

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación: 250002336000201800853 01 (69280)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL BTL COLOMBIA**

**Demandado: FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS  
COMUNICACIONES FONTIC**

**Referencia: MEDIOS DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL  
DERECHO Y CONTRACTUAL**

**Temas:** *ACREDITACIÓN DE QUE EL DEMANDANTE PRESENTÓ LA OFERTA MÁS FAVORABLE – tras su constatación procede el análisis de la nulidad del acto de adjudicación / FUERZA VINCULANTE DE LA RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES – su publicación en el portal oficial genera efectos frente a la entidad y frente los participantes en el procedimiento de selección / FASE DE COMUNICACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL – se exige el deber de lealtad y buena fe a ambos extremos de la negociación.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección C, el 4 de mayo de 2022, mediante la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Síntesis del caso**

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual el Fontic adjudicó el contrato producto de la Licitación FTIC-LP-001-2018 a la sociedad Publicca S.A.S. Por esta vía, la demandante aspira a que, consecuentemente, se le restablezca su derecho, al considerar que su propuesta debió ser favorecida con la adjudicación, puesto que atendió los requisitos habilitantes exigidos para valorar la experiencia del personal mínimo ofrecido que se consignaron originalmente en el pliego de condiciones, consistentes en que los trabajos realizados en tiempos simultáneos se contarían solo una vez.

Se discute que en el documento a través del cual se respondieron las observaciones formuladas frente al pliego de condiciones, una funcionaria integrante del comité evaluador *-órgano designado por el acto de apertura para surtir esa etapa de la licitación-* modificó el catálogo precontractual en cuanto viabilizó la valoración de la experiencia en los períodos traslapados sin

condicionamiento alguno, exigencia que podría cambiarse únicamente mediante una adenda suscrita por el funcionario competente.

Por tanto, se reprocha que, al no haberse expedido la correspondiente adenda, la propuesta de la sociedad Publica S.A.S. no debió ser evaluada con base en esa indebida alteración sustancial al pliego, como en efecto lo fue, sino a la luz de las condiciones primigeniamente establecidas, evento en el que no habría resultado seleccionada.

## **2. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 10 de septiembre de 2018 por las sociedades JA Zabala & Consultores Asociados SAS, E- Comercio Global S.A. y Jaramillo Pérez Asociados SAS, en condición de miembros de la unión temporal BTL Colombia, en ejercicio de los medios control de nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales, contra el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de que: **i)** se declarara la nulidad de la Resolución 000290 del 19 de febrero de 2018, a través de la cual se adjudicó la Licitación Pública FTIC-LP-001-2018; **ii)** se declarara la nulidad de la Resolución 000495, por la que se negó la solicitud de revocatoria directa contra la anterior; **iii)** como consecuencia, se declarara la nulidad absoluta del contrato 000762 del 21 de febrero de 2018, celebrado entre la demandada y la proponente Publica S.A.S; y **iv)** se condenara a la demandada a pagar los perjuicios sufridos como consecuencia de la no adjudicación.

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

Mediante Resolución 0000043 del 17 de enero de 2018, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones abrió la Licitación Pública FTIC-LP-001-2018 para contratar la prestación de servicios de apoyo a las actividades de divulgación, promoción, y socialización del Ministerio y Fondo Tic e iniciativas del plan Vive Digital para la vigencia 2018. Al procedimiento de selección se presentaron ocho proponentes, entre ellos, la UT BTL Colombia y la sociedad Publica S.A.S.

En la etapa prevista por el ordenamiento para presentar observaciones a los pliegos de condiciones definitivos, la proponente Publica solicitó que, en relación con la regla habilitante asociada a la experiencia del personal ofrecido, se aceptaran los trabajos realizados durante períodos traslapados, solicitud que fue aceptada en el documento de respuestas a las observaciones a los pliegos, el cual fue suscrito por una funcionaria integrante del comité evaluador, quien procedió a modificar la exigencia según la cual la experiencia presentada en períodos superpuestos se contaría una vez, para, en su lugar, dar paso a su cómputo durante los períodos traslapados sin restricción alguna.

Posteriormente, el comité evaluador verificó los requisitos habilitantes con base en la aludida modificación al pliego, *-la que no había sido adoptada a través de adenda suscrita por funcionario competente-*, al cabo de lo cual en su informe consideró que las únicas dos propuestas habilitadas eran la de la demandante y la de la sociedad Publicca S.A.S., siendo esta última la llamada a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad.

La UT BTL Colombia presentó observaciones al informe de evaluación, en el sentido de indicar que la modificación insertada en el documento de respuestas a la observaciones elevadas frente al pliego de condiciones no podía ser vinculante por no haberse instrumentado mediante adenda suscrita por el jefe de la entidad, por lo que la propuesta de Publicca S.A.S. no cumplía con la experiencia mínima del personal exigida en el pliego original, con apego al cual debieron ser verificados los requisitos habilitantes.

La entidad no acogió las observaciones presentadas por la demandante y, en audiencia del 19 de febrero de 2018, adjudicó el contrato producto de la licitación a la sociedad Publicca S.A.S., decisión instrumentada en Resolución 000290 de la misma fecha, y el 21 de febrero de ese año, se celebró el contrato 0000762, como resultado del procedimiento de selección.

La UT BTL Colombia solicitó la revocatoria directa del acto de adjudicación, petición que fue decidida negativamente por la entidad en Resolución 000495 del 15 de marzo de 2018.

La parte actora esgrime que el acto está viciado de nulidad por falsa motivación, pues no era cierto que la sociedad Publicca S.A.S. estuviera habilitada, por cuanto su propuesta no cumplía con la experiencia exigida al director de cuenta ofrecido, ya que sus certificaciones revelaban que existieron varios períodos traslapados que se tuvieron en cuenta en su totalidad para efectos de contar el tiempo laborado, sin limitar su cómputo en la forma prevista en el pliego original. Aduce igualmente que el acto infringió las normas en que debió fundarse, específicamente las que regulaban la competencia para modificar los pliegos de condiciones, recogidas en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 1082 de 2015.

### **3. Contestación de la demanda**

Fontic contestó la demanda oportunamente y argumentó, como razones de defensa, que los miembros del comité evaluador contaban con plenas facultades para resolver las observaciones formuladas al pliego de condiciones, con lo que se desvirtuaba la falta de competencia del funcionario que las respondió. Advirtió que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las respuestas dadas por la Administración a las solicitudes de aclaración a los pliegos de condiciones tienen fuerza vinculante, al margen de que se hallen contenidas en un documento rotulado como adenda.

Luego de que el *a quo* en el auto admisorio de la demanda ordenara la vinculación

como litisconsorte necesario de la sociedad Publica S.A.S. y de que esta fuera notificada, no allegó escrito de contestación.

#### **4. La sentencia de primera instancia**

El tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto enjuiciado no adolecía de los cargos de nulidad formulados, bajo el argumento de que la funcionaria que respondió las observaciones frente al pliego, quien se desempeñaba como asesora 1020-18, fungía como integrante del comité de evaluación, por lo que era de su esfera resolver las preguntas formuladas por los oferentes, como se había facultado en el acto que ordenó la apertura de la licitación.

Consideró que, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las respuestas a las observaciones a los pliegos de condiciones tenían fuerza vinculante, lo que llevaba a concluir que la respuesta orientada a permitir que para la valoración de la experiencia exigida al director de cuenta se apreciaran los períodos traslapos, constituyó una verdadera modificación al pliego de condiciones, que debía ser acatada.

#### **5. Recurso de apelación**

La parte actora impugnó la sentencia con argumentos dirigidos a reprochar la decisión del *a quo* por no haber tenido en cuenta las normas que regulaban el manejo de la actividad contractual y la radicaban en el ordenador del gasto, ni las prohibiciones de trasladar esa función a los comités evaluadores, ni las exigencias legales que debían observarse para modificar los pliegos de condiciones que solo podían ser alterados por el funcionario competente a través de adendas. Con sustento en lo anterior, insistió en que los requisitos de habilitación de la experiencia debían verificarse de acuerdo con la regla original introducida en el pliego, la cual no debía entenderse modificada, al no haber sido adoptada mediando la respectiva adenda suscrita por el funcionario competente.

## **II. CONSIDERACIONES**

Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia. Adicionalmente, la Sala evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales: competencia, caducidad y legitimación en la causa.

1.- Objeto de la apelación – Planteamiento del cargo: los requisitos habilitantes de experiencia en relación con los traslapos debieron verificarse a la luz de las reglas originalmente establecidas en el pliego, en tanto su modificación no era vinculante, por no haber sido adoptada a través de adenda por funcionario competente.

En la sentencia impugnada se precisó que, con sustento en la jurisprudencia de

esta Corporación, las respuestas a las observaciones al pliego realizadas por los oferentes son obligatorias para estos y para la Administración. A ello agregó que, ante cualquier respuesta a una inquietud surgida frente a ese documento precontractual, que le confiera un significado distinto al que tenía antes de resolver la observación o aclaración, la administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que no tiene fuerza vinculante, por no estar contenida en una adenda.

