

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Fernando Alexei Pardo Flórez

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

Radicación: 08001-23-33-000-2019-00567-01 (70198)

Demandante: Didácticos y Libros ? Didaclibros Ltda.

Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (precontractual)

TEMAS: NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN ? Carga de la

prueba / NULIDAD PROCESAL ? Hay litisconsorcio necesario entre la entidad contratante y la adjudicataria, salvo que esta última sea una sociedad mercantil liquidada / ALEGATOS DE CONCLUSIÓN ? No pueden estudiarse cargos de nulidad de los actos administrativos ni argumentos nuevos que no hayan sido expuestos en la demanda, por obstruir el derecho de contradicción de la contraparte / CONFESIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS ? No es procedente / DOCUMENTOS QUE OBRAN EN EL SISTEMA ELECTRÓNICO DE

CONTRATACIÓN PÚBLICA (SECOP) ? Son susceptibles de ser valorados judicialmente / OFERTA DE CONTRATO ? Debe ser inequívoca, completa, clara y precisa / FACTORES DE EVALUACIÓN QUE OTORGAN PUNTAJE ? No son subsanables.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de abril de 2022, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico ? Sala de Decisión Oral A, que negó las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Didaclibros Ltda. participó en un procedimiento de selección abreviada de menor cuantía que adelantó el Distrito de Barranquilla, cuyo objeto era escoger al contratista encargado de dotar tres sedes del SENA para la formación en TIC, salud y logística en el Distrito. Esta entidad adjudicó el contrato a la sociedad Analytica S.A.S. Inconforme con esta decisión, Didaclibros demandó el acto administrativo de adjudicación alegando que, por la insuficiencia técnica de los ítems ofrecidos en relación con lo exigido por el pliego de condiciones, la adjudicataria debió ser inhabilitada para participar en el procedimiento; además sostuvo que su propuesta no fue correctamente calificada en lo que refiere a su ofrecimiento de garantía adicional de los productos, factor en el que debió recibir el puntaje máximo y, por motivos excesivamente formales y distantes de las disposiciones del pliego, no recibió la valoración a la que tenía derecho.

ANTECEDENTES

La demanda: hechos, normas violadas y concepto de la violación

El 6 de agosto de 2019, mediante apoderado judicial, la sociedad Didácticos y

Libros ? DIDACLIBROS Ltda. (en adelante, Didaclibros, la actora, la demandante, la apelante o la recurrente) presentó demanda¹ de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla (en lo sucesivo, el Distrito, la demandada o la entidad), para obtener pronunciamiento favorable respecto de las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Declarar la nulidad de la Resolución 056 del veintiséis (26) de febrero de 2019, expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Distrital de Barranquilla y por medio de la cual adjudicó la Selección Abreviada N° SA-002-2019, cuyo objeto es el [sic] "DOTACION [sic] DE TRES SEDES DEL SENA PARA OFRECER PROGRAMAS DE FORMACION EN LAS AREAS [sic] DE TIC, SALUD, LOGISTICA [sic] Y TRANSPORTE EN EL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO [sic], BARRANQUILLASIMULADORES [sic] DE SALUD", a la sociedad ANALYTICA

S.A.S. Identificado con NIT 890.935.513-9, representada legalmente por [...] identificado con [...], quien cumplió con los requisitos habilitantes establecidos en el presente proceso y obtuvo un puntaje de 992 puntos, por un valor de MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS (\$1.698.670.260,00) IVA INCLUIDO, incluidos

[sic] todos los tributos que se generen con ocasión a la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

SEGUNDA: A manera de Restablecimiento [sic] del derecho se ordene:

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla otorgar la calificación de 200 puntos por garantía máxima a la empresa DIDACLIBROS LTDA.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla ajustar el puntaje de la evaluación del proceso de selección Abreviada N° SA-002-2019 señalando que DIDACLIBROS CON 993 PUNTOS es la mejor propuesta y era la beneficiaria de la adjudicación del Proceso de Selección Abreviada N° SA-002-2019.

Que se condene al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla al pago de los dineros que se dejó de percibir debido a la adjudicación del proceso y celebración del Contrato.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido

[sic] por el señor juez.

La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el Código General del Proceso".

Como soporte fáctico de sus pretensiones, la actora sostuvo que, a través de la Resolución 007 del 21 de enero de 2019, el Distrito ordenó la apertura de la

¹ En expediente digital (SAMAI, índice 2), archivo "ED_001EXPDIGITAL201(.pdf)" (archivo pdf), pp. 2-25.

selección abreviada núm. 002 de 2019, cuyo objeto era contratar "la dotación de tres sedes del SENA para ofrecer programas de formación en las áreas de TIC, salud, logística y transporte en el Departamento del Atlántico, Barranquilla ? Simuladores de salud", por un valor de mil ochocientos tres millones novecientos tres mil veintiún pesos (\$ 1.803.903.021,00).

Según el pliego de condiciones, los equipos requeridos debían contar con una "garantía mínima de doce (12) meses contados a partir del recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato". Además, entre los factores de evaluación de las propuestas, disponía un puntaje por "garantía máxima", otorgado al ofrecimiento por garantía adicional de los elementos que eran suministrados. A la propuesta que ofreciera 4 años de garantía adicional le serían otorgados 200 puntos.

El mismo documento precontractual precisaba el alcance, condiciones, especificaciones y demás aspectos relacionados con los productos a suministrar; y establecía, como causal de rechazo de la oferta, el no cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas. El anexo 6 del pliego enlistó 33 ítems.

Durante el lapso para formular observaciones al pliego de condiciones, varios intervinientes e interesados realizaron estas observaciones: (i) Respecto de los ítems 18 y 19, referidos al simulador de venopunción en brazo para mujer y para hombre, respectivamente, para solicitar que se permita ofrecer simuladores sin interesar el género; el Distrito negó tal modificación porque existía una diferencia en la ficha técnica entre ambos ítems. (ii) Sobre los requisitos habilitantes, la entidad aclaró que cada proponente debía presentar una ficha técnica, en idioma castellano, y que en caso de discrepancias entre la ficha técnica y el catálogo del fabricante se preferiría lo consignado en la ficha.

Cuatro proponentes formularon oferta en la selección abreviada, entre ellos, las sociedades Analytica S.A.S. (en adelante, Analytica o la adjudicataria) y Didaclibros. En el informe de evaluación, el ofrecimiento de Didaclibros obtuvo 150 puntos, porque en su oferta no expresó la palabra "ADICIONAL", y como se requería una garantía mínima de un año, el Distrito interpretó que ofreció una adicional de 3 años. Por su parte, la propuesta de Analytica consiguió el puntaje máximo de 200 por garantía adicional. El informe ubicó la propuesta de Analytica en primer lugar, con 982 puntos; y la de Didaclibros en segundo puesto, con 943.

Didaclibros formuló las siguientes observaciones al informe de evaluación:

Didaclibros sí presentó 4 años de garantía adicional a la mínima requerida porque la garantía mínima de 12 meses ya había sido aceptada en otro aparte del pliego: el anexo 6 sobre condiciones generales del contrato.

Las fichas técnicas presentadas por Analytica en los ítems 19, 31 y 33 no cumplían lo establecido en el pliego.

En el ítem 19, denominado "SIMULADOR BRAZO VENOPUNCIÓN MUJER" fue ofrecido un producto idéntico al del ítem 18, un simulador de género masculino, pero diferenciado únicamente en el color de piel.

En cuanto al ítem 31, "SIMULADOR RCP MANIQUÍ DE SOPORTE VITAL

AVANZADO ADULTO", el producto de Analytica no cumplía con la función de ruidos para auscultación cardíaca.

Para el ítem 33, "SISTEMA PARA LECCIONES DE FISIOLÓGIA E INTERPRETACIÓN DE PARÁMETROS FISIOLÓGICOS", Analytica

presentó un producto cuya ficha técnica era "inexistente en el mercado". Además, era adaptado para la fisiología del deporte, por lo tanto, no satisfacía las condiciones técnicas para suministrar datos de electrooculografía, electroencefalografía, electrocardiograma, ni tenía software dedicado a la enseñanza.

Según la demandante, la entidad no respondió satisfactoriamente a las observaciones de Didaclibros ni adelantó audiencia de adjudicación. A través de la Resolución núm. 056 de 2019, el Distrito adjudicó el contrato a Analytica.

La demanda planteó que el acto de adjudicación contrarió la Constitución Política de Colombia, en sus artículos 2, 6, 13, 29, 83, 90, 121, 122, 209 y 228. Asimismo,

expresó que transgredió la Ley 80 de 1993 en sus artículos 24 (numeral 5), 25

(numeral 2), 29 y 30 (numerales 1 a 12); y la Ley 1150 de 2007 en sus artículos 2

(numeral 2 y párrafo 2), y 5.

De acuerdo con lo que afirma la actora, el Distrito adjudicó irregularmente el contrato, y vulneró el principio de selección objetiva contenido en normas superiores, toda vez que escogió una propuesta que debió ser rechazada porque no cumplía los parámetros técnicos fijados por el pliego, ni era la mejor para los intereses de la entidad. También incurrió en falsa motivación y en violación de los principios de transparencia, selección objetiva y buena fe, por evaluar de forma "amañada" las ofertas, castigar a Didaclibros por "no manifestar expresamente la palabra adicional", al no otorgarle los 200 puntos que merecía, y premiar a la oferente por haber agregado ese vocablo a la extensión de la garantía de los productos.

Contestación de la demanda

El Tribunal admitió la demanda mediante auto del 13 de febrero de 2020², y únicamente dispuso la notificación al agente del Ministerio Público, al Distrito, y a la demandante. El Distrito no contestó la demanda³.

Adecuación del trámite para dictar sentencia anticipada y decreto probatorio

² Archivo pdf: pp. 1022-1023. La providencia se notificó por estado electrónico del 14 de febrero de 2020.

³ Informe secretarial, en expediente digital (índice SAMAI núm. 0002), archivo "ED_006PASEPARAAUD2(pdf)".

Mediante auto del 9 de febrero de 2022⁴, el Tribunal resolvió dictar sentencia anticipada, porque consideró que el asunto es de "puro derecho", y no era necesaria la práctica de pruebas diferentes a las documentales que fueron aportadas por la demandante.

En esa misma decisión, el Tribunal corrió traslado para presentar alegatos de conclusión, y enlistó las pruebas documentales que el demandante allegó, "en fotocopia", con la presentación de la demanda. Entre ellas, indicó: "44. Propuesta presentada por ANALYTICA S.A.S.". Asimismo, decidió negar los "testimonios e interrogatorios solicitados" por la actora, porque fueron

considerados "innecesarios". En consecuencia, el ordinal tercero del auto del 9 de febrero de 2022 ordenó:

"**Tener** como pruebas, las allegadas por la parte actora con la demanda y negar la solicitada por la misma, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia."

Fallo de primera instancia

En sentencia⁵ del 25 de abril de 2022, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Según el a quo, la demandante no formuló oportunamente sus alegatos de conclusión en primera instancia.

De entrada, el fallo encontró que la propuesta de Analytica no fue aportada en su integridad por la actora, situación que debía acarrear las consecuencias derivadas del desconocimiento de las cargas probatorias.

En relación con el ítem 19 y su comparación con el ítem 18, el Tribunal aseguró que a pesar de que cuente con una denominación diferente, técnicamente ambos productos exigían lo mismo, por lo tanto, no le asistía razón a la actora. Además, sin la propuesta completa, no era posible comprobar las condiciones del producto que ofreció la adjudicataria.

Al no aportar la propuesta completa de Analytica, el a quo estimó que no podía analizarse el cargo de nulidad por los ítems 31 y 33 de las condiciones técnicas del pliego. De cualquier manera, la certificación del que afirma ser el fabricante del insumo que ofrecía exclusivamente Didaclibros no es plena prueba de que el producto ofrecido por el oferente ganador no existiera en el mercado.

Por último, por "la forma como quedó redactado el oficio" en el que el representante legal de la sociedad demandante ofrecía la garantía de los productos, no era posible predicar que los cuatro años a los que allí se refiere fueran adicionales a la mínima requerida de un año.

El recurso de apelación

⁴ En expediente digital (índice SAMAI núm. 0002), archivo "ed_00720190056700j".

⁵ En expediente digital (índice SAMAI núm. 0002), archivo "ED_011FALLO2019005(.pdf)".

La demandante interpuso recurso de apelación⁶ en contra del fallo de primera instancia, ocasión en la que reprochó lo siguiente:

Contrario a lo que expresó el Tribunal, la actora sí formuló oportunamente alegatos de conclusión en primera instancia, única oportunidad que tuvo para presentar su análisis "profundo, razonable y proporcional", antes de la sentencia. Por ende, consideró que el fallo de primera instancia adolece de "irregularidades" que, a su juicio, deben ser auscultadas en segunda instancia.

