.700 –Decreto 4580 del 27 de diciembre de 2006-, por lo que 500 salarios mínimos equivalían a \$ 216'850.000, y la mayor de las pretensiones de la demanda asciende a \$ 300'441.600.

relación sustancial, sería el llamado a responder, razón por la cual, les asiste el derecho a que el juez decida sobre la controversia, bien sea a favor de la parte demandante, acogiendo sus pretensiones o de la parte demandada, negándolas. Dicho de otro modo, son los hechos en torno a los cuales gira el litigio y la participación de las partes en los mismos, los que determinan su legitimación”⁴.

En el presente caso, los demandantes, sociedad Obracic Ltda. y Germán Sandoval Rico, integrantes del Consorcio R.S, quienes participaron en calidad de proponentes en la Licitación Pública MPS-10-2005, adelantada por la entidad demandada, están legitimados para pedir la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato 251 de 2005, celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, con fundamento en la ilegalidad del acto precontractual de adjudicación, Resolución 4102 del 22 de noviembre de 2005, cuya nulidad también pidieron, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del CCA –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, norma de conformidad con la cual 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 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, pero una vez celebrado el contrato, *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*.

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social, está legitimado por pasiva, toda vez que es la entidad que profirió el acto administrativo demandado y celebró el contrato respecto del cual se pidió que se declarara su nulidad absoluta.

El contratista, Consorcio GHN Remodelación Bogotá y sus miembros: Horacio Francisco Mendoza Martínez, Rafael Bustos Bettin y la sociedad Horacio Mendoza Martínez y Cía. Ltda., están legitimados por pasiva, en cuanto para el momento en que se presentó la demanda, se encontraba en ejecución el contrato cuya validez se cuestionó en la misma.

3.- Oportunidad de la demanda

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 28386, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

La demanda presentada en el *sub-lite*, está dirigida a que se declare la nulidad del acto de adjudicación proferido dentro de la Licitación Pública No. MPS-10-2005, adelantada por el Ministerio de la Protección Social, y como consecuencia de dicha declaración, que se declare también la nulidad absoluta del contrato de obra por el sistema de administración delegada No. 251 de 2005, celebrado entre dicho ministerio y el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, como resultado de aquella decisión. El inciso 2º del artículo 87 del C.C.A, establece:

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

En el presente caso, el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución No. 4102 del 22 de noviembre de 2005, por medio de la cual adjudicó el contrato de administración delegada objeto de la Licitación Pública No. MPS-10-2005, la cual fue notificada en la audiencia pública de adjudicación, llevada a cabo ese mismo día (f. 339, c. 2).

En principio, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el proponente inconforme con la decisión, podía incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del referido acto administrativo, dentro de los 30 días (hábiles) siguientes a su notificación.

No obstante, se advierte que el contrato adjudicado fue celebrado el 14 de diciembre de 2005 –contrato de obra por el sistema de administración delegada No. 251- (f. 343, c. 2), es decir antes de que transcurrieran los 30 días contemplados en el artículo 87 del C.C.A, razón por la cual, de acuerdo con esta misma norma, sólo resultaba posible cuestionar la validez del acto de adjudicación, como causal de nulidad absoluta del contrato celebrado, en ejercicio de la acción contractual.

El término de caducidad de la acción de controversias contractuales, cuando se pretende la nulidad absoluta del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, es de 2 años contados a partir

de su perfeccionamiento, a menos de que el término de su vigencia sea superior, caso en el cual el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin exceder en ningún caso de 5 años.

Con base en lo anterior, y toda vez que en el presente caso, la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales fue presentada el 30 de noviembre de 2007, resulta evidente que lo fue en forma oportuna, en cuanto a la pretensión anulatoria del contrato demandado, con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación.

No obstante, resulta necesario advertir que no resulta posible estudiar las pretensiones indemnizatorias de la demanda, toda vez que ellas se derivan del acto administrativo ilegal, que debió ser impugnado dentro de los 30 días siguientes a su notificación, bien sea a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es la que procede en contra de tales actos, o mediante la acción contractual, en caso de que el contrato hubiera sido suscrito antes del transcurso de esos 30 días.

Pero, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, si la demanda en ejercicio de la acción contractual, se presenta por fuera de los 30 días que la ley le daba al administrado para impugnar el acto precontractual, si bien podrá analizarse la validez del contrato, con fundamento en el estudio de legalidad del respectivo acto precontractual, no habrá lugar a pronunciamiento alguno en relación con los posibles perjuicios que alegue haber sufrido el demandante, como consecuencia de tal decisión administrativa, por resultar extemporáneas tales pretensiones.

A propósito de esta cuestión, el Consejo de Estado se ha referido en diversas providencias a las distintas hipótesis temporales que pueden tener cabida al presentarse alguno de los supuestos fácticos descritos en el artículo 87 del C.C.A:

La primera hipótesis se refiere a aquellos casos en los cuales el contrato estatal no se ha celebrado aun para la fecha en que, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del correspondiente acto administrativo de adjudicación, se demanda ese acto administrativo previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual y sin mayor discusión se tiene que el interesado podrá pretender e incluso obtener tanto la declaratoria judicial de nulidad del aludido acto administrativo, como el restablecimiento de sus derechos, cuestión ésta que de ordinario se concreta en el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el acto nulo y la consiguiente condena para repararlos.

Una segunda hipótesis dice relación con aquellos casos en los cuales hubiere transcurrido el término de 30 días sin que se hubiere celebrado el correspondiente contrato estatal pero igual sin que se hubiere formulado demanda contra el acto administrativo previo dentro de ese mismo término, cuestión que, como resulta apenas natural, da lugar a la configuración de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual priva definitivamente al interesado de la posibilidad de revivir ese plazo y/o de acudir en una nueva oportunidad ante la Jurisdicción en procura de obtener el reconocimiento de los derechos que le habrían sido desconocidos con la expedición del correspondiente acto administrativo.

Así pues, si con posterioridad al vencimiento del aludido plazo de los 30 días se celebra el correspondiente contrato estatal, mal podría considerarse que quien dejó operar la caducidad administrativa para demandar el acto previo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pudiere encontrar entonces en la acción contractual una oportunidad nueva para demandar aquello que no cuestionó judicialmente dentro del plazo que la ley le estableció para ese propósito⁵.

En consecuencia, la alternativa que le abre la ley para que pueda demandar la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en, o como consecuencia de, la ilegalidad de los actos administrativos previos, si bien le permite elevar pretensiones para que dichos actos previos también sean judicialmente declarados nulos, lo cierto es que ya no podrá pretender y menos obtener resarcimientos o indemnizaciones de carácter económico o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de sus derechos, puesto que en cuanto dicho interesado dejó operar la caducidad en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la oportunidad que tiene en esta nueva etapa para demandar esos mismos actos previos se encuentra limitada, como el propio texto de la ley lo determina, a reclamar la declaratoria de "... ilegalidad de los actos previos solamente como fundamento de [la] nulidad absoluta del contrato".