Dicho lo anterior, indicó que estaba demostrado que en el caso concreto la sociedad Publicca S.A.S., en la audiencia de riesgos y alcance del pliego de condiciones, preguntó, ante la falta de claridad, si en relación con la experiencia del personal ofrecido aplicaban o no los traslapos, frente a lo cual la funcionaria Andrea Castro Vélez, en calidad de integrante del comité evaluador, señaló que los trabajos simultáneos (traslapados) serían válidos, por lo que, para el *a quo*, al ser vinculante esa respuesta, la entidad debía, como en efecto lo hizo, valorar toda la experiencia acreditada por aquella proponente, al margen de que se presentaran períodos sobrepuestos.

En discrepancia con lo anterior, la actora argumentó en la impugnación que, al tenor del Decreto 1082 de 2015, el comité evaluador no tiene competencia para modificar los pliegos de condiciones, ya que sus funciones se restringen a recomendar al ordenador del gasto que expida los actos modificatorios, que deberán instrumentarse a través de adendas. Adujo que la Ley 80 prohibía delegar en los comités asesores la función del manejo del proceso contractual, por lo que las modificaciones al pliego que éste realizara constituían una extralimitación de funciones.

En síntesis, advirtió que la respuesta a las observaciones materia de debate, relacionadas con la posibilidad de contabilizar la experiencia simultánea o traslapada en diversos proyectos y eventos en los que hubiere participado el personal ofrecido, distinto a lo observado por el *a quo*, constituyó una verdadera modificación al documento precontractual, que al haber sido adoptada por un funcionario que no era competente, no podía ser considerada por la entidad para verificar los requisitos habilitantes de experiencia y, en tal virtud, la propuesta de la adjudicataria no debió ser estimada, al acreditarse que la experiencia del director de cuenta ofrecido tenía más de un traslapo en los proyectos en los cuales éste había participado, cuestión que era contraria a la permitida por el pliego originariamente concebido.

Planteado como está el escenario de debate, la Sala considera necesario advertir que en el evento en que se demanda el acto de adjudicación con el argumento de que la oferta ganadora no era la más favorable, para que se declare su nulidad y reconozca una indemnización en favor del demandante, como ocurre en el *sublite*, se debe acreditar de manera concurrente: i) un desconocimiento del pliego de

condiciones y/o de la normativa aplicable, que controvierta la presunción de legalidad del acto administrativo y ii) que la oferta presentada por la demandante era la más favorable, de conformidad con lo preceptuado en el pliego, en virtud de la carga que le asiste al actor de probar los hechos en que fundamenta su demanda<sup>1</sup>.

Por razones metodológicas, para decidir la impugnación, la Sala partirá de analizar si la oferta presentada por la actora era la llamada a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad, en consideración al panorama jurídico que, según la demanda, en consonancia con la apelación, debió atender la entidad al momento de verificar los requisitos habilitantes, evaluar las propuestas y adjudicar el contrato.

En primer lugar, esta instancia examinará si, a la luz de las reglas inicialmente incorporadas en el pliego de condiciones, destinadas a constatar el cumplimiento del requisito habilitante de la experiencia del personal mínimo ofrecido, la propuesta de la demandante habría de resultar favorecida con la adjudicación *-sin atender a la supuesta modificación al documento precontractual que, de acuerdo con lo censurado, adoptó el comité evaluador sin competencia para ello-*.

La necesidad de trazar ese orden esquemático encuentra su razón de ser en el propio planteamiento del demandante, con el que pretende, en últimas, que las ofertas se estimen sin tener en cuenta la supuesta modificación indebida al pliego de condiciones, que habría efectuado el comité evaluador.

En efecto, se recuerda que la accionante sustenta la ilegalidad del acto acusado en que la modificación adoptada por el comité evaluador no debió ser tenida en consideración para analizar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, de suerte que las ofertas debieron ser apreciadas de conformidad con los requisitos originales de su articulado, escenario en el que la oferta de Pubblica S.A.S. correspondía ser desestimada, mientras que la presentada por la accionante debía ser la única habilitada y favorecida con la adjudicación.

Esclarecido lo anterior, en caso de demostrar que la propuesta de la demandante tenía vocación para ser adjudicataria, se proseguirá con el análisis dirigido a indagar si el comité evaluador, al responder las observaciones al pliego de condiciones, introdujo una verdadera modificación a ese documento y, en caso afirmativo, se examinará si ese proceder se emprendió en un marco de la ilegalidad de las normas

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Radicado 25000-23-26-000-1995-10866-01 (26.332). C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Radicado 76001-23-31-000-2001- 02942-01 (39.066). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2020. Radicado 05001-23-31-000-1997-02583-01 (44.212). C.P. María Adriana Marín. *“Artículo 167 del Código General del Proceso. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]”*.

que regulan la actividad precontractual del Estado. En ese orden, a continuación la Sala procede a resolver el recurso de apelación.

**1.1.- En el escenario jurídico alegado por el demandante, como base de la ilegalidad del acto de adjudicación, la propuesta de la UT BTL Colombia estaba llamada a ser la adjudicataria**

El punto sobre el cual gravita la controversia corresponde a la regla del pliego de condiciones de la Licitación FTIC-LP-001-2018, relativa al requisito habilitante relacionado con la experiencia del personal mínimo requerido, consignada en el numeral 5.14 de ese documento, cuyo texto es el siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores de forma):

**“5.14. EXPERIENCIA MÍNIMA DEL PERSONAL REQUERIDO (...).**

*“Como requisito habilitante, el proponente debe presentar con la propuesta únicamente los documentos para los roles de Director de Cuenta / director de eventos BTL del equipo de trabajo. Los documentos de los demás roles de equipo de trabajo descritos en el ANEXO 7. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS deberán ser allegados por el contratista como requisito previo para la suscripción del acta de inicio.*

Nombre del Rol/Perfil	Cantidad	Formación Académica	Experiencia Específica mínima
-----------------------	----------	---------------------	-------------------------------

<b>Director de Cuenta</b>	1	<p><i>Profesional en un programa según clasificación del SNIES del área del conocimiento de: Ciencias Sociales, Derecho, Ciencias Políticas; Bellas Artes; Economía, Administración, Contaduría y afines; Ingeniería, Arquitectura, Urbanismo Y Afines.</i></p> <p><i>Título de postgrado según clasificación del SNIES del área de conocimiento de Ciencias Sociales, Derecho, Ciencias Políticas; Bellas Artes; Economía, Administración, Contaduría y afines; Ingeniería, Arquitectura, Urbanismo Y Afines.</i></p>	<p><b>General:</b> Cinco (5) años de experiencia en el área de comunicaciones estratégicas y/o mercadeo estratégico y/o medios de Comunicación.</p> <p><b>Específica:</b> Haber participado en calidad de Gerente y/o Director de Proyecto y/o Director de Cuentas y/o Project manager en nueve (9) proyectos distribuidos así:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tres (3) proyectos, en diseño y/o acompañamiento de estrategias de comunicación duración igual o mayor cada uno, a un (1) año.</li> <li>• Tres (3) proyectos, en ejecución de campañas de comunicaciones con una duración igual o mayor cada proyecto a un (1) año.</li> <li>• Tres (3) proyectos de asesoría en comunicaciones a entidades gubernamentales con una duración mínima en cada proyecto de cuatro (4) meses.</li> </ul> <p><i>Nota 1: La experiencia específica podrá acreditarse dentro de la experiencia general. Sin embargo, los proyectos que acrediten la experiencia específica deben ser diferentes cada uno.</i></p>
---------------------------	---	--	---

Nombre del Rol/Perfil	Cantidad	Formación Académica	Experiencia Específica mínima
-----------------------	----------	---------------------	-------------------------------

Director de eventos /BTL	1	Profesional en un programa según clasificación del SNIES del área del conocimiento de: Ciencias Sociales; Derecho; Ciencias Política; Bellas Artes; Economía; Administración, Contaduría y Afines.	<p>General: Cinco (5) años de experiencia profesional.</p> <p>Específica: Participación en el rol de Coordinador y/o Director de Eventos, en mínimo doce (12) eventos distribuidos así:</p> <p>A.- Tres (3) eventos en la coordinación y/o</p>
--------------------------	---	--	--

*dirección logística de eventos grandes con una participación igual o mayor en cada evento de mil quinientos (1500) asistentes.*

*B.- Cuatro (4) eventos en la coordinación y/o dirección logística de eventos medianos, con una participación cada evento entre cien (100) y mil quinientos (1500) asistentes.*

*C.- Cinco (5) eventos en la coordinación y/o dirección logística de eventos pequeños, con una participación cada evento menor a cien (100) asistentes.*

*Nota: La experiencia específica podrá acreditarse dentro de la experiencia general. Sin embargo, los proyectos que acreditan la experiencia específica deben ser diferentes cada uno.*

Es claro así que el personal mínimo ofrecido para habilitar la oferta en el factor de experiencia comprendió al director de cuenta y al director de eventos BTL.