Cuestionó el fallo por expresar que no había prueba de la propuesta de Analytica, porque en el auto en el cual se decidió proferir sentencia anticipada, el Tribunal certificó que fue presentada la propuesta de Analytica, con todo y los "catálogos" de los productos que esta sociedad presentó. Además, resaltó que "en la demanda se indicó y, así lo resaltó el Tribunal al momento de aceptar las pruebas, el sitio oficial del proceso en la plataforma SECOP I". Aseguró, entonces, que la "precariedad de los documentos, no es por orfandad de las pruebas, sino que, desde el principio, el proponente presentó unos catálogos confusos, adulterados y ajustados a su conveniencia", por lo tanto, como la ficha técnica era "del FABRICANTE no del comercializador", si la propuesta presentada por la adjudicataria, tal como la aportó la demandante no era completa, tal circunstancia

"no se trata de la carga de la prueba", sino que demuestra la habilitación de una propuesta que no satisfacía las condiciones técnicas exigidas por el pliego. Además, sostuvo que la no contestación de la demanda tiene unos efectos previstos en el artículo 97 del Código General del Proceso (CGP) que significan que la demandada "se allanó a las pruebas arrimadas al expediente".

En lo que refiere a la habilitación de la propuesta de la adjudicataria, el recurso adujo que la entidad desconoció el pliego de condiciones, particularmente, en las "fichas técnicas", cuyo contenido debía reunir lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1. del Decreto 1082 de 2015. En ese orden de ideas, reprochó que la sentencia haya centrado "su análisis respecto al rechazo de plano de la propuesta (ANALYTICA), sin detenerse en el procedimiento de la verificación de los requisitos habilitantes, especialmente el cumplimiento del contenido y la contratación de lo ofertado con lo establecido en el pliego".

Insistió en que Analytica "ofreció para el ítem 19 el mismo brazo del ítem 18 cuya diferencia es el color de piel, siendo en ambos casos masculino", y se fundamenta, además, en la respuesta a una observación al proyecto del pliego, que sostuvo la diferenciación entre los ítems 18 y 19 en razón de las diferencias sexuales. Por estas razones, los productos no cumplían con su función de simular cuerpos humanos, incluyendo las diferencias fisionómicas entre los géneros masculino y femenino.

Asimismo, recalcó que, para el ítem 31, Analytica ofreció un producto que no cumplía con la función de "ruidos para auscultación cardiaca, conforme a la misma certificación presentada por [...] DIDACLIBROS" y expedida por la

⁶ En expediente digital (índice SAMAI núm. 0002) archivo "ED_012RECDEAPDELD(.pdf)".

fabricante "Laerdal Med. Corp", cuyos productos eran distribuidos exclusivamente por la actora.

En relación al ítem 33, la demandante insiste en que la ficha técnica presentada por la adjudicataria era "inexistente en el mercado", y era un producto carente de software para la enseñanza, y destinado a la fisiología del deporte, que no suministraba datos de electroencefalografía y electrocardiografía. Sostuvo que, por estas falencias, la relación contractual se extendió por nueve meses, es decir hasta el 30 de noviembre de 2019, tal como se puede evidenciar en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

En cuanto a la puntuación por garantía adicional, insistió en que el puntaje de Didaclibros debió ser de 200 por garantía máxima, y no de 150 como lo decidió el Distrito, y expresó que la calificación atenta contra las precisas indicaciones del pliego:

"...desconociendo la intención clara y expresa que esta garantía es complementaria a la que todos los proponentes debían aceptar con la firma del anexo 6. En derecho conocida claramente la intención de la norma o de la obligación, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Si existe un documento separado del anexo 6 -en la que se obliga a dar la garantía mínima exigida- es diáfana la intención del proponente que si extendía su garantía en cuatro años más.

El comité evaluador al exigir la palabra adicional al ofrecimiento de la garantía desbordó su competencia violando la ley contractual como son las normas de contratación y anticorrupción, así como, las reglas establecidas en los pliegos de condiciones".

Trámite en segunda instancia

Mediante auto del 24 de agosto de 2023⁷, el Despacho sustanciador admitió el recurso de

apelación. El Ministerio Público no presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Jurisdicción y competencia⁸

De una parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer del presente asunto⁹, porque versa sobre la impugnación judicial del acto administrativo de adjudicación¹⁰ que concluyó un procedimiento de selección abreviada de menor

⁷ Índice SAMAI, núm. 4.

⁸ En el presente asunto resultan aplicables las reglas de competencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 ? CPACA) sin la reforma que, sobre este aspecto, dispuso la Ley 2080 del 25 de enero de 2021. De acuerdo con el artículo 86 de la norma citada, las modificaciones en materia de competencias "se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicación de esta ley".

⁹ CPACA ? Artículo 104, inciso primero: "DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa" (Se subraya).

¹⁰ Ley 80 de 1993 ? Artículo 77, inciso tercero: "El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las

cuantía, expedida por un Distrito¹¹ legalmente sometido al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹². Además, esta Sala de Subsección es competente, porque decide el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia proferida por un Tribunal Administrativo, en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y en un conflicto cuya cuantía impone su juzgamiento en doble instancia, en este caso, conocida por esta Corporación¹³.

Ejercicio oportuno de la acción

La Resolución 056 data del 26 de febrero de 2019. En la página¹⁴ del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, (SECOP)¹⁵ consta que el acto administrativo demandado fue publicado en la mencionada fecha¹⁶. Así, tomando ese momento como punto de partida para el cómputo del término ordenado por el artículo 164, núm. 2, lit. c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), de cuatro (4) meses, habría vencido -sin suspensión o interrupción- el 27 de junio de 2019.

Sin embargo, en razón al trámite de conciliación extrajudicial¹⁷, el término de caducidad fue suspendido¹⁸ entre el 20 de junio y el 6 de agosto de 2019, el tiempo restante al momento de presentar la solicitud (7 días) venció el 15 de agosto de 2019, fecha posterior al de la presentación de la demanda (6 de agosto de 2019). Por lo tanto, la acción fue ejercida oportunamente.

reglas del Código Contencioso administrativo". Además, ver: CPACA. artículo 141, inciso. 2: "Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso".

¹¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 286: "Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas". (Se subraya).

¹² Ley 80 de 1993 ? Artículo 2º: "DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS

PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles". (Se subraya).

¹³ CPACA. Artículo 150, inciso primero: "El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia."

¹⁴ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=19-11-8838925>

¹⁵ En adelante, las referencias hechas al SECOP, deberán entenderse realizadas al SECOP 1, vigente para la fecha en que se adelantó la selección abreviada, y distinta al SECOP 2, instaurado posteriormente.

¹⁶ Pauta adoptada por la jurisprudencia de la Sección, en estos términos: "En la medida en que con la publicación en el SECOP se materializa la comunicación de los actos de los procesos de selección a los interesados, es a partir de esta fecha que se debe computar el término de caducidad de 4 meses para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos de la norma citada": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección B. Auto del 5 de mayo de 2020. Rad. 54001-23-33-000-2018- 00200-01(63114). C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

¹⁷ P. 1018-1019, archivo pdf.

¹⁸ De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, vigente para la fecha de interposición de la demanda: "La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre e acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable".

Legitimación en causa

Como participante, en su condición de oferente, de la selección abreviada de menor cuantía núm. SA- 002 de 2019 que concluyó con la adjudicación del contrato objeto del procedimiento de selección a Analytica, Didaclibros está legitimada en causa por activa al postularse como posible lesionada en sus derechos subjetivos¹⁹.

El Distrito, al ser la autoridad que expidió la Resolución núm. 056 de 2019, está legitimado en causa por pasiva. Empero, es necesario analizar si, en este caso, el hecho de que Analytica no haya sido convocada al asunto se traduce en la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo.

Control de legalidad del proceso

En virtud de lo previsto en el artículo 207 del CPACA²⁰, la Sala analizará en el sub judice si dos circunstancias, acontecidas durante el trámite procesal de primera instancia, configuran vicios que afecten la validez de lo actuado, a saber: (i) no haber vinculado a la adjudicataria durante el trámite del proceso y (ii) no haber considerado los alegatos de conclusión de primera instancia presentados por la actora.

Sobre la vinculación de Analytica al proceso

Según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, entre la entidad pública contratante y el adjudicatario del contrato hay una relación jurídica sustancial surgida a partir del acto de adjudicación y, por este motivo, se conforma un litisconsorcio necesario pasivo. La explicación de esta postura radica en el interés que le asiste al favorecido con la adjudicación de defender la legalidad del acto, así como los derechos subjetivos que de esa manifestación de voluntad nacen en su favor²¹, de forma que no puede decidirse el mérito del asunto sin la comparecencia del adjudicatario. Si este último no es llamado al proceso, hay lugar a declarar oficiosamente la nulidad procesal de lo actuado, con fundamento en la causal fijada en el artículo 133, numeral 8, del Código General del Proceso (CGP)²².

¹⁹ CPACA ? Artículo 138, inciso primero: "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. [...]" (Se subraya). CPACA ? Artículo 141, inciso segundo: "Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso".

²⁰ "CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes".

²¹ "Cuando se pide la nulidad de un acto de adjudicación por un licitante vencido con pretensiones de restablecimiento derivadas de esa nulidad y que puedan tener incidencia en el contrato o en los contratos celebrados debe, en principio, citarse al proceso a los favorecidos con dicha adjudicación por ser éstos precisamente los interesados en defender su legalidad, ya que ese acto es para ellos no sólo el fundamento del contrato o los contratos que celebraron con la Administración, sino de todos los derechos derivados de la licitación. // La jurisprudencia y la doctrina han visto en estos casos un litisconsorcio pasivo de carácter necesario, conformado por la entidad pública adjudicante y el adjudicatario o adjudicatarios, según el caso.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 1988. Rad. 3528, 3529 y 3544 acumulados. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²² "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [...] 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la

Esta postura ha sido sostenida en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de la Sección, bien sea para invalidar el proceso²³, reconocer la legitimación en causa al adjudicatario²⁴ para actuar como litisconsorte necesario de la parte demandada²⁵ o para recurrir las decisiones adoptadas en su contra²⁶. Ahora, cabe añadir que la jurisprudencia condicionó la conformación del litisconsorcio necesario del adjudicatario en asuntos en los que se pretenda la nulidad del acto de adjudicación a que el contrato se encontrase en ejecución al momento de admitir la demanda²⁷, postura que fue recogida posteriormente por la Sección²⁸.

Ahora bien, como se tratará en profundidad más adelante²⁹, por las particularidades del caso concreto, y las características, finalidades y garantías que ofrece el SECOP, los jueces pueden consultar y valorar los documentos contenidos en la página de dicho portal electrónico. Allí consta³⁰ que el contrato núm.

ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

²³ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Autos del 19 de julio de 2001. Rad. 25000-23-26-000-1994-09963-01(17759). C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; del 22 de mayo de 2002. Rad. 07001-23-31-000-1997-00670-01(16881). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 28 de mayo de 2009. Rad. 52001-23-31-000-1997-08814-01(15398). C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Subsección B. Autos del 25 de septiembre de 2014. Rad. 15001-23-31-000-1997-17632-01(33082). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y del 10 de noviembre de 2017. Rad. 47001-23-31-000-2002-00713-01(41062). C.P. Ramiro Pazos Guerrero; y Subsección A. Auto del 27 de enero de 2021. Rad. 25000-23-26-000-2010-00964-01(51408). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²⁴ En ese sentido, se expresó que el adjudicatario es un litisconsorte necesario y no un tercero coadyuvante. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Rad. 54001-23-31-000-1997-02625-01(20745). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Auto del 11 de febrero de 2019. Rad. 25000-23-3-2015-02612-01 (60939). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁶ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004. Rad. 73001-23-31-000-1997-5365-01(15705). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁷ "No ha sido pacífico el debate sobre la naturaleza de la posible relación litisconsorcial existente entre la entidad pública que adjudica un contrato y el contratista beneficiado, cuando se demande la nulidad del acto de adjudicación. No se puede establecer una única posición, porque todo dependerá de las circunstancias en que se desarrolle el litigio. [...] Lo anterior bajo el entendido de que existirá un litisconsorcio necesario pasivo entre la entidad estatal que adelantó el proceso licitatorio que culminó con la celebración del contrato, y el contratista que lo suscribió, siempre que al momento de admisión de la demanda el contrato se encuentre en ejecución, porque sólo en este

supuesto existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, por cuanto esa circunstancia se erige en causal de nulidad absoluta del contrato, y le impone a la entidad el deber de terminarlo unilateralmente. (ley 80/93, art. 44 - 4 y 45)": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 26 de mayo de 2005. Rad. 19001-23-31-000-1998-00476-01(25341). C.P. Ruth Stella Correa Palacio. (Se subraya). En sentido análogo, esta Subsección ha indicado: "armonizando los fines que se persiguen con la citada figura procesal [litisconsorcio necesario], la efectiva realización de los derechos comprometidos en el juicio, que no son otros que los que se presentan para ser decididos en la sentencia, y la evidente ausencia de afectación actual y pasada de la inasistencia del contratista al proceso, la falta de integración del contradictorio en la pasiva, dejó de existir para la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia, y por supuesto en la actualidad, dado que la relación jurídica sustancial que emanaba del contrato, ya se ha extinguido": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección

A. Sentencia del 6 de noviembre de 2020. Rad. 41001-23-31-000-2002-01184-01(46975). Así mismo, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Auto del 14 de septiembre de 2015. Rad. 25000-23-36-000-2013-01437-01(52378). C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

²⁸ "Si bien en otras oportunidades la Sala ha sostenido que, únicamente, cuando se demande la nulidad del acto mediante el cual se adjudicó el contrato, y éste se encuentre en ejecución, la entidad contratante y el adjudicatario conforman un litisconsorcio necesario, porque sólo en ese supuesto, existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso, dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, en esta ocasión, la Sala precisa el punto, en el entendido de que siempre que se demande la nulidad del acto de adjudicación de un contrato, deberá vincularse al proceso a la entidad adjudicataria de ese contrato.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de diciembre de 2005. Rad. 25000-23-26-000-1997-03891-01(30911). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En sentido análogo, ver: Auto del 7 de diciembre de 2005. Rad. 76001-23-31-000-1998-00091- 01(27651). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y Subsección B. Auto del 3 de diciembre de 2019. Rad. 25000-23-36-000-2016-02143-01(61923). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁹ Infra. Párr. 35.3. a 35.3.7.

³⁰ Supra, cit. 14.

012019002727, celebrado entre Analytica y el Distrito como resultado de la adjudicación impugnada, fue liquidado unilateralmente por la entidad contratante mediante Resolución núm. 086 del 4 de mayo de 2023³¹. En la parte motiva se lee que, por entonces, la sociedad contratista se encontraba "en liquidación Judicial según Aviso 2021-02-028528 de la Superintendencia de sociedades", y que la entonces agente liquidadora no compareció ni se pronunció sobre el proyecto de liquidación bilateral del contrato remitido por el Distrito.

En la "Baranda Virtual" de la Superintendencia de Sociedades (Supersociedades)³², puede corroborarse que: (1) mediante el aviso mencionado por el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, del 3 de diciembre de 2021, se informó a la ciudadanía que la Intendencia Regional Medellín (IRM) de la Supersociedades decretó la liquidación judicial de Analytica S.A.S. (NIT: 890.935.513-9) mediante auto del 12 de octubre de 2021³³; (2) el proceso liquidatorio de la

sociedad Analytica la IRM declaró terminado mediante auto del 18 de diciembre de 2023³⁴, y también ordenó a la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad liquidada la cancelación de la matrícula mercantil y el archivo del expediente; (3) en cumplimiento de la decisión, la IRM comunicó el auto a la Cámara de Comercio de Medellín, mediante oficio del 17 de enero de 2024³⁵ advirtiendo que con la anotación se extinguiría la personería jurídica de la sociedad, conforme al artículo 63 de la Ley 1116 de 2006³⁶. Al ser consultado el sitio web de la Cámara de Comercio de Medellín, se generó el siguiente certificado de cancelación³⁷:

A partir de lo expuesto cabe colegir que, si bien el remedio procesal indicado para eventos en los que el adjudicatario no es notificado, citado o emplazado como litisconsorte de la entidad demandada cuando se cuestiona la validez del acto de

³¹ Documento "ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL - 012019002727 ANALITYCA (FIRMADO)", publicado en el SECOP.

³² <https://servicios.supersociedades.gov.co/barandaVirtual/#!/app/dashboard>

³³ Rad. 2021-02-024898

³⁴ Rad. 2023-02-019508

³⁵ Rad. 2024-02-000608

³⁶ "ARTÍCULO 63. TERMINACIÓN. El proceso de liquidación judicial terminará: // 1. Ejecutoriada la providencia de adjudicación. // 2. Por la celebración de un acuerdo de reorganización. // Cumplido lo anterior, dispondrá el archivo del expediente, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que proceda contra el deudor, los administradores, socios y el liquidador, y ordenará la inscripción de la providencia en el registro mercantil o en el que corresponda. La anotación indicada extinguirá la persona jurídica de la deudora."

³⁷ Cuya autenticidad puede consultarse a través de la página web: <https://virtuales.camaramedellin.com.co/CertificadosElectronicos/#!/>

adjudicación es declarar la nulidad procesal correspondiente, incluso si el contrato fue liquidado, en este caso concreto, una decisión que invalide lo actuado hasta el momento iría en contra del principio de trascendencia que rige las nulidades procesales el cual "impone que el defecto menoscabe los derechos de los sujetos procesales, por atentar contra sus garantías o cercenarlas"³⁸.

En efecto, una medida judicial como la que expresa la pauta jurisprudencial que sanciona con nulidad procesal la omisión de vinculación del adjudicatario es, en este caso, o bajo el sub lite, irrazonable e innecesaria³⁹, porque a partir de los registros públicos y los sistemas de información electrónicos y de acceso público, está demostrado que la sociedad mercantil adjudicataria fue liquidada y su personería jurídica fue extinguida, por lo tanto, no puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones, y carece de capacidad para obrar directamente o a través de su liquidador como litisconsorte en este proceso judicial⁴⁰. Al no existir un sujeto de derechos que, al momento de adoptar esta providencia, vea cercenadas sus garantías procesales por la adopción de este fallo sin su vinculación, se concluye que no hay lugar a declarar la nulidad procesal por este motivo.

La incidencia de la decisión sobre la no presentación de los alegatos de conclusión

El Tribunal no tuvo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por el demandante en primera instancia. En su impugnación, el apelante sugirió que de ello surgieron irregularidades susceptibles

de control por parte de esta Corporación.

La Ley 2080 de 2021, vigente para la fecha en que el Tribunal de primera instancia dictó sentencia anticipada, en su artículo 42 (adiciona el artículo 182A al CPACA) establece que, una vez proferida la decisión de adecuar el trámite para proferir el pronunciamiento anticipado, se corre traslado para alegar de conclusión conforme al inciso final del artículo 181 del CPACA, que dispone el término de diez

(10) días contados a partir del día hábil siguiente al de la desfijación del estado para la presentación de los argumentos de cierre⁴¹.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC280 del 20 de febrero de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

³⁹ CGP: "ARTÍCULO 11. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpreta la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias." (Se subraya).

⁴⁰ Según la Sección Cuarta de esta Corporación: "una sociedad liquidada no es sujeto de derechos y obligaciones y por tratarse de una persona jurídica que ya no existe, tampoco puede demandar ni ser demandada. Por la misma razón, el liquidador no tiene su representación legal ni pueden exigírsele a este el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad liquidada.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. 25000-23-27-000-2012-00378-01 (20688). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁴¹ "... la notificación por estado no puede asimilarse a una notificación electrónica, pues si bien el precitado artículo 201 dispone que se enviará un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales, tal actuación se limita a comunicar a las partes sobre la existencia de la notificación por estado, pues la providencia se encuentra inserta en el estado fijado virtualmente en la página web de la autoridad judicial. Lo anterior incide en la contabilización de los respectivos términos procesales, pues los mismos empezarán a correr al día hábil siguiente a la desfijación del estado.": Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2022. Rad. 68001-23-33-000-2013-00735-02 (68177).

C.P. Stella Jeanette Carvajal Basto.

En este caso, el auto del 9 de febrero de 2022 fue notificado mediante estado del día siguiente (10 de febrero de 2022), y el término para alegar concluyó el 24 de febrero de 2022. El demandante presentó su escrito de argumentación en esta última fecha⁴², motivo por el que esta intervención, en realidad, fue oportuna.

Ahora, vistos los alegatos de conclusión, observa esta Sala que estos abordan los argumentos centrales planteados en la demanda, de manera idéntica, y fueron resueltos en la sentencia de primera instancia de esta manera:

Tema	Demanda	Alegatos	Sentencia de primera instancia
------	---------	----------	--------------------------------

<p><u>Presentación del mismo producto en ítems 18 y 19</u></p>	<p>"ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica el mismo brazo del ítem 18 cuya única diferencia es el color de piel, siendo en ambos casos masculino. Las referencias que presentaron [...] solo cambian por el color y no por el género desatendiendo lo exigido por los pliegos de condiciones y la claridad dada por el Distrito ante una observación presentada [...] La respuesta del Distrito expresamente advirtió que se trata de dos productos diferentes uno de género masculino y otro de género femenino". (Demanda: p. 10 y 11, archivo pdf)</p>	<p>ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica el mismo brazo del ítem 18 cuya única diferencia es el color de piel, siendo en ambos casos masculino. Las referencias que presentaron [...] solo cambian por el color y no por el género desatendiendo lo exigido por los pliegos de condiciones y la claridad dada por el Distrito ante una observación presentada [...] La respuesta del Distrito expresamente advirtió que se trata de dos productos diferentes uno de género masculino y otro de género femenino". (Alegatos: p. 4)</p>	<p>"...una vez revisada la FICHA TÉCNICA DE ELEMENTOS PARA DOTACIÓN DE SALA DE SIMULACIÓN SALUD, visible a folio 57 en adelante, cotejados los ítems 18 y 19, se puede establecer que, pese a que cuenten con un nombre diferente, vale decir, Simulador Brazo Venopunción Mujer y Simulador Brazo Venopunción Hombre, en su finalidad y especificación técnica mínima a definir, la única diferencia efectivamente es que la denominada "mujer", cuenta con la característica adicional de "muñeca y dedos flexibles". En tal orden de ideas, se encuentra que, pese a que la sociedad demandada presentara en su oferta el mismo producto, situación que no se puede comprobar como líneas considerativas previas se dejó dicho, en gracia de discusión de aceptar como cierto que dicho ofrecimiento hubiera sido por el mismo producto para ambos ítems, lo cierto es que según lo informado por el pliego de condiciones y las características mínimas que exige el mismo, estos, los requisitos, se contraen a condiciones de cumplimiento y habilitantes, con lo cual siempre que se mantenga la misma naturaleza del producto, y este cuente con lo demandado de parte de la entidad directora del proceso de selección de oferta, se coincide en que, no existe óbice para que se ofrezca un producto con mejores condiciones siendo estas</p>
--	---	--	---

42 En expediente digital (índice SAMAI núm. 0002) archivo "ED_0091CORREO_2019(.pdf)" (En adelante, alegatos).

	<p>adicionales, y siempre que cumpla con todas las mínimas que se solicitaron como en efecto se dio para ambos, según enseña la documentación que calificó las ofertas. Por ello, este argumento a juicio de la Sala no tiene vocación de prosperidad".</p>		
<p><u>Presentación de los ítems 31 y 33</u></p>	<p>"ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica ofreció para el ítem 31 un producto que no cumple con la función de ruidos para auscultación cardiaca, conforme a la misma certificación presentada por Didaclibros Ltda. Distribuidor Exclusivo del fabricante Laerdal Med. Corp. y expedida por esta y anexa como prueba en este proceso..." (Demanda, p. 12 archivo pdf) "ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica ofreció para el ítem 31 [sic] un producto que no cumple con las condiciones técnicas exigidas por: (i) ser un producto de fisiología del deporte (ambiente de ejercicio); (ii) No suministra datos de electrooculografía; (iii) No suministra</p>	<p>"ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica ofreció para el ítem 31 un producto que no cumple con la función de ruidos para auscultación cardiaca, conforme a la misma certificación presentada por Didaclibros Ltda. Distribuidor Exclusivo del fabricante Laerdal Med. Corp. y expedida por esta y anexa como prueba en este proceso..." "ANALYTICA S.A.S. en su propuesta técnica ofreció para el ítem 31 [sic] un producto que no cumple con las condiciones técnicas exigidas por: (i) ser un producto de fisiología del deporte (ambiente de ejercicio); (ii) No suministra datos de electrooculografía; (iii) No suministra</p>	<p>"En lo que tiene que ver con los denominados ítems 31 y 33, existe una clara imposibilidad de calificar la falta o no a la verdad de los que resultaron seleccionados, pues dentro del plenario la referida propuesta de ANALYTICA S.A.S., no se encuentra en su totalidad, lo que hace de entrada no viable los cargos que en este respecto se presentaron, pese a las afirmaciones que hicieran quien afirman [sic] ser los representantes dentro de Colombia y con exclusividad de comercialización de los productos, para los fabricantes de los productos que se afirman fueron los ofertados. Ahora bien, sin perjuicio del argumento anterior, debe sentar la Sala que, pese a que se allega de parte de la sociedad actora, una certificación de quien afirma ser el representante legal de la regional del fabricante, esto no viene a ser plena prueba de que el producto en cuestión no exista, pues el mismo en la medida de la oferta puede ser modificado, tomado parcialmente y asumiendo el oferente dicha modificación, aún si con ello se transgrede normativas de otra estirpe como patentes y demás, por lo</p>