La tercera hipótesis corresponderá a los eventos en los cuales la entidad estatal y el adjudicatario proceden a celebrar el contrato estatal antes de que expire el término de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, sin que para esa fecha el proponente vencido hubiere ejercido la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto previo, situación que si bien determina que el interesado ya no podrá ejercer la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la ley expresamente le dejó abierta la opción para ejercer válidamente la acción contractual, dentro de la cual deberá pretender la nulidad del contrato estatal y la declaratoria de ilegalidad de los actos previos⁶, pretensión que –según ya se indicó– incluso servirá de

⁵ Cita original de la sentencia: "Se acude aquí tanto a la interpretación gramatical como sistemática del texto del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, de conformidad con las reglas de interpretación de los artículos 27 y 30 del Código Civil, para lo cual se emplea una técnica de hermenéutica jurídica conocida como la reducción al absurdo, puesto que evidentemente si la interpretación fuera la contraria, se llegaría a la consecuencia de que el término de 30 días fijado en la norma no tendría ningún alcance y que su vencimiento no conllevaría ningún efecto -puesto que estaría subsumido en el término general de 2 años- con lo cual se llegaría al absurdo de una disposición legal sin sentido u objeto, cuestión que resultaría contraria al principio de interpretación normativa, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, del efecto útil de la norma".

⁶ [17] "Cita original de la sentencia: "De acuerdo con la sentencia C-712 de 2005 se advirtió que la posibilidad de demandar en forma separada los actos precontractuales cesa a partir de la celebración del contrato respectivo, interpretación en la cual se siguió la jurisprudencia del Consejo de Estado en auto de 13 de diciembre de 2001, expediente 19.777 y que se ha respetado en diversos pronunciamientos de la Sección Tercera de

fundamento para que prospere aquella de nulidad del contrato, con la anotación de que en estos casos y siempre que la acción contractual se ejerza dentro del mencionado término de 30 días, el interesado también estará legitimado para solicitar el restablecimiento de los derechos que le fueron desconocidos como resultado de la indebida adjudicación, puesto que resultaría ilógico y contrario a los más elementales conceptos de justicia y de equidad, que se asumiere que dicho interesado no pudiere ya formular pretensiones económicas o resarcitorias dentro de la acción contractual que será la única que en este caso tendrá a su disposición, aunque la ejerza dentro del plazo que inicialmente se le fijó para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya desaparición sobrevino por razón de la celebración del correspondiente contrato estatal.

Ahora bien, si en el marco de esta tercera eventualidad se ejerce la correspondiente acción contractual con posterioridad al vencimiento de los mencionados 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del acto de adjudicación, según fuere el caso, necesariamente habrá de concluirse de nuevo que en este específico contexto las únicas pretensiones que podrían abrirse paso serán aquellas encaminadas a obtener las correspondientes declaratorias de nulidad del acto administrativo previo de adjudicación y la consiguiente o consecuencial nulidad absoluta del contrato, sin que resulte posible para el Juez de lo Contencioso Administrativo considerar y menos aún estimar las pretensiones económicas resarcitorias del restablecimiento del derecho por la no adjudicación del contrato estatal correspondiente⁷.

En el presente caso, se advierte que el acto de adjudicación fue proferido en audiencia pública el 22 de noviembre de 2005, y el contrato resultante se celebró con el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, el 14 de diciembre del mismo año (c. 5), es decir que no habían transcurrido los 30 días –hábiles- a los que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como término para impugnar el acto precontractual a través de la acción de controversias contractuales. Ello significa que el interesado, tal y como lo estableció la norma, ya sólo podría cuestionar la validez del acto de adjudicación como causal de nulidad del contrato celebrado, en ejercicio de la acción contractual.

Efectivamente, el Consorcio R.S. presentó la demanda que dio inicio al presente proceso en ejercicio de la acción contractual, pero lo hizo el 30 de noviembre de 2007, es decir, por fuera de los 30 días otorgados por la ley para impugnar el acto de adjudicación.

En consecuencia, procederá la Sala a estudiar la legalidad del acto de adjudicación con base en los cargos efectuados en la demanda, como

esta Corporación, según se relacionó anteriormente en el cuadro resumen de jurisprudencia”.

⁷ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de enero de 2014, expediente: 30.250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Citada y reiterada en sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 48905, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

fundamento de la impugnación de la validez del contrato estatal demandado, pero se abstendrá de analizar, por las razones expuestas, las pretensiones indemnizatorias de la parte actora.

4. El problema jurídico

Teniendo en cuenta los hechos probados y el contenido del recurso interpuesto por el apelante, deberá la Sala establecer si el acto de adjudicación demandado es ilegal, por haber sido expedido con violación del debido proceso y desconocimiento de las reglas del pliego de condiciones que rigió la licitación, al haber permitido, en forma indebida, que el proponente favorecido con la decisión corrigiera extemporáneamente su propuesta, como lo afirma el recurrente. Y como consecuencia de lo anterior, si el contrato que se suscribió como resultado de tal adjudicación, quedó viciado de nulidad absoluta, por causa de la ilegalidad del acto administrativo demandado, que le sirvió de fundamento.

5. Los cargos contra el acto administrativo de adjudicación

El recurrente adujo que el acto demandado es ilegal, dado que recayó en una propuesta que ha debido ser rechazada por ausencia de requisitos necesarios para la comparación de las ofertas, conforme al numeral 10.7 del pliego de condiciones, o al menos, debió obtener un puntaje de 0 en ese factor de calificación, por cuanto no cumplió con el deber impuesto por el pliego de condiciones, de presentar su oferta económica en forma de un porcentaje respecto del costo base real de la obra, sino que ofreció una suma fija de dinero mensual por concepto de honorarios, durante los 8 meses de duración del contrato, con lo cual contrarió lo dispuesto por el numeral 11.3.2 del pliego de condiciones.

Que, a pesar de esa irregularidad, la entidad, desconociendo la obligatoriedad de las disposiciones del pliego de condiciones, primero hizo de oficio las conversiones, y luego, le permitió al Consorcio GHN Remodelación Bogotá corregir su oferta, al solicitarle, en forma irregular, que la aclarara, con lo cual lo favoreció indebidamente, desconociendo el deber de selección objetiva, lo que condujo a la expedición de un acto administrativo de adjudicación ilegal.

La Licitación Pública

De acuerdo con las pruebas allegadas al plenario⁸, se acreditó que el Ministerio de la Protección Social abrió, el 10 de octubre de 2005, la Licitación Pública No. MPS-10-2005⁹, para la contratación de las obras, por el sistema de administración delegada, de la remodelación, adecuación, dotación y complementarias en el edificio en donde funciona la sede principal del Ministerio de la Protección Social en la ciudad de Bogotá y de 9 direcciones territoriales. Dada la naturaleza jurídica de la entidad licitante, el procedimiento de selección en cuestión, estaba sometido a las normas del Estatuto de Contratación de las Entidades Estatales, Ley 80 de 1993.

Dicha licitación, se rigió por el respectivo pliego de condiciones, del cual se destacan las siguientes disposiciones (f. 1 a 55, c. 2 y c. 4):

6.5. Aclaración de propuestas

El Ministerio de la Protección Social podrá, a su discreción, solicitar por escrito a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estime convenientes, las cuales deberán contestarse por escrito en un término no superior a dos (2) días hábiles, o menos, desde el momento de recibo de la solicitud.

Con ocasión de la respuesta los proponentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

7. PRESUPUESTO OFICIAL

⁸ En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados por las partes en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. Se advierte, en todo caso, que la entidad demandada, a solicitud del Tribunal Administrativo *a-quo*, remitió “fotocopia auténtica de los documentos del proceso de la Licitación MPS-10 de 2005, en 662 folios”, que reposan en el cuaderno 7.