A renglón seguido, en ese mismo numeral, se estableció la forma en la que debía acreditarse la experiencia, con requisitos que se harían extensivos tanto al director de cuenta como al director de eventos/BTL, es decir, a los dos perfiles descritos en los cuadros que anteceden, en cuanto les resultaran pertinentes. Entre esas condiciones, se enlistó la siguiente (se transcribe de forma literal, con posibles errores de forma):

*“Para acreditar la experiencia del equipo de trabajo deberá tenerse en cuenta lo siguiente:*

*1. Los trabajos deben haber sido realizado por la persona para la cual el proponente está aportando la acreditación de la experiencia y que dicha experiencia es la requerida para este proceso. Así mismo en los documentos aportados debe establecerse claramente el tiempo en el cual se realizó la ejecución de las actividades. **Cuando se hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados) se contabilizará una vez el tiempo de experiencia.***

*(...).*

*Experiencia:*

- Para efectos de contabilizar los tiempos requeridos, **solo se contarán una vez aquellos períodos “traslapados”**, es decir, aquellos que se sobrepongan o que se hayan desarrollado por un mismo lapso de tiempo por la misma persona”.*

Del anterior articulado se extraen varias proposiciones:

- La exigencia de las condiciones inicialmente prescritas en torno a la acreditación de la experiencia cobijaba a los dos perfiles mínimos requeridos:

I) al **director de cuentas**, respecto de quien debía acreditarse como

experiencia específica la participación en **proyectos** y II) al **director de eventos/BTL**, en relación con quien debía demostrarse como experiencia específica la participación en **eventos**.

- Para la justificación de la experiencia de ambos roles se introdujo una condición de índole temporal, de conformidad con la cual, en los casos en que ***se hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados) se contabilizará una vez el tiempo de experiencia***, lo que llevaría a colegir que las actividades alternas correspondientes a varios proyectos, realizadas en un mismo lapso por el profesional ofrecido, únicamente serían válidas como soporte de la experiencia por un solo período.
  - Bajo ese entendido, se admitía la existencia de traslapos, pero solo para computar la experiencia sobrepuesta por una sola vez, no por los dos períodos involucrados.
- En efecto, a continuación del mismo apartado del pliego, se insertó una precisión respecto de la forma en que debía interpretarse la anterior premisa, al tenor de la cual se reiteró que se contaría por una sola vez el lapso traslapado.

En consideración a que la experiencia que se encuentra en disputa alude al rol del director de cuenta, en relación con ese perfil se centrará el estudio de la Sala.

Se precisa que ello es así en la medida en que, de conformidad con el informe de evaluación consolidado, ningún reproche se le hizo al cumplimiento de los requisitos de verificación de la UT BTL Colombia, y la razón por la que su oferta no fue la escogida estribó en que quedó en segundo lugar, por el puntaje obtenido, luego de ser evaluada su propuesta junto con la de la sociedad Publica S.A.S. De ahí que la discusión reside en cuál de las dos aludidas propuestas habría resultado ganadora en caso de haberse estimado su contenido con arreglo a los requisitos inicialmente insertados en el pliego, en lo atinente a la experiencia del director de cuenta.

Dicho esto, continuando con el análisis del requisito en mención, pero enfocando la atención en los documentos exigidos a ese profesional, se evidencia igualmente que:

Ese condicionamiento temporal (posibilidad de contar el período traslapado una sola vez) aplicaba a la experiencia específica apreciada en conjunto, pues nada distinto preveía el pliego sobre el particular. Dicho de otro modo, no es posible desprender de la lectura de la regla en comento que el pliego hubiera limitado el cómputo del período traslapado en razón o por cada uno de los ítems que conformaban la experiencia específica.

Por tanto, no resultaba viable subdividir esa regla por categorías, en función de si se trataba de proyectos sobrepuestos en diseño o acompañamiento de estrategias, en proyectos en ejecución de campaña de comunicaciones o en proyectos en asesorías en comunicaciones a entidades gubernamentales.

Lo que importaba establecer, de cara a los requisitos de verificación inicialmente concebidos, era que en la experiencia obtenida por el director de cuenta ofrecido existieran períodos simultáneos para efectos de realizar su cómputo con apego al pliego, con independencia de que en esos lapsos se entremezclaran las actividades atinentes a los proyectos en diseño, o los proyectos en acompañamiento de campañas de comunicaciones o en asesorías en comunicaciones.

Sentado este panorama, la Sala se apresta a examinar si la propuesta presentada por la UT BTL Colombia cumplió los requisitos habilitantes asociados a la experiencia del director de cuenta:

Con el propósito de sustentar la experiencia de la directora de cuenta, Mónica Luisa Fernanda Pérez Bonilla, presentada por la UT demandante, se adjuntaron las siguientes certificaciones, las cuales corresponden a los tres grupos de proyectos requeridos en el pliego, así: del 1 al 3 pertenecen a la primera categoría (un año de experiencia en cada uno de los tres contratos requeridos), del 4 al 6 corresponden a la segunda (un año de experiencia en cada uno de los tres contratos requeridos) y del 7 al 9 atañen a la tercera (cuatro meses en cada uno de los tres contratos requeridos).

A continuación, se enlistan las certificaciones aportadas en el siguiente recuadro<sup>2</sup>:

No.	Empresa	Cargo desempeñado	Funciones	Fecha inicio	Fecha finalización
1	Raquel Sofia Amaya Producciones y CIA Ltda.	Directora de proyectos	Diseñar e implementar un plan de comunicaciones estratégicas, con el fin de fortalecer y revitalizar la reputación e imagen del programa de transformación productiva como eje vital de la política industrial y motor de transformación de sectores productivos ante el sector	5 de agosto de 2013	5 de agosto de 2014

<sup>2</sup> Estas certificaciones reposan, con sus respectivos soportes, en los archivos correspondientes a la Licitación FTIC-LP-001-2018, cargados en el SECOP II, y corresponden además a aquellas verificadas por el comité evaluador en el informe consolidado de evaluación que obra en los folios 507 a 522 del tomo 3.

			empresarial colombiano		
2	Raquel Sofia Amaya Producciones y CIA Ltda.	Directora de proyectos	Diseñar una estrategia de comunicación y relacionamiento institucional que permita al viceministro de turismo posicionarse frente a su audiencia	5 de mayo de 2014	20 de noviembre de 2015

3	JAC	Gerente de Publicidad y Mercadeo	Diseño de planes de comunicación a corto y mediano plazo	30 de abril de 2012	30 de junio de 2013
---	-----	----------------------------------	--	---------------------	---------------------

4	Raquel Sofia Amaya Producciones y CIA Ltda.	Directora de proyectos	Diseñar y ejecutar una estrategia de comunicaciones directa y de medios locales para sensibilizar, formar e informar a grupos y sectores organizados de diferentes poblaciones sobre el avance de la garantía del derecho a la salud en el marco del sistema general de seguridad social	18 de noviembre de 2005	17 de noviembre de 2006
5	A Y D MARKETING	Gerente de cuenta	Ejecución de campañas de comunicación, difusión y viralización	4 de abril de 2016	30 de noviembre de 2017
6	Fundación foro cívico	Directora de comunicaciones	Dirigir el área de comunicaciones de la fundación, responder por la ejecución de las campañas de comunicación de la fundación, de sus programas y proyectos	17 de enero de 2008	14 de mayo de 2009
7	Raquel Sofia Amaya Producciones y CIA Ltda.	Directora de proyectos	Asesoría para la elaboración de comunicación del Departamento Administrativo del Bienestar Social del Distrito Capital orientada a viabilizar y sensibilizar a la comunidad bogotana en la prevención de la violencia sexual	21 de enero de 2002	21 de julio de 2002
8	Red ILM S.A.S	Directora de cuenta	Asesoramiento en comunicaciones a la entidad, acorde con las obligaciones pactadas en contrato suscrito con el IDEAM	14 de agosto de 2015	29 de abril de 2016
9	Raquel Sofia Amaya Producciones y CIA Ltda.	Directora de proyectos	Asesora al Ministerio de la Protección Social para la estrategia de comunicación sobre el síndrome del conducto carpiano de origen ocupacional	29 de diciembre de 2004	28 de agosto de 2005

Del contenido de las certificaciones referidas, se evidencia que se presentaron tres traslajos que se ilustran enseguida, cuya existencia, atendiendo a la regla de su cómputo prevista en la disposición original del pliego, que permitía contar la experiencia una vez frente al respectivo período contrapuesto, no afectó la BTL Colombia, como se gráfica:

acreditación de la experiencia mínima de la directora de cuenta ofrecida por la UT

Notas
* Traslajo 1: de 2 meses y 21 días, el cual se descuenta del tercer contrato, por lo que iniciaría su cómputo desde el 6 de agosto de 2014 y terminaría el 20 de noviembre de 2015, con lo que se acreditaría más de un año requerido como experiencia para los contratos previstos en el primer grupo.
** Traslajo 2: de 3 meses y 7 días, por lo que el quinto contrato empezaría el cómputo de su plazo desde el 21 de noviembre de 2015 al 29 de abril de 2016, con lo cual se cumplirían los 4 meses exigidos como experiencia por cada contrato del tercer grupo.
*** Traslajo 3: de 25 días, lo que lleva a que el cuarto contrato inicie su conteo el 30 de abril de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2017, de suerte que se acredita el término de un año mínimo en los contratos del segundo grupo.