	<p>datos de electroencefalografía (desempeño cerebral) y (iv) No suministra datos de electrocardiografía y software destinado a la enseñanza, es decir, con variables (sujeto en reposo)". (Demanda, p. 12, archivo pdf)</p> <p>"ANALYTICA S.A.S. para el ítem 33 armó una ficha técnica inexistente en el mercado" (Demanda, p. 12, archivo pdf.)</p>	<p>electroencefalografía (desempeño cerebral) y (iv) No suministra datos de electrocardiografía y software destinado a la enseñanza, es decir, con variables (sujeto en reposo)". (Alegatos, p. 7)</p> <p>"Lo observado en su momento al Distrito de Barranquilla fue que ANALYTICA S.A.S. para el ítem 33 compuso una ficha técnica inexistente en el mercado..." (Alegatos, p. 7)</p>	<p>que los fundamentos que este específico resorte, aún estarían llamados a no ser prósperos".</p>
--	--	---	--

<p><u>Calificación de la propuesta de Didaclibros</u></p>	<p>"2.9. En el mencionado anexo 6, el Distrito de Barranquilla estableció como obligaciones generales del Contratista. [...] 2.48 La respuesta del Comité Evaluador constituye una violación a la Ley de contratación y al pliego de condiciones, estableciendo requisitos adicionales por fuera de la ley al proceso que son los pliegos de condiciones. Nunca el pliego de condiciones estableció que debía incorporarse la</p>	<p>"Como conclusión de la evaluación efectuada por el Distrito de Barranquilla es que no se otorga el máximo puntaje a mi poderdante por no "manifestar" la palabra "ADICIONAL", desconociendo la intención clara y expresa que esta garantía es complementaria a la que todos los proponentes debían aceptar con la firma del anexo 6. En derecho conocida claramente la intención de la norma o de la obligación, debe estarse a ella más que a lo literal</p>	<p>"...en lo tocante a la calificación por parte de la entidad demandada en este trámite, dentro del procedimiento de selección abreviada, en el específico tema del otorgamiento de la puntuación por garantía adicional a la mínima requerida de 12 meses, encuentra el Tribunal que, si bien efectivamente la oferente informa el número de años de su garantía en un documento aparte dentro del oficio denominado Garantía, y que previamente había hecho una salvedad de que se comprometía con la mínima requerida, por la forma como quedó redactado el oficio fechado 31 de enero de 2019, en la que solo expone un número de años de la garantía, no era posible predicar a juicio de este colegiado que este</p>

	<p>palabra "adicional" al ofrecimiento de la garantía como factor de evaluación. La exigencia de la palabra adicional en la propuesta de garantía constituye fue [sic] una decisión discrecional que constituye violación al debido proceso, principio de selección objetiva y una acción por fuera de la ley contractual (pliegos de condiciones).</p> <p>DIDACLIBROS no fue el único proponente que en su propuesta de extensión de garantía no incluyó la palabra "adicional".</p> <p>2.52. El Comité evaluador debió asignar doscientos puntos (200) a la propuesta DIDACLIBRIOS por garantía adicional de cuatro (4) años.</p> <p>2.53 Con los doscientos puntos a</p>	<p>de las palabras. Si existe un documento separado del anexo 6 -en la que se obliga a dar la garantía mínima exigida- es diáfana la intención del proponente que si extendía su garantía en cuatro años más.</p> <p>El comité evaluador al exigir la palabra adicional al ofrecimiento de la garantía desbordó su competencia violando la ley contractual como son las normas de contratación y anticorrupción, así como, las reglas establecidas en los pliegos de condiciones" (Alegatos, p. 14).</p>	<p>número de años se presenta como uno que fuera adicional al mínimo requerido, pues en el mismo se hace una afirmación sin ningún tipo de aclaración o indicio siquiera, que informara que este era adicional al mínimo requerido y comprometido, por lo que, no podría ahora predicarse que desde un principio lo dispuso como adicional.</p> <p>Bajo ese entendido, no se encuentra que debiera calificarse en este específico requisito con 200 puntos, sino con 150 como en efecto lo hizo la entidad, al entender por el uso natural del lenguaje, que precisamente es para las partes que participan en este tipo de procedimiento reglado (artículo Ley 1150 de 2007), un parámetro de objetividad, con lo que se agotan los cargos de nulidad propuestos, que dicho sea de paso, no logran derrumbar la presunción de legalidad del acto administrativo aquí enjuiciado.</p> <p>En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es un NO, no debe reajustarse el puntaje señalado en la actuación objeto de debate, pues los mismos encuentran consonancia con los parámetros del concurso, en</p>
<p>que tenía derecho DIDACLIBROS el puntaje final de la propuesta de DIDACLIBROS debió ser de NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES PUNTOS (993).</p> <p>2.54 Con el puntaje de NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES PUNTOS DIDACLIBROS</p>		<p>tanto no se logra demostrar ninguna de los cargos de nulidad formulados". (Negrillas originales del fallo).</p>	

obtenía el primer lugar siendo la mejor propuesta a la que la Alcaldía de Barranquilla debió adjudicar la Selección Abreviada SA-002-2019". (Demanda, p. 17).

A partir de lo expuesto, cabe concluir que el hecho de no apreciar los alegatos de conclusión de primera instancia no comporta un yerro trascendental para cuestionar la validez de lo actuado en juicio, toda vez que los cargos de la demanda, análogamente consignados en el escrito de cierre, sí fueron considerados y resueltos en la sentencia de primer grado y lo serán en la segunda instancia en aquellos aspectos vinculados al recurso de apelación, y siempre que hagan parte de la causa petendi planteada en juicio.

En ese sentido, en sus alegatos de conclusión, el demandante formuló otra serie de argumentos que no fueron propuestos en su escrito de demanda:

Respecto de la inclusión del mismo producto en los ítems 18 y 19, adujo que, a pesar de las observaciones elevadas al Distrito, este "hizo caso omiso y validó ilegalmente un producto que no cumplía con las condiciones establecidos por el mismo contratante, beneficiando al proponente ANALYTICA S.A.S., con evidente desviación de poder"⁴³.

Sobre los tres ítems que, a juicio del demandante, no fueron cumplidos, consignó en sus alegaciones que el Distrito no había conferido "libertad para que los oferentes presentaran ítems alternativos; por el contrario, en el pliego expresamente quedó que debían presentar las fichas conforme a los requerimientos"⁴⁴.

En cuanto al producto presentado por la adjudicataria para el ítem 33, afirmó que la composición de "una ficha técnica inexistente"⁴⁵ se vio reflejada en la "realidad contractual", porque el plazo de ejecución "se extendió por

⁴³ Alegatos, p. 5.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 15.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 7-8.

nueve meses, es decir hasta el 30 de noviembre de 2019"⁴⁶, circunstancia que, a su juicio, contravino el pliego de condiciones, en el anexo 6, que contempló la obligación del contratista de garantizar la disponibilidad inmediata de los productos ofertados.

Entonces, con relación a la desviación de poder como cargo nuevo y a los demás argumentos novedosos que plasmó el demandante en los alegatos de conclusión, no podían ser evaluados por el Tribunal, ni pueden tenerse en cuenta en esta segunda instancia de estar insertados en el recurso, toda vez que la etapa para presentar las apreciaciones finales que sugieran al juzgador la solución del conflicto a partir de los medios probatorios aportados no podía emplearse para sorprender a la contraparte con razonamientos que no pudieron controvertirse en la oportunidad diseñada para tal efecto⁴⁷.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que ninguna de las dos circunstancias advertidas anteriormente, esto es, que la extinta Analytica no haya sido vinculada al proceso y que el Tribunal haya omitido apreciar los alegatos de conclusión oportunamente presentados en primera instancia,

impide proferir una decisión de mérito.

Problemas jurídicos

A partir de los argumentos de la apelación planteados oportunamente por el demandante, los problemas jurídicos que demarca el objeto del conocimiento de esta Sala en segunda instancia, y deberán solucionarse para decidir el fondo del asunto, son los siguientes:

General: ¿Con la Resolución núm. 056 del 26 de febrero de 2019⁴⁸, el Distrito incurrió en falsa motivación por las supuestas irregularidades endilgadas por el demandante, a saber, la incorrecta calificación de la propuesta de Didaclibros y la adjudicación a un proponente que no cumplía con las condiciones técnicas plasmadas en el pliego de condiciones?

Específicos:

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Sobre el tema, esta Subsección ha sostenido que "no resulta admisible que la entidad demandada intente incluir esos argumentos de defensa en los alegatos de conclusión de primera instancia y, posteriormente, en el recurso de apelación, con el fin de que fueran estudiados por esta Subsección al resolver la impugnación formulada contra la sentencia de primera instancia. Es claro que se trata de un aspecto decidido oportunamente en la audiencia inicial, que fue una etapa precluida en el proceso, por lo que, no es viable pretender revivirla en los alegatos de conclusión. // Al respecto, debe decirse que los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si así lo desean, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el trasegar de cada una de las instancias, de conformidad con lo acreditado a través de las pruebas recaudadas en la etapa procesal respectiva y no para suplir los aspectos que no fueron puestos de presente de manera oportuna, además de constituir un aspecto sobre el cual la contraparte no tendría la oportunidad de pronunciarse, ni oponerse, lo que comprometería su derecho de contradicción y el debido proceso.// Con fundamento en los argumentos esbozados, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones incluidas extemporáneamente en los alegatos de conclusión de primera instancia presentados por la parte demandada.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección

A. Sentencia del 22 de agosto de 2023. Rad. 25000-23-36-000-2013-01375-02 (60146). C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

⁴⁸ Págs. 492-493, archivo pdf.

¿Analytica no satisfizo los requisitos habilitantes, porque ofreció productos que no cumplían con lo dispuesto en las especificaciones técnicas de los productos que hacían parte de los ítems 19, 31 y 31 del pliego de condiciones?

¿La propuesta presentada por Didaclibros fue incorrectamente calificada en cuanto al factor de evaluación del ofrecimiento de garantía adicional?

Análisis de los cargos en contra del acto de adjudicación

Para solucionar el problema jurídico general anteriormente planteado, es importante reiterar⁴⁹ que quien impugna ante los jueces un acto administrativo de adjudicación debe emprender exitosamente una doble labor probatoria que consiste en demostrar la infracción del ordenamiento jurídico por parte del acto; y que la oferta de contrato presentada por la demandante era la más

favorable para la entidad pública adjudicadora, lo que implica cumplir con todos los requisitos de habilitación y los factores de ponderación previstos en el documento precontractual⁵⁰, y así demostrar la satisfacción de "la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva"⁵¹.

La labor probatoria que acaba de describirse es planteada por la demandante de la siguiente manera (1) Al alegar que Analytica ofreció productos que no cumplían con lo dispuesto en los ítems 19, 31 y 33 del anexo técnico al pliego de condiciones que reglamentó la selección abreviada promovida por el Distrito la actora aduce que la Resolución núm. 056 del 26 de febrero de 2019⁵² fue contraria a derecho, por violación de normas superiores y falsa motivación, toda vez que la oferta de esta proponente adjudicataria debió ser rechazada, siendo su propuesta la llamada a obtener la adjudicación. (2) Mediante el cuestionamiento de la calificación de su propia oferta, porque la entidad debió concederle 200 puntos por garantía máxima adicional, Didaclibros manifiesta que la suya debía quedar en el primer orden de elegibilidad de las propuestas. Así, ambas aristas del litigio merecen ser tratadas por separado, no sin antes analizar si es procedente analizar los documentos contenidos en la página web del SECOP, correspondiente a la selección abreviada que resultó en la adjudicación impugnada.