⁹ Resolución 03293 del 26 de septiembre de 2005, por medio de la cual se ordenó la apertura de la licitación “(...) que tiene por objeto contratar mediante el sistema de administración delegada la obra civil de remodelación, adecuación, dotación y complementarias en el edificio en donde funciona la sede principal del Ministerio de la Protección Social ubicado en la carrera 13 No. 32-76 de la ciudad de Bogotá D.C., y en donde despachan las Direcciones Territoriales de Antioquia ubicada en la Carrera 56 A No. 51-81 de Medellín, Valle del Cauca ubicada en la Calle 15 No. 5-57 de Cali, Barrancabermeja ubicada en la Calle 59 No. 27-35 de esa ciudad, Bolívar ubicada en la Carrera 10ª No. 20-40 de Cartagena de Indias, Boyacá ubicada en la Carrera 8 No. 20-59 de Tunja, Córdoba ubicada en la Calle 28 No. 8-69 de Montería, Magdalena ubicada en la Calle 20 No. 3-22 de Santa Marta, Norte de Santander ubicada en la Calle 12 No. 4-19 de San José de Cúcuta y Santander ubicada en la Calle 31 No. 13-71 de Bucaramanga”, con un presupuesto oficial para la contratación, de \$ 2.347'200.000,00 (f. 397, c. 3).

El Ministerio de la Protección Social cuenta con un presupuesto oficial total de hasta DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.347.200.000,00), incluidos los impuestos a que haya lugar, para el pago del contrato originado en la presente Licitación Pública (...).

Este valor incluye la obra civil de remodelación, adecuación, dotación y complementarias, el valor de los gastos reembolsables y los honorarios de la administración delegada.

Las propuestas que superen el presupuesto oficial establecido para la presente licitación, serán rechazadas.

(...)

8.4. Valor de la propuesta

El valor total disponible para el presente procedimiento de selección, es hasta la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.347.200.000,00), incluidos los impuestos a que haya lugar.

Este valor incluye la obra civil de remodelación, adecuación, dotación y complementarias, el valor de los gastos reembolsables y los honorarios de la administración delegada.

El Ministerio de la Protección Social podrá solicitar una mayor discriminación de costos si lo estima necesario. Los precios, sin excepción, deberán expresarse en pesos colombianos.

Serán de la exclusiva responsabilidad del proponente los errores u omisiones en que incurra al indicar los costos o valores unitarios y totales en su propuesta, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones.

(...)

10.7. Rechazo de propuestas

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, necesarios para la comparación objetiva de propuestas, será título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (...).

11.3. Calificación de las propuestas

El Ministerio de la Protección Social evaluará las propuestas con un máximo de cien (100) puntos, teniendo en cuenta los factores y la distribución que a continuación se describen:

FACTORES	PUNTOS
CAPACIDAD TÉCNICO-OPERATIVA	45.00
PROPUESTA ECONÓMICA	40.00
CAPACIDAD ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL	5.00
CERTIFICADO DE CALIDAD ISO	5.00
CAPACIDAD FINANCIERA	5.00

TOTAL	100.00
-------	--------

(...)

11.3.2. Propuesta económica (precio) (máximo puntaje 40 puntos)

**A. Valor de los honorarios de construcción por administración¹⁰
delegada Máximo 15.00 puntos¹¹**

Los honorarios del Administrador Delegado para la categoría de la obra deben sujetarse a lo establecido en el Decreto 2090 de 1989, que serán máximo del 14% del costo base real, decreto por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura y construcción.

Para calificar los costos de administración delegada, se optará como único criterio de evaluación, el porcentaje sobre el costo base real de la obra¹².

¹⁰ Se advierte que, con anterioridad a la apertura de la licitación, se llevó a cabo una audiencia para revisar el borrador del pliego de condiciones, de la cual surgieron algunas sugerencias para ser incluidas en él, que le fueron hechas por funcionarios de la entidad a la coordinadora del Grupo de Gestión Contractual –oficio del 21 de septiembre de 2005-, “luego de realizada la audiencia pública que se celebró el pasado 19 de septiembre a la cual asistió por parte de los interesados el delegado de la firma ARQUITECTURA Y CONCRETOS”. Entre las inquietudes, se registró la siguiente: “5. El que cobra menos honorarios gana más puntaje?” a la cual se respondió que, “En efecto, conforme a lo establecido en el numeral 11.3.2. de los términos de referencia el proponente que oferte el menor porcentaje por concepto de honorarios de construcción por administración delegada –cuya tarifa máxima para el tipo de proyecto que se va a ejecutar es de 14 % según el literal c) del numeral 7.2.1.1. del Decreto 2090 de 1989-, obtendrá el mayor puntaje dando aplicación a la siguiente fórmula: (...)”, que corresponde a la misma plasmada en el pliego de condiciones en el numeral 11.3.2. (f. 405, c. 3). También obra acta de audiencia aclaratoria, del 13 de octubre de 2005, a la que asistieron varios funcionarios de la entidad y algunos de los interesados, “con el fin de dialogar sobre el contenido y alcance del Pliego de Condiciones...”, reunión en la cual, el Consorcio R.S., entre otras cosas, manifestó que “En cuanto al 14% de honorarios, se debe clarificar que es más IVA, no debe ser incluido en este 14%”, a lo cual, la entidad respondió que “Sí es mas IVA, teniendo en cuenta que el Decreto 2090 es claro en señalar que los honorarios son de un 14%”; Arquitectura y Concreto, otro interesado, preguntó: “¿Cómo es la forma de presentar la propuesta económica?” y la respuesta fue: “En porcentaje como se señala en el pliego” (f. 505, c. 7).

¹¹ Este punto fue modificado por el Adendo No. 1, y se dispuso que “Se calificará con veinticinco (25) puntos a la oferta con el menor porcentaje de administración delegada sobre el costo base real de la obra”, modificándose, en consecuencia, la respectiva fórmula: Calificación = valor porcentaje mínimo/valor porcentaje de propuesta x 25.00. En dicho adendo, también se modificó el puntaje máximo para gastos reembolsables, que pasó a ser de 15 puntos, para un total, en la evaluación de la propuesta económica, de 40 puntos (f. 542, c. 7).

¹² Mediante nota interna del 15 de septiembre de 2005, el Grupo de Infraestructura Física y Tecnología del Ministerio de la Protección Social, envió observaciones al proyecto del pliego de condiciones, en las cuales, entre otras cosas, en relación con el punto 11.3.2.A. Valor Honorarios, que decía “... que será el 14% del costo base real...”, manifestó: “Lo anterior para que se pueda calificar y dar puntaje debe expresarse así: // Para calificar los costos de Administración Delegada se optará como único criterio de evaluación, EL PORCENTAJE sobre el costo base real de la obra. // Se calificará con 15 puntos la oferta con el menor porcentaje de A.D. sobre el costo base real de la obra, de acuerdo con la siguiente fórmula: [la contenida finalmente en el pliego]. // Se aclara que los proponentes pueden fijar el porcentaje de la Administración Delegada libremente, pero no podrá ser superior al 14% del costo base real de la obra” (f. 400, c. 7).

Se calificará con quince (15) puntos a la oferta con el menor porcentaje de administración delegada sobre el costo base real de la obra, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Calificación} = \frac{\text{VR. PORCENTAJE MÍNIMO}}{\text{VR. PORCENTAJE DE PROPUESTA}} \times 15$$

VR. PORCENTAJE DE PROPUESTA

Donde: VR. PORCENTAJE MÍNIMO = Equivale al porcentaje más bajo presentado entre todas las propuestas.

Donde: VR. PORCENTAJE PROPUESTA = Es el porcentaje de la propuesta a calificar.