Es claro así que el proponente demandante cumplía con la exigencia prevista en las condiciones primigeniamente previstas en el pliego para demostrar la experiencia mínima del profesional ofrecido.

Sin embargo, esto mismo no ocurría en el caso de la sociedad Publica S.A.S., adjudicataria, en punto a la experiencia de su director de cuenta, según se pasa a explicar. El director de cuenta presentado por la sociedad Publica S.A.S. fue el

profesional Hernán Darío Botero Pineda, respecto de quien, para el segundo grupo de proyectos, se adjuntaron las siguientes certificaciones<sup>3</sup>:

No.	Desarrollo	Funciones	Fecha inicio	Fecha finalización
1	Campaña de Comunicaciones para la Agencia de Viajes Uno + Otro	Campaña de comunicación que incluye lanzamiento y sostenimiento para la agencia de viajes	10 de noviembre de 2016	22 de diciembre de 2017
2	Campaña de comunicación del uso responsable de la bicicleta para Publica S.A.S.	Campaña de comunicación para concientizar a todos los empleados de la compañía sobre el uso de medios de transporte alternos	2 de febrero de 2016	30 de marzo de 2017
3	Campaña de Comunicación	Concientizar al personal	10 de agosto de	30 de diciembre de 2017

<sup>3</sup> Estas certificaciones reposan, con sus respectivos soportes, en los archivos correspondientes a la licitación FTIC-LP-001-2018, cargados en el SECOP II, y corresponden, además, a aquellas verificadas por el comité evaluador en el informe consolidado de evaluación que obra en los folios 507 a 522 del tomo 3.

	para concientizar a los empleados de la importancia de convertirse en Eco empleado.	acerca del manejo de los residuos, el orden, reciclaje en su lugar de trabajo y en su entorno	2016	
--	---	---	------	--

Al contrastar las fechas que constan en las certificaciones en comento se advierte la existencia de tres períodos traslapados, así:

De ahí que, en consideración a que, con apoyo en la regla prevista en el pliego de condiciones sobre el cómputo de la experiencia traslapada, solo era posible tener en cuenta uno de esos períodos, al sustraer el tiempo traslapado de los otros dos contratos, cualquiera que fuera, en ningún caso se lograría acreditar la existencia de tres contratos con una duración mínima de un año cada uno, exigida para el segundo grupo de proyectos.

Así las cosas, al ser las propuestas de la UT BTL Colombia y de Publica S.A.S. las únicas dos habilitadas<sup>4</sup> por cumplir con los requisitos de verificación, de acuerdo con el escenario jurídico planteado por el recurrente, la oferta de esta última habría de ser desestimada por no reunir el requisito habilitante de la experiencia del personal ofrecido que se requería en las reglas consignadas en el pliego, circunstancia que, a su turno, comportaría que la de la demandante fuera la única habilitada y, por contera, la llamada a ocupar el primer lugar en el orden de elegibilidad.

En esa medida, al demostrarse que, de acoger la tesis argumentativa del accionante, en la que sienta la base jurídica de la ilegalidad del acto enjuiciado, su oferta debió resultar favorecida con la selección, procede la Sala a resolver los demás puntos de la impugnación.

<sup>4</sup> Así se hizo constar en el informe consolidado de evaluación y en el acto de adjudicación.

## **1.2.- Sobre la existencia de la modificación a las reglas para acreditar la experiencia en punto a la posibilidad de computar los períodos traslapados.**

La regla de verificación objeto del anterior análisis, consignada en el ordinal 1) del numeral 5.14, fue objeto de solicitud de aclaración por parte del proponente Publicca S.A.S. durante la audiencia de fijación de riesgos y alcance al pliego de condiciones definitivo, llevada a cabo el 22 de enero de 2018<sup>5</sup>, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*2.- En lo que respecta a la experiencia del personal, señaló que en las notas del pliego de condiciones se indica que para la experiencia no se tienen en cuenta traslapos por lo que preguntó si para los proyectos aplica o no el traslapo, pues en su criterio no está claro, trajo el ejemplo de que trabajar en el Mintic y en Mincultura a la vez es diferente a tener experiencia en proyectos, ya que en su criterio para los proyectos son válidos los traslapos por tanto indicó que en relación al director de cuenta deben ser permitidos y válidos, situación diferente ocurre para la experiencia general u otros perfiles.*

En el desarrollo de la audiencia se recogieron las observaciones formuladas, con la advertencia de que se daría respuesta en documento que se habría de publicar en el SECOP en oportunidad posterior.

Como resultado, el 29 de enero de 2018, se suscribió el documento de respuestas a las observaciones –*por la señora Andrea Castro Vélez, Asesora 1020-18 del despacho en calidad de miembro del comité evaluador e Iván Alirio Ramírez Rusinque, abogado consultor de la firma asesora de riesgos Economía Urbana*<sup>6</sup>–

*en esa misma fecha se publicó en el aplicativo SECOP II-*, en el que, frente a la solicitud formulada por Publicca S.A.S., se señaló (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*Revisada la observación, la entidad se permite aclarar que la condición de experiencia del personal mínimo requerido indicada en el literal 1) del numeral 5.14 del pliego de condiciones se establece para la experiencia de los roles exigidos y no aplica para los proyectos y eventos, por tanto se modificará esta condición quedando así:*

*Los trabajos deben haber sido realizados por la persona para la cual el proponente está aportando la acreditación de la experiencia y que dicha experiencia es la requerida para este proceso. Así mismo en los documentos aportados debe establecerse claramente el tiempo en el cual se realizó la ejecución de actividades. **Los tiempos simultáneos (traslapados), serán válidos para proyectos y eventos.***

<sup>5</sup> El término de presentación de observaciones a los pliegos de condiciones definitivos corrió entre el 17 y el 23 de enero de 2018.

<sup>6</sup> Folios 391 a 399 del Tomo 2 y 400 a 421 del Tomo 3.

Lo relatado hasta este apartado merece varios comentarios:

En primer lugar, la Sala no pasa por alto que la formulación de la observación por parte de la proponente Pubblica S.A.S. fue confusa, en tanto partía de un supuesto desacertado, al afirmar que en la acreditación de la experiencia en participación de proyectos no se admitían traslajos. Como quedó visto párrafos atrás, la disposición no prohibía la experiencia traslapada, lo que indicaba era que su valoración se restringía al cómputo de un solo período sobrepuesto.

Con todo, ante la insistencia de “*validar los traslajos*” inmersa en su proposición, resulta viable deducir la intención orientada a que se suprimiera el condicionamiento de que la experiencia traslapada se contabilizara por una sola vez y se abriera la posibilidad de que se validara el tiempo en el que se ejecutaran actividades simultáneas en el marco de los proyectos, en el caso del director de cuentas, al margen de que obedeciera a lapsos superpuestos.

En segundo lugar, la respuesta dada a las observaciones al pliego en el aludido documento no fue la más afortunada en términos de claridad y precisión.

Para adentrarse en este análisis, la Sala considera que es importante destacar que la respuesta que a continuación se revisa se dividió en dos partes que están contenidas en dos párrafos separados: en el primero se encuentra una parte motiva o considerativa y el segundo contiene el fragmento decisorio.

En relación con la parte considerativa, se advierte que:

Ciertamente, en el texto de la respuesta a la observación se consigna que la condición de la experiencia descrita en el literal 1) del numeral 5.14 del pliego - *aquella relativa a la apreciación de los traslajos*- se establecía para los roles exigidos y no para los proyectos y eventos, postulado que, además de ser inconsistente, es equivocado.

Cabe precisar al respecto que el rol exigido se identificaba con la titulación del personal mínimo requerido, que para la observancia del requisito habilitante eran dos: el director de cuenta y el director de eventos BTL. La única forma de acreditar la experiencia de estos profesionales era a través de la demostración de haber participado en proyectos, para el primer perfil, y en eventos, en el caso del segundo.

De ahí subyace el error, al sostener que la condición relativa a los traslajos se establecía para los roles exigidos<sup>7</sup> y no para los proyectos y eventos. Ello obedece a que, como quedó anotado en acápite anterior, la manera de computar la experiencia requerida respecto de esos roles era con la demostración del tiempo trabajado por cada profesional ofrecido, actividades que debían ser desempeñadas en el marco de proyectos o en eventos.

De inicio, no existía duda sobre el hecho de que la dinámica a la que atendería la

contabilización de la experiencia de los roles ofrecidos se haría de cara a la confrontación de los proyectos y eventos en los que cada uno de los profesionales presentados hubiera participado y del tiempo durante el cual se hubieran desempeñado las labores descritas para cada perfil.

Por contera, sostener que la exigencia del numeral 5.14 - 1 no aplicaba a los proyectos y eventos desconocía por entero la realidad frente a la confección de los pliegos de condiciones definitivos.

Frente a la parte decisoria se observa que:

Si bien al dar respuesta a la observación formulada, y plasmar **“Los tiempos simultáneos (traslapados), serán válidos para proyectos y eventos”**, se procuró mantener la coherencia entre la motivación de la contestación y lo que había de definirse para gobernar la selección en adelante en lo concerniente a la experiencia, claramente el apartado resaltado no comportó novedad alguna frente a lo que ya había sido dispuesto por el pliego original.