Admisibilidad de los documentos publicados en el SECOP

⁴⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 19 de septiembre de 1994. Rad. 8071. C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 13 de mayo de 1996. Rad. 9474. C.P. Juan de Dios Montes Hernández; del 3 de mayo de 1999. Rad. 12344. C.P. Daniel Suárez Hernández; del 26 de abril de 2006. Rad. 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de la Subsección A. Sentencias del 10 de diciembre de 2018. Rad. 76001-23-31-000-2001-02942-01(39066). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; del 13 de agosto de 2020. Rad. 19001-23-31-000-2008-10299-01(46204). C.P. María Adriana Marín; y del 5 de febrero de 2021. Rad. 13001233100020080012102 (61220). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁵⁰ Conforme al artículo 30, numeral 6, de la Ley 80 de 1993, las "propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones".

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 25000232600020020160601 (29855). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵² Fls. 492-493, archivo pdf.

El Tribunal centró buena parte de su análisis sobre la habilitación de la adjudicataria en explicar que, dada la incorporación incompleta de la propuesta hecha por Analytica⁵³, en particular de las especificaciones técnicas de los productos ofrecidos en los ítems 19, 31 y 33, la demandante no satisfizo su carga probatoria, y sus pretensiones no estaban llamadas a prosperar. La apelante objetó este aparte del razonamiento porque, a su juicio: (1) la decisión de primera instancia ignora que la entidad demandada no contestó la demanda por lo que debían generarse los efectos dispuestos en la normatividad procesal; (2) en cualquier caso, debía fallarse con los elementos que, según el mismo Tribunal, obraron en el expediente, y que no tuvieron oposición de la demandada; y (3) si no estaba completa la oferta de la sociedad adjudicataria, el juzgador debía acudir al sitio del proceso que está en el SECOP, citado en la demanda.

En relación con la primera de las refutaciones formuladas por el apelante en relación con la falta de

pruebas que advierte el fallo, si bien es cierto que el Distrito no contestó la demanda, dicha circunstancia no produce los efectos echados de menos por la parte actora, toda vez que la omisión de respuesta a lo planteado por la demanda, que conforme al CGP provoca la presunción de veracidad y certidumbre de los hechos que sean susceptibles de confesión⁵⁴, no tiene los mismos efectos para las entidades públicas, cuyos representantes legales tienen vedado confesar y, por lo tanto, hacen que el medio probatorio de la confesión sea inadmisibile⁵⁵.

Ahora, sobre el segundo de los motivos expresados, la apelante arguye que el fallo contradice al auto del 9 de febrero de 2022, que ordenó ajustar el trámite del proceso para proferir sentencia anticipada, porque, al pronunciarse sobre las pruebas, el despacho sustanciador aludió a la copia de la propuesta tal como la enunció el demandante. Este argumento no es de recibo toda vez que, al decidir tener como pruebas dentro del proceso "las allegadas por la parte actora con la demanda"⁵⁶, la autoridad judicial refirió al documento aportado en esa oportunidad

⁵³ En el elemento allegado, que consta de 139 páginas (f. 878-1017, archivo pdf.), únicamente obran los siguientes documentos de la propuesta de Analytica: la carta de presentación de la propuesta, el certificado de existencia y representación legal de Analytica, la copia de la cédula del representante legal, el registro único de proponentes y el registro único tributario de Analytica, la vigencia de la propuesta presentada, los certificados del representante legal de no incurrir en causales de inhabilidad o incompatibilidad, de cumplimiento del pago de parafiscales, de antecedentes disciplinarios, sanciones e inhabilidades, responsabilidad fiscal, antecedentes judiciales, la garantía de seriedad de la oferta, el balance general de Analytica, y los anexos núm. 2 (compromiso anticorrupción) y 4 (capacidad financiera y organizacional) diligenciados. De acuerdo con la carta de presentación de la propuesta de Analytica, esta constaba de 353 páginas, por lo faltaron 214 para que fuera incorporada completamente al plenario.

⁵⁴ CGP ? Artículo 97, inciso primero: "FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA

DEMANDA. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto".

⁵⁵ CPACA ? Artículo 217; CGP ? Artículo 195. En relación con el tema, esta Sala ha expresado: "se debe tener en cuenta que la facultad de comprometer el interés público y el patrimonio del Estado no puede fundarse exclusivamente en la adopción de conductas procesales de la entidad pública (activas u omisivas), salvo disposición expresa en contrario, pues de otro modo se socavarían las bases de la competencia de la Administración y el principio de legalidad": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021. Rad. 25000-23-26-000-2010-00678-01(48860). C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Además, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección B. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Rad. 25000-23-26-000-2006-01985-01(38175). C.P. Danilo Rojas Betancourth; y Subsección C. Sentencia del 1° de noviembre de 2023. Rad. 25000-23-26-000-2005-02401-01 (43611). C.P. José Roberto Sáchica Méndez (E).

⁵⁶ Numeral tercero del auto del 9 de febrero de 2022.

probatoria, con la extensión e información allí contenida⁵⁷. Ningún aparte de la decisión alude a que este elemento haya sido allegado en su totalidad, aspecto que escapa al análisis del juzgador en

dicha etapa, destinada a la solicitud de incorporación de los documentos aportados con la demanda para su decreto probatorio, y de esta forma sean tenidos en cuenta por el juzgador dentro del proceso. Más bien, era interés del demandante lograr que el medio de convicción que aportó fuera reconocido desde esa fase del proceso, y cumpliera con la idoneidad y suficiencia que le impone probar el hecho alegado para la prosperidad de sus pretensiones.

En relación con el tercer argumento de este acápite de la apelación, que sugiere incorporar los elementos que obren en el SECOP I para acceder a aquellos documentos necesarios para adoptar una decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda, es de advertir que el a quo, al pronunciarse sobre las pruebas aportadas por el demandante, el auto del 9 de diciembre de 2022 guardó silencio respecto de aquellas pruebas documentales que se encuentran alojadas en el mencionado sistema electrónico, pese a que la demandante menciona el link de la página web del proceso dentro de las pruebas documentales que pretendía hacer valer en el juicio. Esa decisión no fue objeto de recursos, ni de solicitudes de aclaración o enmienda, por lo que quedó en firme.

A este respecto, podría advertirse que estos documentos electrónicos, en particular el ofrecimiento de la adjudicataria publicado en el SECOP, necesariamente debían ser aportados y/o admitidos al proceso en las oportunidades que el ordenamiento procesal prevé para ello, conforme lo ordena el artículo 173 del CGP⁵⁸. Sin embargo, es necesario advertir que el Tribunal, en el auto del 9 de diciembre de 2022⁵⁹, aunque no haya analizado en profundidad la mención del link que dirige a la página del SECOP en la demanda, sí decretó todas las pruebas que la parte actora allegó en su escrito⁶⁰, incluyendo las contenidas en esa dirección electrónica. Una lectura distinta, que excluya estos elementos del análisis probatorio de este asunto no atendería a sus particularidades y, por otra parte, iría en contra de la finalidad misma del SECOP⁶¹ como mecanismo en el que toda la ciudadanía, los servidores públicos, organismos de control y funcionarios judiciales pueden conocer los soportes de la actividad contractual de las entidades del Estado, sin necesidad de trámites adicionales, ni trabas procedimentales que impidan el libre acceso a esta fuente de información, incluso en el marco de los procesos

⁵⁷ Supra. Cit. 49.

⁵⁸ "ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código. // En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente".

⁵⁹ Supra. Cit. 4.

⁶⁰ Supra, párr. 8.

⁶¹ "De manera que, el fin del Sistema Electrónico de Contratación Pública ?SECOP- es disponer de las funcionalidad tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos, servir como punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía, contar con la información oficial de la contratación realizada, integrar el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública, entre otros.": Consejo de Estado.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Rad. 08001-23-33-006-2016-00291-01(PI). C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

judiciales⁶², como lo ha hecho esta Sala de Subsección en oportunidades anteriores⁶³.

Además, en el presente caso la carga de la prueba se halla matizada en virtud del deber de las entidades demandadas de "allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder" establecido en el parágrafo primero del artículo 175 del CPACA. Como la demandada no atendió este mandato, la Sala está habilitada para acudir a los medios electrónicos de divulgación masiva de la información de los procesos contractuales de las entidades públicas, particularmente al SECOP que posee algunas de las piezas más importantes del expediente administrativo precontractual necesario para fallar.

A su vez, con la implementación de estos sistemas de información, la distribución de las cargas probatorias varía, en tanto el acceso a estos documentos es libre no solo para las partes o el juzgador sino para cualquier ciudadano. En un asunto análogo, la Subsección planteó lo siguiente:

"La solución expuesta para el asunto sub lite amerita una consideración sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes del proceso precontractual, teniendo en cuenta que el procedimiento de contratación que ahora se estudia, se adelantó entre octubre y diciembre del año 2000, época para la cual la información pública de dichos procesos era exigua, máxime cuando el procedimiento de contratación se desarrollaba a través de la figura del encargo fiduciario, mediante una clase de contrato fiduciario que no aparece especificado en las pruebas que obran en el proceso empero, se puede observar que la ejecución de dichos contratos, para esa época, no estaba sometida al reporte del procedimiento contractual previo en el sistema de información y vigilancia de la contratación estatal, en aquel entonces denominado SICE⁶⁴.

Con lo anterior, se quiere significar que no existiendo sistemas de publicidad para los documentos del proceso, la carga de la prueba estaba radicada básicamente en las partes y cada una dependía de lo que estaba en sus archivos y, ambas, de lo que se encontraba en poder de la fiduciaria que instrumentó el procedimiento de la respectiva contratación"⁶⁵. (Se subraya)

Ahora, desde la exposición de motivos del proyecto de ley⁶⁶ que dio origen al artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, en el que se dispuso su creación y

⁶² En ese sentido, la Subsección B de la Sección Tercera negó una petición probatoria de inspección judicial al SECOP en el marco de una acción instaurada en el medio de control de nulidad simple con el argumento de que la inspección judicial es una prueba judicial que es procedente cuando "no sea posible hacer uso de los documentos, y que, este no es el caso, dado que era completamente viable, que la parte allegara los documentos ya señalados, se negará la prueba solicitada por improcedente". No obstante, a renglón seguido, el pronunciamiento precisa que: "La negativa de esta prueba como "inspección judicial" no obsta para que la Sala, de considerarlo necesario para adoptar la decisión que resuelva el fondo del asunto, ingrese al portal SECOP "Sistema Electrónico para la Contratación Pública" cuyo fin es dar publicidad de los documentos del proceso contractual.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección

B. Auto del 8 de junio de 2021. Rad. 11001-03-26-000-2014-00194-00(52923)B. C.P. Alberto Montaña Plata. (Subrayas ajenas al original de la providencia).

⁶³ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección

A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. 25000-23-26-000-2009-01062-01(44804). C.P. María Adriana Marín.

⁶⁴ "Creado por la Ley 598 de julio 18 de 2000. A partir de la Ley 1150 de 2007 se desarrollaron los sistemas de publicidad a través del SECOP, con alcance sobre los documentos del proceso de contratación, desde la etapa de planeación del contrato hasta su liquidación." (Cita original del fallo, núm. 28)

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Sentencia del 19 de julio de 2017. Rad. 13001-23-31-002-2001-01002-01(51365). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶⁶ En ese sentido, según la exposición de motivos (en: Gaceta del Congreso núm. 458 del 1° de agosto de 2005)

acoplamiento con la normatividad vigente en materia de documentos electrónicos y mensajes de datos⁶⁷, el SECOP fue concebido como una expresión concreta de múltiples principios de la función administrativa y de la contratación estatal, como la transparencia, la eficiencia, la selección objetiva y la publicidad de las actuaciones contractuales, máximas contenidas en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, e igualmente desarrolladas en normas legales anteriores a la propia Ley 1150 de 2007, como el artículo 24 numeral 3 de la Ley 80 de 1993⁶⁸. Acá interesa enfatizar que el principio de publicidad, garantizado mediante el SECOP⁶⁹, busca facilitar el conocimiento oportuno de toda la ciudadanía, así como de los particulares interesados, y de los funcionarios de todos los organismos de control administrativo y judicial, con miras a fortalecer el seguimiento y control de las actividades de la Administración⁷⁰.

, la creación e implementación de un sistema de contratación electrónica materializaba "de manera clara las aspiraciones de eficiencia y transparencia del proyecto, toda vez que la implementación del Sistema conlleva la utilización de las herramientas ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Así, siguiendo de cerca la experiencia de otros Estados, la nueva regulación en materia de contratación estatal debe sustentar la formulación de los mecanismos e instrumentos necesarios para la celebración de los contratos de las entidades a través de la Internet. [...] Sin duda, el uso de herramientas tecnológicas a través de este sistema apoyará la selección objetiva y la celebración de contratos estatales y hará más fácil el desarrollo de los principios de transparencia y eficiencia para la contratación estatal".