El proponente puede fijar el porcentaje de la Administración delegada libremente, pero no podrá ser superior al 14% del costo base real de la obra.

El proponente que no cumpla con lo señalado en el presente criterio, tendrá un puntaje de cero (0).

B. Gastos reembolsables

Máximo 25.00 puntos

Gastos reembolsables cuyo valor se encuentre:

Entre el más y menos 5% del promedio	25.00 puntos
Entre el más y menos 10% del promedio	15.00 puntos
Entre el más y menos 15% del promedio	5.00 puntos

TOTAL PUNTAJE ECONÓMICO

MÁXIMO 40.00 PUNTOS

(...).

12. INFORMES DE VERIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN

Los informes de verificación y calificación de las propuestas permanecerán en la Secretaría General del Ministerio de la Protección Social, piso 21, por un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del vencimiento del periodo de evaluación, para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.

En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Las observaciones que los oferentes presenten a los estudios se resolverán por el jefe de la entidad o su delegado en el acto de adjudicación.

Mediante nota interna con radicado 168287 del 20 de octubre de 2005, el coordinador del Grupo de Infraestructura Física y Tecnología de la entidad licitante le envió al coordinador del Grupo Administración Recursos Físicos de la misma, aclaraciones en torno a las observaciones formuladas por los interesados a los términos de referencia de la Licitación Pública MPS-10-2005, en las cuales, se refirieron las siguientes (c. 5, con múltiple foliatura; f. 109 y/o 523; f. 537, c. 7):

RESPUESTAS TÉCNICAS A LAS INQUIETUDES Y PROPUESTAS PLANTEADAS POR LOS PROPONENTES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. MPS-10-2005

En relación con las observaciones formuladas por los proponentes a los términos de referencia de la licitación de la referencia y de acuerdo con su solicitud, aclaramos lo siguiente:

1. Aclaraciones a Helena Caballero:

(...)

- Respecto al formato por el sistema de Administración Delegada, se ratifica que la presentación corresponde a lo estipulado en el decreto 2090/89 que se expresa en porcentaje, sobre el costo de la base real. El cual es de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.347.200.000,00), incluidos los impuestos a que haya lugar.

2. Aclaraciones al Arq. Germán Sandoval Rico:

(...)

- Numeral 11.3.2. Se calificará el valor de honorarios de Construcción por Administración Delegada, de acuerdo con el decreto 2090/89, con veinticinco (25.00) puntos (...).

3. Aclaraciones a Cuéllar Serrano Gómez¹³:

(...)

- Respecto a la forma de presentación de los valores de honorarios por el sistema de Administración Delegada, se ratifica que la presentación corresponde a lo estipulado en el decreto 2090/89 que se expresa en porcentaje, sobre el costo de la base real. El cual es de de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.347.200.000,00), incluidos los impuestos a que haya lugar.

(...)

Se estableció en el numeral 7 del pliego, el cual es de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/C (\$2.347.200.000,00), incluidos los impuestos a que haya lugar. Sobre este valor se deben calcular los porcentajes.

(...)

¹³ En oficio del 18 de octubre de 2005, la firma Cuéllar Serrano Gómez, presentó una solicitud de aclaración de varios puntos relacionados con la Licitación MPS-10-2005, entre las cuales, se hallan: "1) El numeral 7. PRESUPUESTO OFICIAL expresa: '...Las propuestas que superen el presupuesto oficial total establecido para la presente licitación, serán rechazadas...', ¿a qué valor de presupuesto oficial hace referencia, dado que dentro de los factores de evaluación no hay un valor específico, solamente un porcentaje de honorarios máximo (14%) y unos gastos reembolsables ...? // 2) (...) Adicionalmente en este numeral se indica que para efectos de tramitar la garantía de seriedad de la propuesta, se tendrá en cuenta el valor total ofertado, ¿es este el valor obtenido de aplicar el porcentaje ofertado sobre el valor total disponible para el presente procedimiento de selección (\$2.347.200.000)? si no lo es, por favor aclarar". (...) // 5) ¿Cuál es la forma de presentación de los valores de Honorarios y Gastos Reembolsables, factores de calificación dentro de la Propuesta Económica? // 6) Cuál es el Costo Base Real de la Obra, sobre el cual se calculará el porcentaje de honorarios del Administrador Delegado? // 10) La mejor firma para la entidad contratante en cualquier ámbito de la arquitectura y de la ingeniería, será siempre aquella que ofrezca condiciones de calidad, eficiencia y eficacia en la ejecución de los proyectos. Tener como criterio de evaluación según lo establece el numeral 11.3.2, Propuesta económica, asignar el máximo puntaje al menor porcentaje de administración delegada ofertado, es una disposición contraria a las condiciones antes mencionadas, la cual originará conflictos dentro de los posibles proponentes, quienes en aras de obtener ese puntaje máximo, ofrecerán porcentajes bajos, buscando posteriormente una compensación en el desarrollo del contrato. Por lo anterior y con el ánimo de evitar que la Entidad se vea envuelta en futuros conflictos legales, solicitamos considerar cambiar este parámetro de evaluación, considerando una fórmula que oriente el porcentaje de Administración Delegada hacia el 14%, porcentaje que establece el Decreto 2090 de 1989 para esta modalidad de contratación". Este interesado, finalmente no presentó oferta (f. 516, c. 7).

Frente al Numeral 11.3.2 Se mantiene la fórmula para la calificación de los 15 puntos valor honorarios de Construcción por Administración Delegada, de acuerdo con el decreto 2090/89, lo cual será de máximo 14%.

En la licitación se presentaron dos oferentes: Consorcio GHN Remodelación Bogotá y Consorcio R.S., según el cuadro de Relación de Propuestas, elaborado una vez se produjo el cierre de la licitación y la apertura de las ofertas¹⁴. En este cuadro, se registró el valor propuesto por cada oferente, incluido IVA, así (c. 5 con múltiple foliatura; f. 93 y/o 547):

- Consorcio GHN Remodelación Bogotá:		\$ 2.347'200.000
- Consorcio R.S.:	- Honorarios	12.8%
	- IVA	16,00%
	- Gastos reembolsables	\$89'540.000

El 1º de noviembre de 2005, la coordinadora del Grupo Gestión Contractual del Ministerio de la Protección Social envió oficio al Consorcio GHN Remodelación Bogotá, en el cual le solicitó algunas aclaraciones a su propuesta, advirtiéndole que debían allegarse dentro de un término de un (1) día hábil a partir del recibo de la solicitud; dentro de las aclaraciones pedidas, se encuentra la siguiente (c. 5, con múltiple foliatura; f. 191 y/o 566):

3.- Favor aclarar el porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin IVA, según el valor presentado en su oferta económica a folio 224 de la propuesta.

En oficio fechado el 2 de noviembre de 2005, el Consorcio GHN Remodelación Bogotá dio respuesta a la anterior petición, y respecto del punto referido al valor de los honorarios, respondió (c. 5, con múltiple foliatura; f. 188 y/o 569):

3.- El porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin IVA, según el valor presentado en nuestra oferta económica (folio No. 224) es el siguiente:

<i>% Honorarios sin IVA</i>	<i>= <u>Honorarios sin IVA</u></i>	
	<i>Inversión en obra</i>	
<i>% Honorarios sin IVA</i>	<i>= \$ <u>117.600.000,00</u></i>	<i>= 5.62%</i>
	<i>\$2.091.184.000,00</i>	

¹⁴ En el expediente obra copia de la propuesta presentada por el Consorcio R.S. (c. 6), pero no de la presentada por el Consorcio GHN Remodelación Bogotá.