Sin embargo, la Sala considera que el documento en estudio sí entrañó una verdadera modificación a la estudiada regla del pliego de condiciones.

Para dotar de vigor el anterior aserto es necesario poner de presente que el apartado decisorio de la respuesta fue precedido de la anotación al tenor de la cual se señaló que *“se modificará esa condición quedando así”*.

La literalidad de su redacción no arroja duda acerca de que el propósito de la entidad fue modificar la regla contenida en ese apartado para darle un alcance distinto al cumplimiento de esa condición.

En conexidad con ello, ha de tenerse en cuenta que en el fragmento de la respuesta se agregó que la regla sobre la cual recaía la observación quedaría *“de la siguiente manera...”<sup>8</sup>*, con lo cual es claro que lo que se pretendió fue sustituir su texto por el que a continuación se transcribió.

En este punto es relevante llamar la atención sobre la circunstancia de que se mantuvo la redacción original del requisito, hasta donde se indicaba que en los documentos aportados debía establecerse claramente el tiempo en el cual se realizó la ejecución de actividades, y fue en lo sucesivo en lo que radicó el reemplazo de la premisa anterior, la cual primigeniamente establecía que **“Cuando se hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados) se contabilizará una vez el tiempo de experiencia”**.

<sup>7</sup>“5.14. EXPERIENCIA MÍNIMA DEL PERSONAL REQUERIDO

“(...)”

Como requisito habilitante, el proponente debe presentar con la propuesta únicamente los documentos para los roles de Director de Cuenta / director de eventos BTL del equipo de trabajo”.

En lugar de esta pauta se introdujo una nueva, según la cual “**Los tiempos simultáneos (traslapados), serán válidos para proyectos y eventos**”.

Como se aprecia, esta nueva premisa eliminó el condicionamiento del cómputo por una sola vez de la experiencia traslapada para, en lugar de esa limitante, determinar que el cumplimiento de ese aspecto no estaría subordinado a que su conteo se restringiera a un solo período en los interregnos sobrepuestos.

Adicionalmente, cabe añadir que ese fue el entendimiento que se le dispensó en adelante por el comité evaluador al valorar las propuestas, por los oferentes al formular observaciones frente al informe de evaluación consolidado y por la entidad al adjudicar el contrato<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Se precisa que esta expresión antecedió la frase que a continuación reemplazó la regla inicialmente introducida.

<sup>9</sup> Durante la audiencia de adjudicación, llevada a cabo el 19 de febrero de 2018, la proponente UT BTL COLOMBIA presentó las siguientes observaciones al informe consolidado de evaluación en relación con la habilitación de la propuesta de Publica S.A.S.:

*RECURSO HUMANO FRENTE A DIRECTOR DE CUENTA – HERNAN DARIO PINEDA Se adjunta certificación de la empresa PUBLICA donde están certificando al profesional como GERENTE DE OPERACIONES pero claramente se evidencia el traslapo en las fechas con las que pretenden acreditar las experiencias específicas para Diseño y/o acompañamiento de estrategias de comunicaciones, aun siendo proyectos diferentes, si bien es cierto lo que exige el pliego de condiciones en el numeral 5.14 EXPERIENCIA MÍNIMA DEL PERSONAL REQUERIDO es lo siguiente:*

*(...).*

*RESPUESTA No. 1*

*Revisada la observación la entidad aclara que con ocasión de la observación realizada en la etapa del pliego definitivo por el proponente PUBLICA SAS, la entidad en escrito de respuesta a observaciones publicado en la plataforma de Secop II indicó:*

*Revisada la observación, la entidad se permite aclarar que la condición de experiencia del personal mínimo requerido indicada en el literal 1) del numeral 5.14 del pliego de condiciones se establece para la experiencia de los roles exigidos y no aplica para los proyectos y eventos, por tanto se modificará esta condición quedando así:*

*“Los trabajos deben haber sido realizados por la persona para la cual el proponente está aportando la acreditación de la experiencia y que dicha experiencia es la requerida para este proceso. Así mismo en los documentos aportados debe establecerse claramente el tiempo en el cual se realizó la ejecución de actividades. **Los tiempos simultáneos (traslapados), serán válidos para proyectos y eventos**”.*

*Por lo expuesto, para el caso de la experiencia previsto en el numeral 5.14 del pliego de condiciones definitivo tanto del profesional postulado para el rol de director de cuenta como para el director de eventos BTL se aceptan los traslapos.*

*(...). En cuanto a los proyectos tal y como se indicó antes, la entidad señaló en escrito de respuesta a observaciones publicado en la plataforma de Secop II el 29 de enero de 2018 que eran válidos los traslapos.*

Nuevamente la proponente unión temporal BTL Colombia intervino en el curso de la audiencia en los siguientes términos:

*Con relación a lo expuesto por parte del proponente PUBLICA en la audiencia de adjudicación llevada a cabo el día de hoy 19 de febrero de 2018, en las instalaciones del Fondo de Tecnologías queremos referirnos nuevamente frente a los condicionamientos que debían cumplir los profesionales propuestos por cada uno de los proponentes interesados en el presente proceso de selección, aclaramos que lo argumentado por este proponente va en contravía de los parámetros establecidos por parte de la entidad toda vez que en el numeral 5.14. EXPERIENCIA MÍNIMA DEL PERSONAL REQUERIDO, el fondo de tecnologías ha establecido que cuando los profesionales propuestos hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados), se contabilizará una vez el tiempo de experiencia.*

*Así las cosas y según lo argumentado por este proponente donde manifiesta públicamente, que el Fondo de Tecnologías permitió la acreditación de la experiencia de sus profesionales con sus respectivos (traslapos), nos permitimos tachar de falso dicho argumento toda vez que dentro de los documentos que forman parte integral del presente proceso de selección, no se estipula dicha aceptación, generando con esto que la entidad recaiga en error argumentando que el profesional propuesto por parte de este proponente cumpla a cabalidad los requisitos técnicos de experiencia,*

*aspecto que en realidad no era cierto, toda vez que la entidad fue muy clara en precisar el cómputo de traslapos por una sola vez.*

*(...).*

*En este sentido si el Fondo de Tecnología quería modificar la condición técnica establecida en los términos de condiciones, debió a través de una adenda modificatoria realizar el respectivo reajuste de tal manera que la intención no se viera reflejada en un solo querer, sino en un acto concreto, así las cosas y al revisar las adendas publicadas por la entidad, como los demás documentos que modifican el pliego no se evidencia una materialización concreta de dicho requisito técnico para el recurso humano propuesto.*

*Por otro lado y en aras de aclarar la mala interpretación que realiza en este caso el proponente PUBLICA y por ende induce en un error a la entidad, debemos mencionar a la luz del presente proceso los diversos pronunciamientos que al respecto se han emitido por parte de las autoridades que regulan la materia (...).*

Sobre el particular, es pertinente reiterar que, de acuerdo con lo demostrado en el proceso, al estimar la experiencia del director de cuenta ofrecido por la sociedad Publica S.A.S., en la participación de proyectos frente al segundo grupo de actividades, se evidenciaron tres períodos imbricados, pese a lo cual, con base en la modificación de la regla bajo examen, se consideró que todos ellos, sin reparar en la sobreposición de los tiempos, debían estimarse. Al cabo de ese estudio, se entendió satisfecho el requisito habilitante de la experiencia mínima del personal ofrecido por esa persona jurídica.

Con base en lo expuesto, la Sala considera que, al dar respuesta a las observaciones formuladas al pliego de condiciones, en realidad se introdujo una modificación a la regla establecida para acreditar la experiencia mínima del personal ofrecido como requisito habilitante.

### **1.3.- La viabilidad jurídica de introducir una modificación al pliego de condiciones sin instrumentarla en una adenda expedida por funcionario competente**

Para el tribunal, la modificación realizada al pliego por la funcionaria integrante del comité evaluador resultaba vinculante, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y con base en esa nueva regla era que debía verificarse el cumplimiento del requisito habilitante alusivo a la experiencia.

*(...) Por consiguiente y teniendo en cuenta los argumentos dados, la entidad nunca expidió adenda modificatoria o aclaratoria que cambiara el sentido de dicha condición, manteniendo de esta manera las condiciones técnicas pactadas en los términos de condiciones definitivos donde estipuló que cuando los profesionales propuestos hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados), se contabilizará una vez el tiempo de experiencia.*

*Así las cosas, solicitamos a la entidad, rechazar la propuesta del proponente PUBLICA toda vez que el tiempo certificado para el profesional Hernán Darío Botero no cumple con el requisito mínimo establecido por parte del fondo de tecnologías en virtud del tiempo laborado por dicho profesional*  
La entidad dio respuesta en los siguientes términos:

*Teniendo en cuenta que la observación indica que una modificación al pliego solamente era procedente a través de adendas y no le da peso suficiente a las respuestas a los pliegos de condiciones, procede la administración a manifestarle al oferente que contrario a lo indicado por el proponente UT BTL COLOMBIA, el Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A con Ponencia del Consejero: Hernán Andrade Rincón del 25 de junio de 2014 con Radicación 2500002326000200100707 02, Expediente: 33319 al revisar el recurso de apelación interpuesto por el actor la UNIÓN TEMPORAL GERMON en la ACCIÓN CONTRACTUAL dicho fallo en concordancia con la sentencia del expediente: 30571 del 16 de septiembre de 2013, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo, se pronunció frente al poder de las respuestas y aclaraciones dadas por las entidades estatales a los pliegos de condiciones en los siguientes términos:*

(...).