⁶⁷ En lo pertinente, esta norma establece lo siguiente: "ARTÍCULO 3o. 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: // a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento; // b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; // c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual

establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y; // d) Integrará el Registro Unico Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Unico de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública". ⁶⁸ "ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: [...] 3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política".

⁶⁹ "... la publicación de los contratos estatales en el SECOP cumple cabalmente con las exigencias constitucionales de publicidad administrativa. En efecto, permite la presentación de la totalidad del contenido aludido, en un medio al que puede tener acceso al público en general, facilitando a los ciudadanos el conocimiento de las actuaciones de la administración y de los particulares en los procesos de contratación estatal y facilitando su participación en las decisiones que les afectan. Y, de conteras, [sic] suple algunas de las limitaciones de las que adolecía el Diario Único de Contratación, en términos de cobertura geográfica, de cantidad de ejemplares y de posibilidad de acceso por parte de la ciudadanía.": Corte Constitucional. Sentencia C-711 del 12 de septiembre de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁰ Así, en la exposición de motivos antes citada, se lee: "Dentro de la estructura del proyecto es particularmente importante el establecimiento de normas que habiliten escenarios para la contratación a través de medios electrónicos, buscando con ello maximizar el principio de publicidad de la función administrativa por las ventajas que brinda la tecnología en el acceso a la información, bien sea para efectos de control social o para quienes se encuentran interesados en proveer bienes o servicios al Estado. // Teniendo en cuenta que uno de los principales elementos de Estado Comunitario [sic] está referido al seguimiento y control de la gestión pública, el Gobierno se ha comprometido en el diseño de sistemas de información y en general de herramientas que permitan de una parte, hacer más visible para la ciudadanía los avances y resultados en los diferentes campos que entraña la gestión pública, con el objeto de fortalecer los mecanismos de control ciudadano, y de otra, asegurar que el contenido de las medidas administrativas que se tome por las entidades refleje las necesidades de los sectores involucrados". En sentido análogo, la Corte Constitucional ha razonado del siguiente modo: "El principio de publicidad de la función administrativa resulta en un alto grado pertinente a la aplicación de sistemas electrónicos de información dentro de la actividad de las autoridades públicas, en el asunto bajo análisis referida a la contratación pública. Ello en tanto la aplicación de dicho principio permite que los ciudadanos conozcan y observen las actuaciones de la administración y estén por ende capacitados para impugnarlas, a través de los recursos y acciones correspondientes, ubicándose de esta manera en el ámbito expansivo del principio democrático participativo. Al respecto, conforme a la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Corte considera que un sistema automatizado de información sobre la contratación estatal debe, para mostrarse

En la actualidad, el SECOP es el principal medio de divulgación de la contratación estatal en Colombia⁷¹ y, de acuerdo con su reglamentación, el Distrito estaba obligado a publicar los documentos y actos administrativos del proceso de contratación, así como la oferta del adjudicatario del respectivo procedimiento de selección⁷². Estos documentos, según la normativa vigente, tienen valor probatorio propio de los mensajes de datos, en los términos de la Ley 527 de 1999 y del CGP⁷³; además, se presumen auténticos, siguiendo los lineamientos del estatuto procesal general⁷⁴.

El sitio web de la selección abreviada SA-002-2019, antes citado⁷⁵, contiene buena parte del expediente electrónico de la actuación contractual en el que constan, entre otros, el análisis del sector de simuladores de salud, las fichas técnicas de los simuladores, el proyecto de pliego junto con sus observaciones y respuestas, la resolución de apertura, el estudio previo, el pliego definitivo de condiciones junto con las observaciones y la respuesta a las mismas, el informe de evaluación con las observaciones y la respuesta de la entidad, la Resolución que aquí se demanda, la oferta de Analytica, el contrato que esta última celebró con el Distrito y, como ya se dijo, el acto de liquidación unilateral que finiquitó el negocio jurídico. Toda la documentación es de acceso público, tiene valor probatorio y se presume auténtica.

Además, cabe anotar que: (1) en su demanda, la parte actora sí cumplió con su mínima carga probatoria respecto de estos documentos electrónicos, indicando con precisión la página web del SECOP en el que se consiguen todos los documentos precontractuales de la selección abreviada de menor cuantía que concluyó en la adjudicación que aquí se impugna. El hecho de que la oferta de l

ajustado a los postulados constitucionales, contar con instancias tecnológicas que aseguren, entre otros objetivos, (i) la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información en especial las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y (iii) el conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica." : Corte Constitucional. Sentencia C-259 del 11 de marzo de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷¹ Cfr. Decreto Ley 19 de 2012. Artículos 222 a 225.

⁷² Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.7.1., inciso primero: "**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".

⁷³ "ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. // La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos".

⁷⁴ "ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. // Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. // También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. // Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo. // La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su

falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos. // Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones".

⁷⁵ Supra. Cit. 18.

adjudicataria se encuentre almacenada en dicho sistema electrónico oficial y público, hacía innecesario su aporte completo en soporte físico porque ya estaba aportada en su equivalente digital. (2) La entidad demandada, además de ser garante de la integridad y autenticidad de las piezas subidas al SECOP, no sólo creó varios de los documentos precontractuales necesarios para resolver este conflicto, además, al haber publicado el ofrecimiento de la adjudicataria, implícitamente conoce de su contenido y, al no contestar la demanda, dejó pasar la oportunidad para expresar su oposición a la incorporación de este documento. Y (3) el decreto oficioso de las pruebas que obran en el SECOP en segunda instancia sería superfluo e ineficaz en este caso porque además de que éste fue realizado por el propio Tribunal, podría conducir a esta Sala al mismo portal web, al cual ya tiene acceso, para obtener la información que se necesita para fallar.

Por todo lo anterior, la Sala le da la razón al apelante en este punto, y la documentación contenida en la página web del SECOP que refiere al procedimiento de selección del contratista que adelantó el Distrito será tenida en cuenta para decidir este asunto.

Análisis de la habilitación de la propuesta adjudicataria

Pasando al estudio de los cargos relativos a la habilitación de la propuesta de Analytica, el pliego de condiciones definitivo⁷⁶ de la selección abreviada de menor cuantía No. SA-002-2019 estableció:

"A.3 REQUISITOS HABILITANTES NECESARIOS PARA LA EJECUCION [sic] DEL OBJETO.

El proponente deberá cumplir con los siguientes Requisitos Habilitantes, los cuales deben acreditarse en la propuesta:

FICHA TECNICA [sic] Y/O CATALOGO [sic] DEL FABRICANTE: El proponente deberá presentar una ficha técnica y/o catalogo del fabricante, donde se detallen cada uno de los elementos a suministrar según lo ofertado, para efectos de la verificación de las especificaciones técnicas requeridas, la documentación debe ser presentada en idioma castellano. En caso de presentarse discrepancias entre la ficha técnica y el catálogo del fabricante, prevalecerá lo consignado en ficha técnica del fabricante". (Subrayas originales del pliego)

La ficha técnica⁷⁷ de los elementos solicitados para los ítems 18 y 19, reflejaban lo siguiente:

⁷⁶ Fls. 203-279, archivo pdf.

⁷⁷ Documento "FICHAS TECNICAS SIMULADORES DEFINITIVAS" publicada en SECOP, p. 6.

En la etapa de observaciones del proyecto de pliego de condiciones, desde la casilla de correo electrónico "abogadosley80@gmail.com", se presentó la siguiente petición:

"ÍTEM 18 y 19. Solicitamos a la entidad permitir ofertar un simulador de brazo venopunción indistinto del genero [sic], toda vez que, las estructuras musculares, oseas [sic] y uniones osteotendinosas y demás referencias anatómicas descritas son las mismas en el brazo simulador a

las morfológicamente encontradas en un brazo humano indistintamente del sexo fisiológico. Además de que las técnica usada [sic] para la formación y entrenamiento en brazos IV (inyección intramuscular, intravenosa e intradérmica) es la misma, independientemente del género".

El Distrito respondió a la anterior observación en estos términos:

"Existe una diferencia en la ficha técnica de los ítems simuladores brazos venpunción [sic] hombre y mujer. El de hombre se diferencia con muñeca y dedos flexibles. La observación indicada con respecto a anatomía y demás, son correctas sin embargo como se indica anteriormente existe una diferencia en las características entre ambos, por tanto, no podrían ofrecer el mismo producto para los dos ítems.

Por lo anterior no se efectúa modificación en la ficha técnica y no se acepta la observación".

Analytica ofreció⁷⁸ el mismo producto para los ítems 18 y 19, denominado "Brazo Avanzado para inyección y Venopunción", referencias "Life/form" LF01121U y LF01126U, marca "Nasco". Entre las características del producto, consta que estos contaban con "Dedos suaves y flexibles", y que la "flexión de la muñeca ayuda a frdsrrollar [sic] habilidades para manipularlo".

Didaclibros refutó⁷⁹ la propuesta de Analytica, porque ofreció el mismo producto en los ítems 18 y 19, pese a haber respondido categóricamente que ello no era posible. En la respuesta a esta observación, el Distrito expresó⁸⁰:

"Una vez verificado [sic] los modelos ofertados en la propuesta presentada por [...] ANALYTICA [...] se observa que las mismas cumplen con la totalidad de las especificaciones establecidas en la ficha técnica SENA para cada uno de los ítems, si bien, aportan la misma ficha del fabricante, lo anterior no es óbice para declarar el rechazo de la oferta técnica puesto que esta ficha cumple con la totalidad de las especificaciones solicitadas en el proceso las cuales fueron validadas técnicamente y por ende los productos cumplirían con su funcionalidad.

Cuando la entidad brindó respuesta a la observación planteada por ABOGADOS LEY 80, claramente informó que existen diferencias entre las características establecidas para el ítem 18 y 19, específicamente en la característica "muñeca y dedos flexibles", la cual es característica específica solo para el ítem 19, por lo que el proponente no podría ofertar un producto para los dos ítems sin cumplir el requisito antes mencionado. En consecuencia, una vez revisada nuevamente la ficha técnica aportada por el proponente se logró verificar que con la misma ficha aportada para los dos ítems se cumple con la característica específica "muñeca y dedos flexibles" establecida para el brazo venopunción mujer. Por lo anterior, no procede su observación y el proponente cumple en estos ítems".

Visto lo anterior, la Sala encuentra que, contrario a lo señalado por la demandante, el insumo que ofreció Analytica sí cumplió con la especificación técnica mínima de "Muñeca y dedos flexibles" que el pliego dispuso expresamente para el ítem 19 de simulador de venopunción en brazo mujer, de acuerdo con la descripción de los productos que allegó la adjudicataria a su propuesta. En ese sentido, la misma referencia sí podía ser presentada para el ítem 18, referido al simulador de venopunción de brazo hombre que cumplió con lo mínimo exigido.

37.7. Ahora, aunque la respuesta a la observación del proyecto de pliego aclaró que las dos fichas de los ítems 18 y 19 no podían ser iguales, ello no comportó una ventaja para la adjudicataria, ni era incompatible con los ítems aportados para ambos productos, porque para ambos casos, Analytica sí cumplió con lo previsto con lo solicitado en cada ficha. Así las cosas, el cargo por

estos motivos, no está llamado a prosperar.

Sobre el ítem 31, las exigencias contenidas en el pliego fueron del siguiente tenor⁸¹:

⁷⁸ Oferta de Analytica publicada en el SECOP, p. 252 a 265.

⁷⁹ Pág. 354-355, archivo pdf.

⁸⁰ Pág. 388-389, archivo pdf.

⁸¹ Documento "FICHAS TECNICAS SIMULADORES DEFINITIVAS" publicada en SECOP, p. 11.

Para este ítem, la propuesta de Analytica⁸² ofreció el producto "Resusci Anne para RCP avanzada", fabricado por "Laerdal Medical Corp."

El comité evaluador del Distrito solicitó a los proponentes subsanar varios aspectos de sus propuestas. En el caso de Analytica, le pidió "se aclaren los aspectos técnicos descritos en el documento de requerimiento técnico" ⁸³. Este último⁸⁴ indicó, en relación con el producto del ítem 31 que presentó Analytica:

"No se evidencia textualmente las siguientes características: * Dispositivo de retroalimentación compatible con DEA de entrenamiento * Capacidad de intubación

* Desfibrilación [sic] * Que permita monitoreo, desfibrilación [sic] con descargas reales manual, semiautomática y automática * Que permita verificar pulso * Revisión presión sanguínea * Cateterización IV, características circulatorias * Monitor con pantalla, se solicita se aclare".