4.- El porcentaje correspondiente al valor de los honorarios incluido IVA, según el valor presentado en nuestra oferta económica (folio No. 224) es el siguiente:

$$\begin{aligned} \% \text{ Honorarios incluido IVA} &= \frac{\text{Honorarios sin IVA}}{\text{Inversión en obra}} \\ \% \text{ Honorarios incluido IVA} &= \frac{\$ 136.416.000,00}{\$2.091.184.000,00} = 6.52\% \end{aligned}$$

En el plenario también obran los informes de evaluación de las dos ofertas presentadas en la licitación pública¹⁵, por el Consorcio GHN Remodelación Bogotá y Consorcio R.S. (f. 298 a 326, c. 2), en los cuales consta que las dos cumplieron con los requisitos jurídicos de participación en la licitación y, en cuanto a los puntajes obtenidos, se tiene:

Calificación técnica (puntaje máximo: 45 puntos)¹⁶:

Consorcio GHN Remodelación Bogotá:	40 puntos
Consorcio R.S.:	43 puntos ¹⁷

Capacidad administrativa y operacional (máximo puntaje: 5 puntos)¹⁸:

Consorcio GHN Remodelación Bogotá:	5 puntos
Consorcio R.S.:	5 puntos

Calidad ISO (máximo puntaje: 5 puntos)¹⁹:

Consorcio GHN Remodelación Bogotá:	5 puntos
------------------------------------	----------

¹⁵ Según cuadro de relación de propuestas de la licitación, en el que se registró que se presentaron: 1. Consorcio GHN Remodelación Bogotá y 2. Consorcio R.S. Desde la misma diligencia de cierre de la licitación, el Consorcio R.S. dejó constancia de que el otro proponente no había señalado el valor de los honorarios en porcentaje (c. 5, con múltiple foliatura, fls. 93 y/o 547 y 97 y/o 545).

¹⁶ F. 550 a 553, c. 7.

¹⁷ F. 550, c. 7; en el folio 573 del mismo cuaderno, aparece otro cuadro de calificación técnica de esta licitación, en el que el puntaje del Consorcio R.S. fue de 44. Se aumentó el puntaje otorgado a *estudios realizados* y *matrícula vigente* del director y el residente de obra, en los que había obtenido 0 puntos, a 0,50 en cada uno de ellos. Esto obedeció a que, una vez revisadas las evaluaciones por el comité de contratación, al advertir que este proponente no había presentado la vigencia de las tarjetas profesionales respectivas, por lo que había obtenido 0 puntos, se decidió que se le pidiera aclaración (f. 590, c. 7).

¹⁸ F. 572, c. 7.

¹⁹ F. 572, c. 7.

Consortio R.S.: 5 puntos

Capacidad financiera (máximo puntaje: 5 puntos)²⁰:

Consortio GHN Remodelación Bogotá: 5 puntos

Consortio R.S.: 5 puntos

Propuesta económica (máximo puntaje: 40 puntos)²¹:

Consortio GHN Remodelación Bogotá: 40 puntos

Consortio R.S.: 16 puntos

La Sala no halló en el expediente un cuadro que contuviera el resumen de la evaluación total de las ofertas, con todos los factores de calificación. No obstante, sumando los puntajes obtenidos por cada uno de los oferentes, se tiene que obtuvieron en total, el siguiente:

Consortio GHN Remodelación Bogotá: 95 puntos

Consortio R.S.: 75 puntos

Según comunicación del 8 de noviembre de 2005, la coordinadora del Grupo de Gestión Contractual de la entidad demandada envió al secretario general la segunda copia de las evaluaciones y calificaciones de las ofertas, para que fueran puestas a disposición de los oferentes durante 5 días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones (f. 593, c. 7).

El Consortio R.S., presentó observaciones a la evaluación de la oferta presentada por el Consortio GHN Remodelación Bogotá, en el sentido de que en la propuesta económica de este participante, se ofreció como valor mensual de los honorarios un costo fijo, de \$ 14'700.000,00 por mes, en vez de incluir un porcentaje aplicado sobre el costo de la base real de las obras ejecutadas, como se exigió en el pliego de condiciones, y que la entidad no podía hacer una interpretación distinta, para concederle puntaje, apartándose de las reglas previamente fijadas y admitiendo una modificación de la propuesta, que atenta contra los principios de seguridad jurídica, igualdad e inmutabilidad de las reglas del proceso de selección, así como

²⁰ F. 581, c. 7.

²¹ F. 580, c. 7

de la objetividad y transparencia que lo deben informar. Por lo tanto, pidió que, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10.7 del pliego de condiciones²², la oferta del Consorcio GHN Remodelación Bogotá fuera rechazada y que la licitación, le fuera adjudicada al Consorcio R.S. (f. 608, c. 7).

Mediante Resolución No. 004102 del 22 de noviembre de 2005, fue adjudicada la Licitación Pública MPS-10-2005 al Consorcio GHN Remodelación Bogotá²³. En dicho acto administrativo se dio respuesta a las observaciones que los proponentes habían efectuado a los informes de evaluación y calificación de las ofertas, y en relación con las presentadas por el Consorcio R.S., referidas a la evaluación económica de la propuesta del Consorcio GHN, se expresó²⁴:

Hemos estudiado con atención las observaciones propuestas por ustedes en relación con la evaluación económica de las propuestas, sobre lo cual nos permitimos precisar.

- 1. En relación con la presentación de la propuesta, los términos de referencia solicitan los valores ajustados a las disposiciones del Decreto 2090 de 1989, como lo establece el literal a) del numeral 11.3.2 de los pliegos.*
- 2. Los Honorarios de administración serán del 14% como límite máximo, por lo que los proponentes deberán expresar sus ofertas atendiendo esta disposición.*
- 3. Expresar el porcentaje en relación con el costo base real de la obra tiene que ver con el Presupuesto máximo disponible para la administración delegada.*
- 4. En el caso del CONSORCIO GHN REMODELACIÓN BOGOTÁ, éste en carta de respuesta a la Administración de fecha 02 de noviembre, aclaró el porcentaje correspondiente al valor de los honorarios sin Iva, de acuerdo con la propuesta económica plasmada en el folio 224 de la oferta²⁵ del siguiente modo:*

$$\begin{array}{l} \% \text{ Honorarios sin IVA} \quad = \frac{\text{Honorarios sin IVA}}{\text{Inversión en obra}} \\ \\ \% \text{ Honorarios sin IVA} \quad = \frac{\$117.600.000}{2.091.184.000} \quad = 5.62\% \end{array}$$

- 5. Es natural que expresar una variable en porcentaje es claramente un modo para atribuir un valor absoluto determinable en cifras corrientes, dados unos parámetros cuantitativos de referencia, que para este caso es el costo base*

²² *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, necesarios para la comparación objetiva de propuestas, será título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos ...”.*

²³ La adjudicación se produjo en audiencia pública, a solicitud del Consorcio R.S., y por disposición de la Contraloría General de la República, mediante Resolución 0009 del 15 de noviembre de 2005 (f. 621, 631, c. 5 y f. 597, c. 7).

²⁴ Obra oficio del 16 de noviembre de 2005, dirigido por Néstor Arturo Herrera Arenales al Consorcio R.S., dando estas respuestas a sus observaciones (f. 610, c. 4). Este funcionario –asesor del Ministerio de la Protección Social- fue designado, mediante Resolución 03597 de 2005, como miembro del comité evaluador de las ofertas de esta licitación, para la calificación económica y de la capacidad financiera (f. 509, c. 4).