Por lo expuesto, se tiene sin lugar a duda que la respuesta dadas a las observaciones por parte de la administración hacen parte integral del pliego de condiciones y que la evaluación se realizó para todos los oferentes con el mismo rasero contenido en dicha respuesta, por tanto se mantiene la evaluación de la entidad. Folios 535 a 599 del tomo 3 y 600 a 604 del Tomo 4.

En desacuerdo con lo anterior, la parte actora argumentó que la mencionada modificación al pliego de condiciones, al haber sido adoptada sin competencia, no podía resultar vinculante para la Administración, al paso que afirmó que el *a quo* desconoció que, según la regulación legal, los comités evaluadores no estaban autorizados para modificar el pliego, instrumento que únicamente podía ser alterado por un funcionario competente a través de la adenda correspondiente. Agregó que no era cierto que en la adenda 2 se hubiera instrumentado la citada modificación o que esta hubiera hecho parte integrante de ese documento.

Para resolver el punto en discusión, la Sala considera que, en efecto, el numeral 4 del artículo 30 de la mencionada Ley 80 de 1993, norma aplicable al procedimiento de selección que ocupa la atención de la Sala, establece que *“dentro de los 3 días hábiles siguientes a la apertura de la licitación, al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, 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 (...) hasta por seis (6) días hábiles”*.

En relación con la modificación que se censura, ocurrida en el marco del plazo de la licitación<sup>10</sup>, se aprecia que, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del

<sup>10</sup> Para ilustrar lo acontecido en el procedimiento de selección, se pone de presente que el plazo de la licitación fue el siguiente:

- Luego de haberse surtido la etapa de prepliegos, el 17 de enero de 2018, el Fondo publicó el pliego de condiciones definitivo y se expidió y publicó en el Secop II el acto de apertura del procedimiento de selección, por lo que a partir de entonces se dio inicio al término para presentar ofertas.
- El 22 de enero de 2018 se adelantó la audiencia de asignación de riesgos y alcance del pliego de condiciones. El acta de la audiencia se publicó el 25 de enero de 2018 y en su contenido se dejó constancia de que en curso de aquella solo se habían recibido las observaciones al pliego, pero que las respuestas a las mismas serían publicadas en el Secop II en documento posterior. No se evidencia que a esa audiencia de aclaración hubiera asistido algún representante de la unión temporal demandante BTL Colombia.
- El 26 de enero de 2018 se expidió la adenda 1, en la que se realizaron algunas modificaciones al cronograma de la licitación.
- **Las respuestas a las observaciones formuladas frente al pliego de condiciones definitivo en la audiencia de aclaraciones, entre las cuales está la que ocupa la atención de la Sala, se publicaron en el Secop II el 29 de enero de 2018.**
- En esa misma fecha, 29 de enero de 2018, se expidió y publicó la adenda 2, a través de la cual se recogieron las modificaciones al pliego a que hubo lugar, como consecuencia a las observaciones formuladas en la audiencia de aclaraciones, sin que esta contuviera modificación alguna respecto de la forma de evaluar las propuestas.
  - **El plazo para presentar propuestas corrió hasta el 2 de febrero de 2018; el día anterior, 1 de febrero de 2018, Publica S.A.S. y BTL Colombia presentaron sus ofertas.**

artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el 22 de enero de 2018<sup>11</sup>, durante la audiencia de fijación de riesgos y alcance al pliego de condiciones definitivo, se tomó nota de las observaciones presentadas por los proponentes y se difirieron sus respuestas a la expedición de un documento que sería dado a conocer a todos ellos a través del SECOP II.

Como consecuencia, el 29 de enero de 2018, estando dentro del término permitido por el numeral 5<sup>12</sup> del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para que la entidad introdujera modificaciones al pliego de condiciones, *-pues aún faltaban más tres días para la fecha de cierre (2 de febrero de 2018), a lo que se suma que no se había presentado alguna propuesta hasta entonces-* se publicó en el SECOP II el documento contentivo de las respuestas a las observaciones formuladas por los proponentes

frente a los pliegos de condiciones definitivos, escrito que fue signado por la señora Andrea Castro Vélez, Asesora 1020-18 del despacho, en calidad de miembro del comité evaluador, e Iván Alirio Ramírez Rusinque, abogado consultor de la firma asesora de riesgos Economía Urbana.

Ese mismo día, 29 de enero de 2018, *-acto producido igualmente dentro del término previsto por el ordenamiento para realizar cambios al documento precontractual-*, la

- El informe de evaluación 1 fue publicado el 7 de febrero de 2018, el segundo informe se publicó el 19 de febrero de 2018. En estos dos informes se recomendó declarar desierta la licitación por no encontrar habilitada ninguna de las propuestas.
- El informe de evaluación 3, que fue el consolidado, se produjo el 19 de febrero de 2018 y, según su contenido, las únicas dos propuestas habilitadas serían las de Publica S.A.S. y BTL Colombia. De acuerdo con ese informe, dado a conocer a los proponentes durante esa misma audiencia, la primera estaba llamada a ser la favorecida con la adjudicación, tras ocupar el primer lugar en la calificación. Al cabo de esa diligencia, se adjudicó el contrato a Publica S.A.S., decisión que se instrumentó en la Resolución 000290.

<sup>11</sup> El 2 de febrero de 2018 se suscribió el acta de cierre del procedimiento de selección, folios 425 del Tomo 3. Entre el 1 y 2 de febrero de 2018 se presentaron todas las propuestas, folios 425 a 430 del Tomo 3.

<sup>12</sup>“*El plazo de la Licitación, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.*

*Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales”.*

A su turno el Decreto 1082 de 2015, en su **artículo 2.2.1.1.2.2.1. contempla la modificación de los pliegos de condiciones así:**

*“La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.*

*“La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.*

entidad expidió la Adenda 2, en la cual introdujo varias modificaciones al pliego de condiciones; sin embargo, nada se dijo en lo atinente a la acreditación de la experiencia frente al personal mínimo requerido, en punto a la valoración de los traslajos, regulada en el literal 1 del numeral 5.14 del pliego de condiciones, y tampoco se dispuso que a esa adenda debían entenderse incorporadas las respuestas a las observaciones al pliego de condiciones dadas en documento de esa misma fecha<sup>13</sup>. Observa la Sala que la referida adenda no modificó la forma de evaluar la experiencia.

Planteado este escenario, la Sala advierte que la modificación al pliego de condiciones, contenida en la respuesta brindada por la entidad a la forma de evaluar el requisito en cuestión, no obstante no haberse documentado a través de una adenda, su contenido sí resultaba vinculante para la Administración y para los oferentes, en consideración a los siguientes razonamientos:

Ese ha sido el entendimiento que en relación con ese aspecto ha desprendido esta Sección en sentencia que a continuación se cita y que sirvió de cimiento jurisprudencial para la decisión de la primera instancia:

*“5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia (...). Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo (...).*

*En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no*

<sup>13</sup> Folios 433 a 475 del Tomo 3.

*queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones<sup>14</sup>.*

Lo que se procuró, al trazar ese lineamiento jurisprudencial, fue superar obstáculos de índole formal y revestir de vigor los aspectos sustanciales de los documentos de respuestas frente a las observaciones a los pliegos de condiciones, en orden a establecer que, en el evento de que a partir de estas se hubieren introducido verdaderas modificaciones al documento negocial, al margen de que estuvieran o no contenidas en un texto rotulado como adenda, ello no enervaba los efectos vinculantes que de esas respuestas emanaban.

Sin embargo, se aclara que en esta oportunidad la comprensión de la jurisprudencia en comento no puede dejar de examinar la facultad para modificar el pliego de condiciones de quien suscribe las respuestas a las observaciones sobre su contenido, teniendo en cuenta lo consagrado en el citado numeral 4) del artículo 30 del Estatuto de Contratación Estatal, así como de las demás normas vigentes para el momento en el cual se adelantó el procedimiento de selección que ahora se cuestiona.

En contraste con lo anterior, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 dispone que *“Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”*.

Posteriormente, la Ley 1150 de 2007, en su artículo 21<sup>15</sup>, introdujo un párrafo a

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, expediente no. 30.571, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Esta postura fue reiterada por esta Subsección, en sentencia del 1 de octubre de 2014, dentro del expediente 30614, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón y fue acogida por la Subsección B de la Sección Tercera en sentencia del 26 de enero de 2022, en el expediente 54719, con ponencia del consejero Fredy Ibarra Martínez.