Didaclibros formuló observación⁸⁵ a la propuesta de Analytica, indicando que el producto "NO CUMPLE con lo exigido por la entidad", porque el simulador debía cumplir con la función de "Auscultación de sonidos cardiacos", y la referencia del producto no tenía esa característica. Además, afirmó ser representante exclusivo en Colombia de la compañía "Laerdal Medical Corp.". Para probar sus asertos, Didaclibros adjuntó un documento⁸⁶ suscrito con fecha del 21 de febrero de 2019 por el señor Juan Carlos Alonso Reyes, quien afirmó lo siguiente:

"En mi calidad de Gerente de la Región Andina y Centroamérica de la Compañía Laerdal Medical Corp. [...] certifico que la empresa **Didaclibros** [...] **es distribuidor exclusivo de los productos marca Laerdal en todo el territorio Colombiano**, de igual manera certifico lo siguiente a las referencias subsanadas por la compañía

⁸² Oferta de Analytica publicada en el SECOP, p. 307 a 315.

⁸³ Documento "SOLICITUD DE SUBSANE SELECCIÓN ABREVIADA N° SA-002-2019" publicado en el SECOP,

p. 4.

⁸⁴ Documento "REQUERIMIENTO TÉCNICO" publicado en el SECOP, p. 2.

⁸⁵ Pág. 355-356, archivo pdf.

⁸⁶ Pág. 363-365, archivo pdf.

Analytica SAS en el proceso de **SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA ? No.**

SA-002-2019:

[...] 2. Que la referencia Resuci Anne para RCP avanzada NO cuenta con Auscultación de Sonidos Cardiacos." (Negrillas originales del texto)

La respuesta del Distrito a esta observación fue la siguiente⁸⁷:

"Verificada la ficha técnica aportada por el proponente en el subsane se evidencia que el mismo si cumple con la especificación técnica de "Auscultación de sonidos cardiacos" ya que en la ficha técnica del ítem 31 se observa que la Resusci Anne Simulator presenta "sonidos cardíacos y respiratorios, respiración espontánea y auscultación de la presión arterial para su ejercicio de formación", por lo anterior cumple".

A partir de estos supuestos, se concluye que no fue probado que la oferta de la adjudicataria haya desconocido lo exigido por el pliego de condiciones en el ítem 31, porque: (i) el documento que adjuntó Didaclibros, como elemento de prueba que soporta esta afirmación, no es suficiente para acreditar si la persona que lo suscribió representaba a la compañía fabricante del insumo y; (ii) no fue allegada ni se encuentra en el SECOP para ser consultada la subsanación presentada por Analytica para responder a la solicitud hecha por la entidad.

Ahora bien, en relación al ítem 33, la ficha técnica⁸⁸ refería:

Analytica ofreció⁸⁹ en este ítem el producto denominado "Sistema de fisiología del ejercicio PL3508B80" de la compañía "ADInstrumentos", que describía un

⁸⁷ Pág. 389, archivo pdf.

⁸⁸ Documento "FICHAS TECNICAS SIMULADORES DEFINITIVAS" publicada en SECOP, p. 12.

⁸⁹ Oferta de Analytica publicada en el SECOP, p. 317 a 319.

"Sistema completo de registro fisiológico para monitorizar la función cardiorrespiratoria y metabólica durante el ejercicio".

Didaclibros elevó observación sobre este ítem⁹⁰, indicando que era representante exclusivo "para Colombia de ADInstruments PowerLab", y en ese sentido, aseveraron "que la ficha técnica que adjunta Analytica S.A.S. de Adinstruments NO está avalada por dicha compañía y las 2 fichas técnicas que adjuntan son de compañías diferentes y no son del fabricante", además señala que Analytica adaptó las fichas para las "características exigidas en este proceso" y "NO corresponden a lo solicitado por la entidad" porque la referencia no era apta "PARA EXPERIMENTACIÓN CON ANIMALES" y contaba con una "configuración [...] para fisiología del ejercicio para investigación en humanos y no animales y no está enfocada a procedimientos básicos en enfermería" como lo preveía la ficha del proceso.

Adjuntó a la observación un documento⁹¹ suscrito por "Patricia Mendes PhD", "Regional Manager" de "ADInstruments", que certificó a Didaclibros como "distribuidor exclusivo de los productos de nuestra fabricación en todo el territorio colombiano". En ese sentido, aseguró que el producto referenciado por Analytica no estaba avalado por la compañía fabricante, no contaba "con las características ni el equipamiento para experimentación animal", ni estaba enfocada "al área de procedimientos básicos de enfermería". En su lugar, consideró que otro de sus productos (referencia PTB4264) sí cumplía con lo requerido por el pliego.

Respecto a la observación planteada por Didaclubros, el Distrito contestó⁹²:

"... revisado los documentos presentados por el proponente frente a este ítem, los cuales cuentan con características distintivas de ficha técnica o catálogo de fabricante se observa la verificación de la totalidad de las especificaciones técnicas relacionadas por la Entidad, por lo anterior no procede su observación".

Con estos elementos, no resulta procedente el segmento del cargo que atacó la adjudicación en cuanto al incumplimiento de lo exigido para el ítem 33. Para empezar, porque el certificado de la compañía fabricante no indicó que el producto presentado por la adjudicataria no existiera en el mercado, como lo sostuvo la demandante en su recurso. De otra parte, este documento no refleja con precisión si el producto ofrecido por Analytica no cumplía íntegramente con las exigencias de la ficha técnica, e igualmente es insuficiente porque no se advierte que la persona que lo suscribió hablara a nombre de la compañía fabricante. Además, no es acertado que la entidad exigiera en los pliegos un producto para experimentación animal.

Por otro lado, frente al argumento que planteó el recurso de apelación sobre la prórroga del contrato como demostración del incumplimiento del requisito en el ítem 33, como se precisó anteriormente, este fue insertado por la recurrente en los

⁹⁰ Pág. 356, archivo pdf.

⁹¹ Pág. 366, archivo pdf.

⁹² Pág. 389, archivo pdf.

alegatos de conclusión de primera instancia y no a partir de la demanda, razón por la cual no podrá ser objeto de este pronunciamiento.

En suma, no fue probado lo afirmado por la apelante, esto es, que la adjudicación del contrato a Analytica fuese irregular por no cumplir con los ítems 18, 19, 31 y 33 del pliego de condiciones de la selección abreviada de menor cuantía, que culminó en la Resolución 056 de 2019.

La calificación de la propuesta de Didaclubros

El otro frente de ataque contra la legalidad del acto fue la calificación que el Distrito concedió a la propuesta de la demandante. A su juicio, la Administración debió otorgarle un puntaje mayor al conferido, que permitiera sobrepasar en el orden de elegibilidad a la oferente adjudicataria, porque sí cumplió con las condiciones establecidas en el pliego para obtener la puntuación más alta respecto de la garantía adicional de los productos que formaban parte del objeto de la selección abreviada.

Al respecto, el pliego de condiciones definitivo⁹³ de la selección abreviada de menor cuantía No. SA-002-2019 estableció, en el literal V. A., los criterios y factores que serían observados para la escogencia de la oferta más favorable, en estos términos⁹⁴:

"Los factores de evaluación para el presente proceso son:

La suma de los elementos de calidad y precio de la oferta dará como resultado un valor máximo de mil (1.000) puntos calculados de acuerdo con la siguiente fórmula:

$PT = PPO + PGM + PNS + PIN$

Donde,

PT = PUNTAJE TOTAL OBTENIDO POR EL PROPONENTE (MÁXIMO 100 PUNTOS)

PPO=PUNTAJE OBTENIDO POR EL PRECIO DE LA OFERTA ECONÓMICA (MÁXIMO 600 PUNTOS)

PGM= PUNTAJE POR GARANTÍA MÁXIMA (MÁXIMO 200 PUNTOS) PNS= PUNTAJE POR NO SANCIONES (MÁXIMO 100 PUNTOS) PIN= PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA NACIONAL (100 PUNTOS)

PUNTAJE MÁXIMO TOTAL: 1000 PUNTOS".

Con relación al "PUNTAJE POR GARANTÍA MÁXIMA", el documento plasmó lo siguiente:

"Se otorgarán los siguientes puntos al oferente que ofrezca garantía adicional de los elementos suministrados, al requerido para TODOS los ítems señalados en el respectivo grupo. Teniendo en cuenta la siguiente [sic]:

⁹³ Fls. 203-279, archivo pdf.

⁹⁴ Fl. 225, archivo pdf.

AÑOS DE GARANTÍAS	PUNTAJE
1 año	50 PUNTOS
2 años	100 PUNTOS
3 años	150 PUNTOS
4 años	200 PUNTOS"

Por otra parte, en el anexo núm. 6 "ASPECTOS TÉCNICOS"⁹⁵, consta un listado de "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA", entre las cuales se precisa: "25. Los equipos deben contar con una garantía mínima de doce (12) meses contados a partir del recibo a satisfacción por parte del supervisor del contrato". En su propuesta, el representante legal de Didaclibros suscribió este anexo⁹⁶.

En su propuesta de contrato, el oferente Didaclibros expresó, respecto de la garantía de los productos ofrecidos⁹⁷:

"El suscrito [...], en calidad de Representante Legal de DIDACLIBROS LTDA [...] ofrece garantía de 4 años por defectos de fabricación a los equipos ofertados en la SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA ? No. SA-002-2019".

El informe de evaluación de la selección abreviada⁹⁸ asignó estos puntajes por garantía máxima:

PUNTAJE POR GARANTÍA MÁXIMA

No.	PROPONENTE	PUNTAJE DE GARANTÍA ADICIONAL	PUNTAJE
1	DIDACTICOS Y LIBRO DIDACLIBBROS LTDA. [sic]	181	150 PUNTOS El proponente no manifiesta la palabra "ADICIONAL", en atención a ello y teniendo en cuenta que para el presente proceso se requiere una garantía mínima de un año, se le otorgan los puntos correspondientes de garantía ofrecida.
3	ANDINA DE TECNOLOGÍAS S.A.S.	NO APORTO	0 PUNTOS
4	ANALYTICA S.A.S.	325	200 PUNTOS

Así, de acuerdo con el informe de evaluación, el orden de elegibilidad y los puntajes totales, fueron los siguientes:

No.	PROPONENTE	PUNTAJE POR EVALUACIÓN	PUNTAJE POR	PUNTAJE POR NO SANCIONES	PUNTAJE POR PROMOCIÓN	TOTAL	ORDEN DE
-----	------------	------------------------	-------------	--------------------------	-----------------------	-------	----------

⁹⁵ Fls. 269-272, archivo pdf.

⁹⁶ Fls. 789-792, archivo pdf.

⁹⁷ Fl. 750, archivo pdf.

⁹⁸ Fls. 328-333, archivo pdf.

		ÓN PRECIO DE LA OFERTA	ASPECTOS TÉCNICOS	DE LA INDUSTRIA NACIONAL		ELEGIBILIDAD	
1	DIDACTICOS Y LIBRO DIDACLIBBROS LTDA. [sic]	593 PUNTOS	150 PUNTOS	100 PUNTOS	100 PUNTOS	943 PUNTOS	2°
3	ANDINA DE TECNOLOGÍAS S.A.S.	587 PUNTOS	0 PUNTOS	100 PUNTOS	100 PUNTOS	787 PUNTOS	3°
4	ANALYTICA S.A.S.	592 PUNTOS	200 PUNTOS	100 PUNTOS	100 PUNTOS	992 PUNTOS	1°

Didaclibros formuló observación⁹⁹ respecto del puntaje que le fue asignado, en estos términos:

"De la manera más respetuosa solicitamos que sea asignado el puntaje de 200 en el factor de Garantía Máxima al proceso de la referencia, teniendo en cuenta que **DIDACLIBROS LTDA SI** ofreció una garantía adicional a la mínima requerida toda vez que en el anexo 6, numeral 25 [...] aceptamos y declaramos en las obligaciones generales del contratista "una garantía mínima de 12 meses contados a partir del recibido a satisfacción por parte del supervisor del contrato" y adicionalmente se adjunta [...] una garantía máxima de 4 años documento que está incluido dentro del grupo clasificado en nuestra propuesta como: "**Criterios de Selección, factores de desempeño e incentivos**" establecidos en el numeral V del pliego de condiciones, por lo anterior la compañía que represento Si está certificando un compromiso adicional y un valor agregado al mínimo requerido en las obligaciones generales del contratista, dado que aplica al mayor puntaje establecido en la tabla de Años de Garantía establecida en el pliego de condiciones, por lo cual si tomamos la garantía mínima de un año y la garantía máxima ofrecida en total se ofrecen 5 años de garantía por ser acumulativas y no excluyentes". (Negrillas originales del documento).