²⁵ La oferta no obra en el plenario.

real, de modo que los elementos se pueden reconstruir ya desde los valores numéricos absolutos o desde la indicación porcentual, resultando irrelevante para la modalidad de contrato, el cual, en todo caso es por administración delegada, pues este proceso corresponde con la etapa de selección de la mejor oferta y otro, suscribir el correspondiente contrato de administración delegada. Dos ejercicios diferentes pero complementarios.

6. *En cuanto al hecho de incorporar el IVA de los honorarios para la determinación del porcentaje en relación con el costo base real, asiste razón al reclamante y se corrobora con la exposición del punto 4).*
7. *En consecuencia, la calificación económica se modifica dando como resultado los siguientes valores: CONSORCIO GHN REMODELACIÓN BOGOTÁ 40.00 puntos y CONSORCIO R.S. 21.00 puntos.*

A continuación, en la resolución se dio cuenta del resultado de la evaluación de las ofertas, las cuales cumplieron con la verificación jurídica, y de los puntajes logrados por cada uno de los proponentes en los distintos factores de calificación, lo que arrojó un total de 95 puntos para el Consorcio GHN Remodelación Bogotá (calificación técnico-operativa: 40 puntos; propuesta económica: 40 puntos; capacidad administrativa y operacional: 5 puntos; certificado de calidad ISO: 5 puntos y capacidad financiera: 5 puntos), y 80 puntos para el Consorcio R.S. (calificación técnico-operativa: 44 puntos; propuesta económica: 21 puntos; capacidad administrativa y operacional: 5 puntos; certificado de calidad ISO: 5 puntos y capacidad financiera: 5 puntos), razón por la cual se decidió adjudicar el contrato al primero.

En el contrato 251 de 2005, celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio GHN Remodelación Bogotá como resultado de la adjudicación cuya legalidad se cuestiona en el *sub-lite*, se consignó, en la cláusula sexta (f. 147, c. 5):

CLÁUSULA SEXTA. VALOR: *Para todos los efectos fiscales y legales, el valor del presente contrato se fija en la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$2.347'200.000,00) M/CTE, incluidos los impuestos de ley. PARÁGRAFO PRIMERO: Valor que comprende: a) Los honorarios en un porcentaje hasta del cinco punto sesenta y dos por ciento (5.62%) antes del I.V.A, del costo base real de la obra, es decir del valor de la inversión en obra realmente ejecutado, de acuerdo a la propuesta y al oficio radicado con el No. 181393 del 4 de noviembre de 2005 presentados por el Contratista. b) Los gastos reembolsables (...).*

Consideraciones de la Sala:

El pliego de condiciones

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia²⁶, el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, que contiene las normas que rigen el procedimiento de la licitación pública y el contrato a adjudicar. En virtud de su obligatoriedad, tanto para los proponentes como para la misma entidad licitante, ha sido denominado ley del procedimiento de selección y ley del futuro contrato, por cuanto sus disposiciones, se imponen a todos los participantes en dicho procedimiento, tendiente a seleccionar la propuesta más favorable para la entidad, y despliegan sus efectos aún más allá de la decisión de adjudicación, irradiando al negocio jurídico que, como resultado de la misma, sea celebrado.

De su naturaleza obligatoria, se deriva así mismo, la intangibilidad del pliego de condiciones, que, en principio, lo torna inmodificable, con la sola excepción de aquellos eventos en los que, a petición de los interesados, y como fruto de la audiencia de aclaración de pliegos²⁷, antes del cierre de la licitación, se pueden aclarar puntos oscuros, ambiguos o dudosos, a través de adendas; pero que, después de cerrada la licitación –es decir, cuando ya no se pueden presentar más ofertas y lo que sigue es la etapa de evaluación y calificación de las presentadas-, resulta inadmisibles cualquier cambio en los términos de dicho pliego, que entonces se torna absolutamente intangible.

Las anteriores características del pliego, permiten predicar que obra una carga de claridad y precisión en su elaboración, que pesa sobre la entidad encargada de la misma, y que se traduce en que a ella le corresponde soportar las consecuencias

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992, expediente 6353, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; sentencia del 29 de enero de 2004, expediente 10779, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, C.P.: Alier Hernández Enríquez; sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente 15475, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

²⁷ El numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 –que regula la estructura de los procedimientos de selección-, establece que *“Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. // Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. // Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia”*.

que se deriven de los errores, vacíos, ambigüedades, etc., que se puedan presentar en el pliego de condiciones y que incidan en el procedimiento de selección del contratista.

Por ello, en la etapa de evaluación de las propuestas, así ella advierta un defecto de esas características que afecte dicha labor, la entidad licitante no puede, so pretexto de facilitar la tarea, proceder a modificar los factores de calificación y ponderación de las ofertas incluidos en el pliego de condiciones, que debe aplicarse tal y como fue elaborado.

Las aclaraciones de las propuestas

Como se dijo, el pliego de condiciones resulta obligatorio tanto para la entidad que lo elaboró, como para los participantes en el proceso de selección, quienes deben acogerse estrictamente a las exigencias efectuadas por aquel para la elaboración de sus ofertas. Así lo dispone el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁸.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 –vigente para la época de los hechos- también permite que se pidan aclaraciones y explicaciones a los proponentes, cuando la entidad lo estime indispensable, actuación que podrá llevarse a cabo durante la etapa de evaluación de las ofertas²⁹, autorización que debe entenderse en el sentido de permitir que los proponentes, a solicitud de la entidad, presenten explicaciones y aclaraciones sobre puntos de sus ofertas que, si bien son indispensables para el cumplimiento cabal de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, no sean necesarios para la comparación objetiva de las ofertas³⁰, es decir, no hagan parte de los factores de calificación, que serán objeto del

²⁸ *“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación”.*

²⁹ El numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone: *“De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.*

³⁰ Al respecto, se observa que el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos –fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150/07-, disponía 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 servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”* (Se subraya).

otorgamiento de puntaje, necesario para establecer qué proponente obtiene el primer lugar en el orden de elegibilidad, por haber obtenido el más alto.

Con lo anterior, lo que el legislador dispuso fue que, frente a omisiones formales, adjetivas, que en nada inciden para la comparación objetiva de las ofertas, las mismas, a petición de la entidad, puedan ser subsanadas.³¹

Dicho en otras palabras, podrán pedirse aclaraciones y explicaciones en relación con requisitos que atañen a la persona misma del contratista, su capacidad jurídica, su organización, etc., pero no respecto de aquellos requisitos que, además, serán calificados con puntaje, ya que ello atenta directamente contra la objetividad con la que deben ser evaluadas las ofertas, y se traduce en la posibilidad de corregirlas y mejorarlas, en desmedro de los oferentes que sí cumplieron a cabalidad con los requisitos calificables.

Es decir que, so pretexto de aclarar o explicar algún aspecto de la oferta, no se puede permitir que la misma se modifique, adicione o mejore, pues se trata de aclarar dudas en su presentación, y no de cambiar o corregir ciertos aspectos de la propuesta y mucho menos, los factores de calificación; pues la determinación de los criterios de evaluación y la ponderación de los factores de calificación establecidos en los pliegos de condiciones, constituyen un aspecto rígido e inmodificable de la licitación pública, que no puede alterarse o modificarse con posterioridad a su apertura, y mucho menos después de vencido el plazo para

³¹ Refiriéndose a la Ley 80 de 1993, sostuvo la jurisprudencia: “(...) *la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o revertir la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. (...) Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25.804, C.P. Enrique Gil Botero.

presentar ofertas, puesto que esto afectaría la transparencia e igualdad de los licitantes³².