<sup>15</sup> Al pronunciarse sobre la exequibilidad del párrafo del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, incorporado por la Ley 1150 de 2007, la Corte Constitucional discurrió de la siguiente manera: *“En lo que tiene que ver concretamente con la desconcentración, materia del cargo objeto de examen, la jurisprudencia constitucional ha determinado que es un instituto jurídico que hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos. “En este orden de ideas, las características particulares de la desconcentración son: (i) es una atribución de la competencia realizada por el mismo ordenamiento jurídico; (ii) tal atribución es realizada a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; (iii) la competencia desconcentrada se confiere de forma exclusiva al órgano designado por el ordenamiento; (iv) la responsabilidad del*

la antedicha norma a cuyo tenor se consagró que “se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

Asimismo, el artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015 dispone que “La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos”.

Como se aprecia, la desconcentración prevista en la Ley 1150 de 2007 constituye una figura especial y diferente de la consagrada en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998, en cuya virtud se contempla la ausencia de recursos frente a las actuaciones

*superior jerárquico se circunscribe al ámbito de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y; (v) el superior sólo puede reasumir la competencia previa una nueva atribución legal que así lo determine.*

*(...).*

*“Como se observa, la intención del legislador fue permitir que las autoridades públicas facultadas para contratar en nombre del Estado, bien originariamente o en virtud de acto de delegación, **puedan desconcentrar en instancias o funcionarios de la propia entidad el desarrollo de actividades propias del proceso precontractual, como es el caso de la elaboración de pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes, la evaluación de propuestas, la confección de minutas de contratos, etc.***

*“La desconcentración de estas actividades, por expreso mandato legal, no implica la transferencia de autonomía administrativa en su ejercicio por lo que, contrario a como lo prevé el modelo general de desconcentración regulado por el artículo 8º de la Ley 489/98, en el caso de la norma acusada no se está ante la transferencia de potestades para la toma de decisiones. Nótese que el párrafo demandado es explícito en establecer el carácter estipulativo de esta modalidad particular de desconcentración, en tanto señala que “para los efectos de esta ley se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía en su ejercicio.”*

*“Debe insistirse en que el apartado acusado refiere a la desconcentración de las actividades pertenecientes al proceso precontractual, que son aquellas relacionadas con la elaboración de licitaciones y concursos públicos, casos en los cuales el jefe o representante legal de la entidad estatal, podrá desconcentrar esas tareas en servidores públicos del nivel directivo o ejecutivo del mismo ente. Este acto de desconcentración, en los términos del artículo 8º de la Ley 489/98, no implica la delegación de funciones, por lo que la responsabilidad administrativa continúa en cabeza del jefe o representante legal de la entidad correspondiente.*

*“En ese sentido, la desconcentración de actividades en el proceso precontractual de que trata el artículo 21 de la Ley 1150/07 es un modo específico de distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de contratación administrativa al interior de las entidades del Estado, que de ninguna manera involucra la delegación y, por ende, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate. En ese orden de ideas, resulta apenas lógico que el legislador haya dispuesto que contra esas actividades no procedan recursos en vía gubernativa, pues ello equivaldría, en la práctica, a que la actuación volvería al superior quien, como se dijo, conserva la responsabilidad administrativa en relación con las actividades desconcentradas”. Corte Constitucional, sentencia C-259 del 8 de marzo de 2008, M.P Jaime Córdoba Triviño.*

surtidas en su ejercicio, circunstancia que da lugar a entender que estas se despliegan directamente en nombre de la entidad que desconcentra.

Ese fue el contexto al que atendió la expedición de la Resolución No. 000043 del 17 de enero de 2018, por la cual el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ordenó la apertura del procedimiento de licitación pública No FTIC LP-001-2018, integró el Comité Evaluador y desconcentró en este la función de **“Resolver las observaciones que se susciten con ocasión y durante todo el proceso de selección”**, entre otras, y, por tanto, en armonía con lo que se precisará a continuación, tal asignación permitía concebir que las respuestas a las observaciones frente al pliego de condiciones se adoptaban directamente por la entidad, circunstancia que las revestía de fuerza vinculante.

Planteado este panorama jurídico, la Sala considera que lo acaecido en el curso de la licitación -procedimiento de selección FTIC-LP-001-2018- igualmente debe acompasarse con los siguientes principios<sup>16</sup>:

### **1.3.1. La confianza legítima frente a las actuaciones y decisiones de la Administración en su actividad precontractual:**

La confianza legítima, desde su raigambre de principio, ha sido concebida por la Corte Constitucional como un límite a las actuaciones de las autoridades públicas frente a cambios intempestivos en su proceder que pueden impactar o poner en riesgo el válido surgimiento de derechos de los administrados y *“por tanto esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional”*<sup>17</sup>.

Para la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>18</sup>, la confianza legítima se encuentra

<sup>16</sup> Respecto de la fuerza normativa y vinculante de los principios, la jurisprudencia Constitucional ha sostenido: *“Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez (...). Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos, su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”*. Corte Constitucional, sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-453 del 22 de noviembre de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.<sup>18</sup> Sobre el particular ha sostenido: *“En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida, ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el*

íntimamente ligada al principio de buena fe, postulados cuya concreción en el plano precontractual de la Administración Pública resulta insoslayable atendiendo a las siguientes reflexiones:

*“Es así cómo la aplicación del principio de confianza legítima en las eventualidades en donde se alega su vulneración, de manera inescindible debe estar acompañada del principio de buena fe, el cual a su turno tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual se exija.*

*“(…).*

*“Sobre este aspecto se reitera que en la elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia la Administración debe cumplir con las cargas de claridad y precisión en cuanto a las reglas, requisitos y demás elementos que allí se incluyen. Cuando esas cargas no se cumplen a cabalidad, el legislador ha previsto la posibilidad de que exista una etapa precontractual<sup>19</sup> destinada a aclarar y a resolver las inquietudes que en torno al documento puedan surgir, etapa que como todas las demás debe respetar los principios de publicidad y de buena fe en la medida en que todos los interesados deberán conocer las preguntas formuladas por los aspirantes a participar y las respuestas emitidas por la entidad frente a las mismas.*

*Derívase de lo expuesto que en las respuestas y aclaraciones a los interrogantes de los interesados, la entidad mantiene el deber de cumplir con las aludidas cargas de claridad y precisión, incluso con mayor exigencia a la que se demanda en la confección de los pliegos o términos de referencia, pues en la mayoría de los casos la formulación de la pregunta se origina en alguna laguna u oscuridad frente a determinado punto del pliego y en tal medida es esa la oportunidad con que cuenta la entidad estatal para enmendarla y enderezar cualquier motivo de duda que pudiera surgir sobre el particular.*

*“(…).*

*“Es por ello que emergieron varias preguntas en torno al tema de la oferta económica, una de ellas la que formuló el Consorcio Condival – E.J.M., la cual dio origen a la respuesta de la Administración que posteriormente ella misma desconoció en la etapa de ejecución y cuyo alcance y contenido interpretativo ya fue abordado por esta Sala en acápite anterior, en el cual se concluyó que el escrito resultó suficientemente claro al precisar que lo que se iba a pagar por metro cuadrado correspondía al área total del parque.*

*“Sin duda a través de su expedición la Administración Distrital, por conducto de la dependencia encargada del procedimiento de selección contractual, Coordinación del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDR, generó confianza*

*interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) “se exige una antijuricidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo”, iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, Exp. 12558, C.P. Alier Hernández Enríquez.*

<sup>19</sup> Art. 30 numerales 4 y 5 Ley 80 de 1993.

a los interesados en participar en las invitaciones públicas de la referencia respecto del área que sería materia de reconocimiento económico, tanto por la literalidad de los términos en que quedó plasmada, como por la fuente de la que provino. Quién mas que la misma entidad estatal que elaboró los términos de referencia, que estructuró el procedimiento de selección, que realizó los estudios previos y de conveniencia que lo motivaron podría estar legitimada y suficientemente informada para dar una respuesta clara y puntual frente a la incertidumbre que surgió en torno al alcance de dichos documentos precontractuales. En virtud de dicha legitimación la respuesta al interrogante planteado por el demandante no podía ser desconocida después por su propia autora<sup>20</sup>.

Al descender estas reflexiones al ámbito del caso concreto, la Sala considera que, no obstante que el cambio de las reglas de evaluación realizado a través de la respuesta a las observaciones del pliego de condiciones fue adoptada por el Comité Evaluador, lo cierto es que el documento contentivo de tales respuestas fue publicado por el FONTIC en el SECOP<sup>21</sup> el 29 de enero de 2018, divulgación que se surtió respecto de todos los interesados en participar en la escogencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, generando efectos respecto de toda esa colectividad.

A lo dicho se agrega que la referida respuesta en la que se materializó la modificación fue publicada dentro del término legalmente consagrado para este propósito.

En esa medida, al margen de que no se le denominara adenda, las modificaciones contenidas en esas respuestas fueron avaladas por la Administración precontractante al surtir el trámite de publicidad a través del mecanismo oficial previsto por la Ley 1150 de 2007 para dar a conocer sus actuaciones a todos los aspirantes en presentar propuestas.

Sobre el particular, cabe advertir que en el Decreto 1082 de 2015 se contempla la

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, expediente no. 30.571, con ponencia del Consejero. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>21</sup>“ARTÍCULO 3º de la Ley 1150 de 2007. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

“(...).