Empero, el Distrito respondió a esta observación¹⁰⁰, así:

"Dadas las consideraciones anteriores, el proponente aporta [...] ofrecimientos de garantía y dentro de esta manifiesta una garantía de 4 años. No obstante, este ofrecimiento no manifiesta la palabra "**ADICIONAL**", tal como lo establece el pliego de condiciones, en atención a ello y teniendo en cuenta que para el presente proceso se requiere una garantía mínima de un año, se le otorgan los puntos correspondientes a 3 años de garantía ofrecida. Por lo cual, solo se le podría otorgar

150 puntos al proponente, manteniéndose lo establecido en el informe de evaluación".

La Resolución 056 de 2019, que adjudicó la selección abreviada a Analytica, incorporó la evaluación del informe en las motivaciones de la decisión¹⁰¹.

Partiendo de lo expuesto, considera la Sala que en el pliego de condiciones el Distrito sí exigió expresamente que los oferentes debían manifestar inequívocamente que el tiempo de extensión de la garantía sobre los productos ofertados era adicional al mínimo requerido de doce (12) meses, para efectos de

⁹⁹ Fl. 340, archivo pdf.

¹⁰⁰ Fl. 385, archivo pdf.

¹⁰¹ Fls. 492-493, archivo pdf.

acreditar el factor de evaluación de puntaje por garantía adicional. Por lo tanto, la aplicación de la regla para asignar el puntaje equivalente a 3 años de garantía adicional no se advierte arbitraria.

Por el contrario, la decisión administrativa cuestionada obedeció a una valoración, adecuada a las reglas de participación, de la expresión unilateral de voluntad de Didaclibros, conforme a la cual el tiempo de garantía ofrecido era total, incluyendo la garantía mínima de un año, y no permitía inferir si ese término de cuatro años era un lapso adicional al mínimo requerido, porque en ninguna parte de ese documento este proponente realizó literalmente tal distinción. De allí que no sea plausible el argumento según el cual cabía comprender que el documento se refería al periodo agregado de la garantía porque, en otro aparte (el anexo 6) Didaclibros ya había aceptado la garantía mínima de un año.

En ese sentido, Didaclibros no podía sacar provecho de su culpa o negligencia al momento de formular su oferta de contrato, siendo necesario advertir que los participantes en los procedimientos de selección de los contratistas del Estado tienen una carga de presentar su propuesta de forma inequívoca, clara, completa y precisa. Así, además de la exigencia de que las propuestas deban "referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones"¹⁰², a la par del mandato que la ley¹⁰³ impone a las entidades estatales de definir reglas objetivas, justas, claras y completas en el pliego de condiciones, tal deber tiene el propósito explícito de facilitar "la confección de ofrecimientos de la misma índole", todo ello en procura de una escogencia objetiva y de garantizar la selección del contratista.

En consecuencia, lo que condujo a la calificación de la oferta con 150 puntos por garantía adicional es la redacción misma de la oferta de Didaclibros. Igualmente, no cabe considerar la interpretación del pliego en contra de la entidad¹⁰⁴, porque esta regla del documento no fue un parámetro confuso ambiguo u obscuro.

Por otra parte, para el momento en que se adelantó el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía SA-002-2019, estaba vigente el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Según este precepto, los "requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación".

Así, siguiendo lo expuesto, como el factor de evaluación de garantía máxima sí otorgaba puntaje e incidía en la clasificación de la propuesta, y no iba encaminada a la acreditación de requisitos o de documentos atinentes a la futura contratación

¹⁰² Ley 80 de 1993 ? Artículo 30, numeral 6.

¹⁰³ Ley 80 de 1993 ? Artículo 24, numeral 5, literal b).

¹⁰⁴ Ver: Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2006, ya citada. Además, en el mismo sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 1991. Rad. 3577. C.P. Juan de Dios Montes Hernández; y Subsección B. Sentencias del 10 de marzo de 2011. Rad. 52001- 23-31-000-1996-07742-01(15666), y del 1° de marzo de 2018. Rad. 25000-23-26-000-2006-00214-01(38711).

C.P. Danilo Rojas Betancourth.

y/o a las calidades del proponente no relacionados con la comparación de las propuestas, este no podía ser objeto de subsanación por parte de la demandante, de allí que la observación que esta formuló al Distrito no podía tener dichos efectos.

Así mismo, el reparo frente al informe de evaluación, que se enfocó en describir que la garantía era de 4 años adicionales y no de 3 años más la mínima requerida de un año, tampoco podía ser considerado como una aclaración de la oferta por cuanto ello incidía en la evaluación sustancial y comparativa de esta oferta con las demás. La aclaración, se reitera¹⁰⁵, es una posibilidad establecida para el esclarecimiento de aspectos ambiguos u oscuros de la propuesta¹⁰⁶, pero que no puede emplearse para completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas¹⁰⁷.

En conclusión, como la parte actora no demostró haber merecido la calificación máxima por garantía adicional, y dicho aspecto de la propuesta no era subsanable, aclarable, modificable ni

mejorable, no puede afirmarse que presentó la oferta más favorable para los intereses de la administración.

Subreglas de decisión

Por todo lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada. Asimismo, en vista de que la entidad demandada no allegó el expediente administrativo en la oportunidad correspondiente, de acuerdo con el inciso final del párrafo 1° del artículo 175 del CPACA¹⁰⁸, se ordenará remitir copias y comunicar este fallo a la Oficina de Control Disciplinario Interno del Distrito para lo de su competencia, obrando de manera conforme al artículo 38, numeral 25, de la Ley 1952 de 2019¹⁰⁹, aplicable por remisión del artículo 153, numeral 23, de la Ley 270 de 1996¹¹⁰, al establecer que:

¹⁰⁵ En relación con la posibilidad de aclarar las ofertas, conforme al artículo 30, numeral 7°, de la Ley 80 de 1993 esta Subsección ha precisado que esta "autorización [...] debe entenderse en el sentido de permitir que los proponentes, a solicitud de la entidad, presenten explicaciones y aclaraciones sobre puntos de sus ofertas que, si bien son indispensables para el cumplimiento cabal de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, no sean necesarios para la comparación objetiva de las ofertas, es decir, no hagan parte de los factores de calificación, que serán objeto del otorgamiento de puntaje, necesario para establecer qué proponente obtiene el primer lugar en el orden de elegibilidad, por haber obtenido el más alto.": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Rad. 25000 23-26-000-2007-00677-01(39945) C.P. María Adriana Marín.

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre la subsanación y la aclaración de ofertas, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera ? Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986). C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁷ Ley 80 de 1993 ? Artículo 30, numeral 8: "Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas". (Se subraya).

¹⁰⁸ "PARÁGRAFO 1o. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder. // Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción. // La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto". (Se subraya).

¹⁰⁹ "ARTÍCULO 38. DEBERES. Son deberes de todo servidor público: [...] 25. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

¹¹⁰ "ARTÍCULO 153. DEBERES. Son deberes de los funcionarios y empleados, según corresponda, los siguientes: [...] 23. Cumplir con las demás obligaciones señaladas por la ley".

La información contenida en los sistemas de información y de libre acceso, administrados por entidades públicas, como el SECOP y las bases de datos de la Supersociedades, garantizan el principio de publicidad de la administración pública, se presumen auténticas, gozan del valor

probatorio que confiere el ordenamiento a los mensajes de datos, y son susceptibles de ser decretadas y consultadas por los jueces para adoptar sus decisiones. Además, como dichos documentos son, en algunos casos, emitidos por la propia entidad demandada (v. gr. Pliego de condiciones, respuesta a observaciones, adjudicación, etc.), y en otros, suministrados por esta (ej. oferta del adjudicatario), no puede considerarse sorprendida por su inclusión en el juicio, ni cercenada en sus garantías procesales.

Las entidades públicas demandadas tienen el deber legal de aportar el expediente administrativo en la oportunidad destinada a la contestación de la demanda. Si la entidad incumple con este mandato legal, el juez puede acudir a los documentos que estén publicados en el SECOP que, además de concretar el principio de publicidad de la actividad contractual y fomentar su control, garantiza la autenticidad y fiabilidad en las piezas allí alojadas.

Cuando los documentos de la actuación contractual son publicados por la entidad pública contratante en el SECOP, la carga de aportar los documentos precontractuales expedidos por la Administración y la oferta de la adjudicataria, se satisface cuando la demanda precisa el sitio exacto en el que están contenidos dichos documentos en soporte electrónico. Por la finalidad y las características de mensajes de datos que poseen los documentos alojados en ese sistema, no es necesario adjuntar el soporte físico; y en el evento que el documento aportado que esté en poder de las partes esté incompleto, puede contrastarse con aquel que reposa en el sistema.

Al demandar la nulidad del acto de adjudicación, se conforma un litisconsorcio necesario entre la entidad demandada y el adjudicatario. No obstante, si se omite la vinculación del adjudicatario, esta pauta no conduce a la nulidad procesal, cuando conste que la persona jurídica adjudicataria de derecho privado ha sido liquidada.

Al demandar el acto de adjudicación de un contrato, la carga probatoria consta de la demostración de su ilegalidad, de que el demandante propuso una oferta satisfactoria de los requisitos habilitantes formulados en el pliego de condiciones, y que era la más favorable para la Administración. Dicha labor no se logra si no fue demostrada una contradicción palpable del ofrecimiento del adjudicatario con el pliego de condiciones y/o el ordenamiento jurídico superior, o la arbitrariedad en la calificación de las propuestas.

La omisión en la contestación de la demanda por parte de las entidades públicas no provoca la presunción de veracidad y certidumbre de los hechos susceptibles de confesión porque este medio de prueba no opera respecto de las personas jurídicas del Estado.

Los oferentes tienen la carga de presentar su propuesta de forma inequívoca, clara, completa y precisa. De lo contrario, si la propuesta no satisface el

cumplimiento de los requisitos para obtener el puntaje dispuesto en el pliego, no puede imputarle a la Administración una calificación de la oferta distinta a la que persiguió, ni puede denotar de esa circunstancia que la entidad actuó en contravía del reglamento de participación ni del ordenamiento superior.

Los elementos de la propuesta de contrato que, según el pliego de condiciones, acreditan los factores de evaluación y otorgan puntaje, no son subsanables. Así mismo, la aclaración de las ofertas no opera en los eventos en que esa manifestación suponga completarla, adicionarla, modificarla o mejorarla.

Costas y agencias en derecho

Sobre este asunto, se advierte que la postura mayoritaria de la Sala de Subsección no es compartida por el Magistrado Ponente de esta decisión, por lo que éste se suscribirá, de manera separada a este fallo, un salvamento parcial de voto respecto de su misma ponencia.

De acuerdo con el artículo 188 del CPACA¹¹¹, que remite a lo desarrollado en la materia por los artículos 365 y 366 del CGP, la Sala condenará en costas a Didaclibros, comoquiera que, como demandante, fue resuelto desfavorablemente su recurso de apelación¹¹². Estas serán liquidadas por la Secretaría del Tribunal de origen¹¹³.

Por otra parte, siguiendo¹¹⁴ las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹¹⁵, vigente para la fecha de presentación de la demanda, la Sala fijará agencias en derecho en un (1) salario mínimo legal mensual vigente al momento de esta providencia.

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,

¹¹¹ Artículo 188. "Condena en costas: Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. // En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal".

¹¹² CGP ? Artículo 365, numeral 1: "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. // Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe".

¹¹³ CGP ? Artículo 366, inciso primero: "Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior [...]"

¹¹⁴ CGP ? Artículo 366, numeral 4: "Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas".

¹¹⁵ Conforme al artículo 1 del Acuerdo, este "regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos [...] de la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Según el artículo 3 de dicha normativa, cuando "se trate de la segunda instancia [...] las tarifas se establecen en salarios mínimos legales mensuales vigentes"; y conforme al artículo 5, numeral 1, las tarifas de agencias en derecho en segunda instancia corresponden al margen comprendido entre 1 y 6 S.M.L.M.V.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de abril de 2022, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico ? Sala de Decisión Oral A, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la apelante, las cuales serán liquidadas por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso; e inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: Por medio de la Secretaría de la Sección Tercera, REMITIR copia de este fallo a la Oficina de Control Interno Disciplinario del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla para lo de su competencia, conforme a lo consignado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, a través de la Secretaría de la Sección Tercera, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Con salvamento parcial de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

VF

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 31 de julio de 2024 - (Diario Oficial No. 52.817 - 14 de julio de 2024)