Al respecto, se observa que la Ley 80 de 1993, se limitó a manifestar que se podían pedir aclaraciones sobre requisitos o documentos *no necesarios para la comparación de las ofertas*, pero sin aclarar qué debía entenderse por tales, indefinición que, posteriormente, fue resuelta por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007³³, relativo a la selección objetiva, y que estableció en su párrafo primero lo siguiente:

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

Norma sobre la cual, sostuvo la jurisprudencia:

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “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...”.

*En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**”, los que “... **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.**”*

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que

³² Escobar Gil, Rodrigo; “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”, Legis Editores S.A., 1ª ed., 1999, p. 80.

³³ Norma que se cita a título ilustrativo, puesto que es posterior a la época de los hechos objeto de la presente controversia.

*falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás*³⁴.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el procedimiento de la licitación pública es reglado y se rige por el respectivo pliego de condiciones, al cual se someten tanto los interesados en presentar propuestas, como la entidad licitante que lo elaboró; y si bien esta última tiene la posibilidad de permitir a sus proponentes las aclaraciones de sus ofrecimientos que considere necesarias, ello es así dentro de unos límites mínimos, que garanticen la igualdad, imparcialidad y transparencia del procedimiento, por lo que tales aclaraciones no pueden recaer sobre puntos neurálgicos de las ofertas, como lo son aquellos requisitos que otorgan puntaje, puesto que los mismos, sin lugar a dudas, son necesarios para la comparación de las ofertas. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas³⁵.

En otra ocasión, en la que se analizó el rechazo de una oferta por no haber presentado ciertos documentos, dijo la Sala:

Lo anterior evidencia que el balance general y la declaración de renta se requerían para hacer la verificación de las partidas allí consignadas y, luego a ello, con fundamento en el balance general, determinar la capacidad económica del proponente. De otra parte, la conciliación de renta fiscal solo se

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 25804, C.P. Enrique Gil Botero. En similar sentido, la Subsección A sostuvo: “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 indeterminado, 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”. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, expediente 29855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, expediente 17783, citada en sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

requería en el evento en que existiera diferencia entre las partidas del balance general y la declaración de renta.

Es decir, tales documentos no eran objeto de evaluación, al punto que en ninguna parte del pliego se les asigna un puntaje, sino de verificación. Ello reviste gran importancia, porque, al no asignárseles puntaje alguno, no se puede entender que con ellos se mejorara la propuesta, ni que fueran necesarios para la comparación de las mismas.

(...)

Así las cosas, la exigencia de aportar la conciliación de renta fiscal, que tenía por objeto verificar la consistencia entre el balance general y la declaración de renta, era por completo innecesaria, pues la diferencia que pudiera haber existido fue aclarada con la declaración de renta corregida y, en consecuencia, no era viable descalificar la propuesta por falta de tal conciliación, máxime que la misma resultaba inane para la comparación y evaluación de las ofertas³⁶.

En el presente caso, tal y como se constató al dar cuenta de las pruebas que obran sobre el trámite del proceso licitatorio que culminó con el acto administrativo de adjudicación demandado, en el pliego de condiciones que lo rigió se estableció expresamente que los honorarios de la administración delegada propuestos por los ofertantes, debían presentarse mediante la consignación del porcentaje que los mismos tendrían en relación con el costo base real de las obras, y, específicamente, en el factor de calificación de las ofertas, se advirtió que se optaría *“como único criterio de evaluación, el porcentaje sobre el costo base real de la obra”*.

De la misma manera, se verificó que en el pliego de condiciones en el numeral 11.3.2, literal A, sobre el factor de calificación de *“valor de los honorarios de construcción por administración delegada”*, expresamente se dispuso que *“[e]l proponente que no cumpla con lo señalado en el presente criterio, tendrá un puntaje de cero (0)”*.

Está probado también, que entre las inquietudes planteadas por los interesados frente al pliego de condiciones, antes de la apertura de la licitación y durante su trámite, y que motivaron sus consultas y observaciones, se hallaba precisamente esta forma de presentación de los honorarios propuestos, lo que fue contestado por la entidad licitante de manera concreta, reiterando que debía presentarse bajo la forma de porcentaje, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 25397, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

por el Decreto 2090 de 1989 –literal c, del numeral 7.2.1.1³⁷-, el mismo no podía ser superior al 14% del costo base real de la obra; y que ese porcentaje propuesto, sería calificado con un puntaje, que correspondería a 25 puntos para el menor porcentaje ofrecido.

Pese a la claridad del pliego de condiciones en este aspecto, y a las manifestaciones expresas de la entidad frente a las observaciones que hicieron los interesados, reiterando aquella, la forma de presentación –mediante un porcentaje- de este requisito que sería objeto de calificación con el respectivo puntaje, el proponente GHN Remodelación Bogotá, según se consignó en el respectivo cuadro de cierre de la licitación y apertura de las ofertas, propuso como valor de su oferta la suma de \$2.247'200.000, que era el valor del presupuesto oficial para la obra, a diferencia del otro proponente, que propuso el 12,8% por concepto de honorarios.

En cuanto a la oferta económica de GHN Remodelación Bogotá, en relación con los honorarios, si bien no obra la propuesta de esta firma en el expediente, el análisis de la prueba documental que sí consta, permite concluir que propuso como tales, la suma mensual de \$14'700.000, según se registró en el cuadro de calificación económica de la licitación, efectuado por el comité evaluador de la entidad demandada³⁸, y como se observó por parte del demandante, una vez se dio a conocer a los proponentes el informe de evaluación de las ofertas, observación frente a la cual, la entidad respondió que había pedido aclaración al oferente, y que el mismo había establecido el porcentaje de honorarios sin IVA en un 5,62 %, dando una confusa explicación del porqué resultaba admisible dicha

³⁷ El Decreto 2090 del 13 de septiembre de 1989, *“Por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura”*, en el capítulo 7.2, correspondiente a los *“Honorarios de Construcción”*, reguló la *“Construcción por administración delegada”* – numeral 7.2.1- y dispuso, en el numeral 7.2.1.1 el valor de los honorarios, así: *“a) Para las categorías de la A hasta la G inclusive serán el 10% del costo base real para cobro de tarifas (CBT-real). // b) Para la categoría H, proyectos de restauración será el 17% del costo base real (CBT-real). // c) Para la categoría I, proyectos de reparaciones reformas y ampliaciones, será el 14% del costo base real (CBT-real)”*.

³⁸ Se observa que en dicho cuadro se calificaron las dos propuestas en cuanto a honorarios, costos de personal y gastos reembolsables; en el rubro de honorarios, se registró que el Consorcio R.S. había propuesto como valor unitario la suma de \$ 300.441.600, para un 12,8%, y que el Consorcio GHN Remodelación Bogotá propuso como valor unitario la suma de \$ 14'.700.000, para un 5,81% (f. 580, c. 7). Sin embargo, al revisar la propuesta del primero, que sí consta en el plenario, se encuentra que este proponente, en el rubro de Honorarios, no consignó ninguna suma concreta, sino un porcentaje de 12,80% y un IVA sobre honorarios, de 16,00% (f. 230, c. 6), es decir que fue en el proceso de evaluación que se calculó la cifra de 300.441.600.

petición: “Es natural que expresar una variable en porcentaje es claramente un modo para atribuir un valor absoluto determinable en cifras corrientes, dados unos parámetros cuantitativos de referencia, que para este caso es el costo base real, de modo que los elementos se pueden reconstruir ya desde los valores numéricos absolutos o desde la indicación porcentual, resultando irrelevante para la modalidad de contrato, el cual, en todo caso es por administración delegada, pues este proceso corresponde con la etapa de selección de la mejor oferta y otro, suscribir el correspondiente contrato de administración delegada. Dos ejercicios diferentes pero complementarios”.