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

“(...)”.

publicidad de las actuaciones y decisiones precontractuales en el SECOP, como se lee:

*“ARTÍCULO 2.2.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015. **Publicidad en el SECOP.** La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.*

*“La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto”.*

Así pues, al haber otorgado publicidad a esas respuestas a través del mecanismo legalmente determinado, se deriva que con esa actuación la entidad acogió su contenido, se convalidó el respaldo otorgado por esta al cambio de la regla habilitante y, a su vez, se generó una confianza en los aspirantes a participar en el procedimiento de selección en relación con la legitimidad de la fuente de la cual procedía esa decisión y, por tanto, del efecto vinculante que de allí emanaba.

Con apoyo en lo anotado, resulta viable considerar que la decisión procedió directamente de la entidad precontratante o, al menos que, al mostrar su anuencia respecto de su publicación, había sido amparado por esta su contenido.

Ese entendimiento por parte de los oferentes, respecto del carácter vinculante del documento en el que se registraron las respuestas frente a las observaciones al pliego, válidamente desprendido de la publicación oficial en el portal público, imponía a la entidad, en la etapa de la evaluación y de adjudicación, estarse a lo allí dispuesto, so pena de desestabilizar la seguridad que respecto de las reglas de habilitación había generado su actuación precedente.

En suma, la situación descrita dio lugar a la formación de un sano y válido convencimiento en la sociedad Publica S.A.S. respecto de la legitimidad de la fuente de la que provenía y del carácter vinculante de la información que sobre las respuestas a las observaciones a los pliegos de condiciones se publicó en el SECOP II por parte de FONTIC, certeza que lo llamó válidamente a estructurar su propuesta con apego a los datos consignados en el citado documento.

### 1.3.2. Buena fe del oferente en la etapa precontractual

La jurisprudencia de esta Corporación de manera reiterada ha enfatizado en el deber de observar el principio de buena fe precontractual, tanto por parte de la Administración directora del procedimiento de selección como por los proponentes.

*“Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer, durante la ejecución y perdurar luego de su cumplimiento. La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilataciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos”<sup>22</sup>.*

La observancia de este principio en la fase prenegocial que, a su turno, desarrolla postulados de rectitud, probidad y lealtad, desde la perspectiva del aspirante a presentar una propuesta que culmine con la celebración de un contrato con el Estado, se cristaliza, no solo con la presentación de información suficiente, verídica y confiable en su propuesta o en la colaboración, a partir de su *expertise*, en la corrección o advertencia sobre imprecisiones técnicas o financieras en las que pudo haber incurrido la Administración al realizar los estudios previos en que se fundamentó el procedimiento de selección, en la confección de los pliegos regentes de la escogencia y que eventualmente podrían impactar negativamente la cabal y eficiente ejecución del contrato proyectado.

Este principio también se materializa en la fase de comunicación que tiene lugar durante el procedimiento de selección. Se concreta en la publicación que la entidad realiza de sus actuaciones y decisiones precontractuales y en la conducta activa que los aspirantes observan frente a esa dinámica, la que puede consistir en la formulación de inquietudes, observaciones, solicitudes de aclaración o la manifestación de reparos que puedan surgir respecto del conjunto de documentos que se suscriban o las decisiones que se adopten y sean dadas a conocer a lo largo de la etapa previa a la formación del negocio jurídico.

Como consecuencia de esto último, la buena fe precontractual por parte de quien se proyecta como futuro colaborador de la Administración se extiende a la

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Exp: 24715, acumulados, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

necesidad de alertar a la entidad, en caso de evidenciarlo, acerca de la posible existencia de irregularidades, omisiones, anomalías o inexactitudes acaecidas durante el agotamiento de las etapas del procedimiento de selección, con el fin de propugnar por el enderezamiento de alguna fase o actuación anormalmente adelantada y así precaver o evitar que la elección de la oferta adolezca de vicios que, a la postre, empañen su validez.

Lo dicho, a su vez, comporta la inadmisibilidad de que, quien avizora la ocurrencia de una irregularidad en las etapas de la licitación guarde silencio en la oportunidad procedente y solo venga a alegarla cuando de allí surjan y se concreten consecuencias nocivas en desfavor suyo, como por ejemplo lo sería la frustración de la expectativa de que su oferta resulte seleccionada.

La Sala considera que en este caso la unión temporal BTL Colombia faltó a su deber de lealtad y buena fe durante la etapa precontractual, según pasa a detallarse:

Como se vio en párrafos precedentes, las respuestas a las observaciones formuladas frente al pliego de condiciones definitivo en la audiencia de aclaraciones, entre las cuales está la que ocupa la atención de la Sala, se publicaron en el Secop II el 29 de enero de 2018, medio de publicidad oficial al cual tuvieron acceso todos los aspirantes a presentar propuesta, incluido BTL Colombia, y el cierre de la licitación o vencimiento del plazo para presentar propuestas se cumplió el 2 de febrero de 2018, lapso durante el cual se encontraban abiertos los canales de comunicación con la entidad.

Pese a lo anterior, aun cuando BTL Colombia tuvo conocimiento del documento de respuestas a las observaciones tras efectuarse su publicación en el SECOP II, es claro que en esa fecha la demandante evidenció que se había modificado la forma de valorar la experiencia traslapada del personal mínimo ofrecido, aunque no a través de la expedición de la adenda que tanto echó de menos.

Es por ello que, en observancia del deber de lealtad que se le exigía y en atención a lo dispuesto en el tercer inciso del numeral 4) del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el que se lee que: *“dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público”*<sup>23</sup>, BTL Colombia bien pudo dirigirse a la entidad para pedir claridad al respecto, dado que evidentemente la respuesta modificaba un aspecto de la evaluación.

Dicho esto, la Sala encuentra reprochable la conducta del proponente BTL Colombia y apartada de los postulados de la buena fe precontractual exenta de culpa que consagra el Estatuto Mercantil, en tanto, como se acotó, en la fase de

comunicación surtida entre la Administración y los aspirantes, destinada, desde la perspectiva de los futuros proponentes, a ventilar todas las dudas que surjan en relación con los documentos que habrían de regir y disciplinar las reglas del procedimiento de selección y poner en conocimiento de la Administración las dificultades que afrontan

en torno a la comprensión que habría de dispensarse a su texto en caso de que emergieran, la ahora demandante observó una conducta pasiva que no se compadece con la carga dinámica que se le demanda en la fase que antecedió la evaluación y la adjudicación.

Como se aprecia, no obstante disponer de un término establecido por el legislador para que antes del cierre de la licitación expusiera sus reparos frente a la modificación de la mecánica que determinaría la valoración de la experiencia del personal ofrecido, BTL Colombia nada dijo sobre el particular en ese interregno y fue solo hasta cuando el comité evaluador publicó su informe considerando en su labor de verificación de requisitos habilitantes la regla de experiencia en estudio, que el demandante, al enterarse de que la calificación efectuada, de acuerdo con la

regla introducida a través de la respuesta publicada, resultaba favorable a su competidor, mostró su inconformidad y develó la supuesta anomalía que habría precedido la etapa de evaluación, conducta que contrarió la buena fe precontractual y el deber de lealtad que se le demandaba.

Sin perjuicio de lo anotado hasta este punto frente a la conducta del contratista, la Sala considera que también la actuación de la Administración precontratante resultó censurable, en la medida en que, no obstante que el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 exigía que la modificación del pliego de condiciones se instrumentara a través de una adenda expedida por el funcionario competente, no procedió en esa dirección; sin embargo, la conducta advertida no tiene la virtualidad

<sup>23</sup> Se recuerda que desde la publicación de la adenda 2 -29 de enero- faltaban 4 días para el cierre de la licitación.

de viciar de nulidad el acto de adjudicación, en consideración a las razones que se dejaron expuestas párrafos atrás, en el sentido de que la publicación de la modificación generó efectos tanto para la entidad como para cualquier participante en el procedimiento de selección.

Con base en este derrotero, la Sala estima que no es de recibo el cargo de la apelación que se estudia, pues la modificación introducida al pliego de condiciones analizada sí generó efectos vinculantes en torno a la forma de verificar el requisito habilitante de experiencia del personal ofrecido, por lo que en la decisión de adjudicación debía considerarse lo allí consignado.

### **Conclusión**

Por las consideraciones expuestas, la Sala procederá a confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, el 4 de mayo de 2022, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

### **5. Costas**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 188 del CPACA y con la disposición especial del artículo 365 del CGP, se establece un criterio objetivo<sup>24</sup> de condena en costas, que impone condenar en este asunto a la parte vencida en este litigio, que en este caso es la demandante, unión temporal BTL Colombia.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

A su turno, el artículo 5.1 del Acuerdo 10554 de 2016 consagró que la tarifa de las agencias en derecho para la segunda instancia se fijará en un rango entre uno (1) y seis (6) SMLMV.

Como consecuencia, las agencias en derecho para la **segunda instancia**, se fija la cifra de un (1) SMLMV, a cargo de la unión temporal BTL Colombia.

<sup>24</sup> Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante – unión temporal BTL Colombia- y en favor de la demandada FONTIC, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en **segunda instancia**, se fija en un (1) SMLMV, valor que deberá ser pagado por la demandante al demandado FONTIC.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría de la Sección, devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE **MARÍA ADRIANA MARÍN JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**