De acuerdo con la anterior explicación -y en contra de lo afirmado al respecto a lo largo de todo el procedimiento licitatorio, en el que una y otra vez reiteró que los honorarios debían proponerse en forma de un porcentaje del costo base real de las obras-, la entidad afirmó que resultaba indiferente si se presentaban los honorarios mediante una suma fija o a través de un porcentaje dado, porque, en todo caso, éste se podía establecer.

Por otra parte, se observa que, antes de pedir al proponente que aclarara su oferta en cuanto al porcentaje de honorarios que ofrecía, la entidad, a través del grupo evaluador, ya había resuelto establecer un porcentaje para la propuesta de GHN Remodelación Bogotá, pues en el cuadro de evaluación económica de la misma, como ya se dijo, se anotó que esta firma había ofrecido por concepto de honorarios la suma de \$ 14'700.000, y se registró a continuación, el porcentaje de 5,81% (f. 580, c. 7), el cual resulta diferente al que, a solicitud de la entidad, plasmó en su “aclaración” el proponente, en la que estableció que correspondía al 5,62%.

A juicio de la Sala, la entidad demandada incurrió en actuaciones irregulares, tanto al corregir, directamente, la propuesta presentada por el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, asignándole un porcentaje por honorarios a la hora de evaluar su oferta, como al pedirle, posteriormente, que aclarara su oferta, manifestando cuál era el porcentaje de honorarios por administración delegada que le proponía a la entidad.

Aclarar es hacer comprensible lo que resulta oscuro, confuso o ambiguo³⁹, y en el presente caso, no es que fuera confusa la propuesta económica del proponente, simplemente no la presentó en la forma solicitada en el pliego de condiciones, por lo que, al hacerle esa solicitud de aclaración, la entidad le permitió corregir su oferta e incluir un elemento de calificación que había obviado el proponente.

Al respecto, se debe anotar que, tratándose de un contrato de administración delegada, la remuneración del contratista está dada en la forma de honorarios, y que el proponente debía establecer en su oferta a cuánto ascenderían los mismos, teniendo en cuenta el límite porcentual establecido por el Decreto 2090 de 1989, pues fue decisión de la entidad permitir que los proponentes ofrecieran por tal concepto, porcentajes menores al 14% -porcentaje que la referida normatividad estableció como remuneración de los arquitectos que trabajaran en contratos de administración delegada-, al convertir esta oferta económica en un factor de calificación, en el que se otorgaría el mayor puntaje a quien propusiera un menor porcentaje del valor real de la obra, por concepto de honorarios por la administración delegada.

Y, sin duda, no es lo mismo proponer unos honorarios mensuales fijos, de \$14'700.000, independientemente del valor real de la obra, que proponer un porcentaje determinado respecto de dicho valor, por lo que, al permitirle al proponente, luego de cerrada la licitación, y durante la etapa de evaluación de las ofertas, la modificación de su oferta económica, para que pudiera informar qué porcentaje del costo base real de las obras era el que ofrecía por concepto de honorarios por la administración delegada, es claro que desconoció la obligatoriedad del pliego de condiciones y su inmutabilidad.

En tales condiciones, no queda duda de que las actuaciones de la entidad licitante fueron irregulares, ya que ante la omisión en la que incurrió GHN Remodelación Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el pliego, debió rechazar la oferta⁴⁰ o,

³⁹ “Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo (...). Explicar algo, hacerlo fácil de comprender (...).” Diccionario de la Real Academia Española.

⁴⁰ El numeral 10.7 del pliego de condiciones, establece que “La ausencia de requisitos (...) necesarios para la comparación objetiva de propuestas, será título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos (...).”

al menos, calificar con 0 ese factor de la propuesta económica⁴¹. Pero en vez de tomar una de estas decisiones, le permitió al proponente arreglar su oferta y obtener con ello el mayor puntaje general, con lo cual, resultó favorecido con la adjudicación del contrato, que se produjo, por lo tanto, a través de un acto administrativo viciado de nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, el contrato resultante de dicha adjudicación también resulta inválido, pues se fundó en un acto administrativo que será declarado nulo y, en consecuencia, el mismo pronunciamiento se hará en relación con el negocio jurídico resultante, toda vez que esa es la sanción legal que establece el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para los contratos incursos en las causales nulidad absoluta allí consagradas⁴².

Ahora bien, a pesar de la anterior declaración, no habrá lugar a ordenar restituciones mutuas a las partes del contrato, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de nulidad no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la misma. En el presente caso, consta que el contrato 00251 del 14 de diciembre de 2005, tenía un plazo de ejecución de 8 meses contados a partir de la aprobación de la garantía única, y de acuerdo con informe enviado por el Ministerio de la Protección Social al Tribunal Administrativo, el mismo se terminó el 30 de diciembre de 2007 y para esa fecha -22 de febrero de 2008- se encontraba en etapa de liquidación (f. 44, c. 1), por lo que no hay lugar a ordenar restitución alguna, frente a prestaciones ya ejecutadas, respecto de las cuales no consta que hubiera cuentas pendientes a favor del contratista por las obras ejecutadas.

Dicho en otras palabras, el pago por las obras ejecutadas ha de mantenerse y no se ordena su devolución, en tanto la obra, al parecer fue ejecutada y en esa medida redundó en provecho para la entidad, cumpliéndose así el supuesto previsto en el artículo 48 de la Ley 80 para que se mantenga ese estado de cosas.

⁴¹ El numeral 11.3.2, literal A, establece, refiriéndose al valor de los honorarios de construcción por administración delegada como factor de calificación, que “*El proponente que no cumpla con lo señalado en el presente criterio, tendrá un puntaje de cero (0)*”.

⁴² **ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA.** *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: // (...) 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (...)*”.

Finalmente, en relación con las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener la indemnización de perjuicios derivada de la privación injusta e ilegal del derecho a la adjudicación del contrato por parte del demandante Consorcio R.S., se reitera que, a pesar de la declaratoria de nulidad de la Resolución 4102 de 2005 que se proferirá en la presente providencia, las mismas no están llamadas a prosperar, toda vez que la demanda no fue presentada dentro de los 30 días siguientes a la notificación del acto de adjudicación y, por lo tanto, dicha pretensión fue extemporánea, como se explicó en la presente providencia.

Conclusión

En virtud de las anteriores consideraciones, y dado que se probó la ilegalidad del acto de adjudicación contenido en la Resolución 4102 de 2005, proferida por el Ministerio de la Protección Social a favor del Consorcio GHN, la Sala procederá a declarar su nulidad, así como la nulidad absoluta del contrato de obra pública por administración delegada No. 251 del 14 de diciembre de 2005, celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio GHN Remodelación Bogotá, y denegará las demás pretensiones, por las razones expuestas.

Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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 y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 4102 de 2005, proferida por el Ministerio de la Protección Social.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato de obra pública por administración delegada No. 251 del 14 de diciembre de 2005, celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio GHN Remodelación Bogotá.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay lugar a condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA