

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, primero (1) de julio de dos mil quince (2015).

Radicación: 25000-23-26-000-2009-01055-01 (41.707)

Actor: DISICO S.A. y OTRA

Demandado: NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DAXA S.A. (ANTES DAMOVO COLOMBIA S.A.)-

Proceso: Acción contractual

Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de junio de 2011 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 18 de diciembre de 2007 la Unión Temporal Disico- IT, conformada por las Sociedades Disico S.A. Corporation S.A.S presentó demanda contra la Nación- Contraloría General de la República y la Sociedad Damovo Colombia S.A., solicitando que se declarara la nulidad del Acto del 26 de diciembre de 2007 mediante el cual el Gerente de Gestión Administrativa y Financiera en audiencia pública adjudicó el proceso de contratación directa de menor cuantía No. CGR 041 de 2007 a la sociedad Damovo S.A.; y del contrato No. 100 de 2007 y su adicional No 01/07 celebrados con ésta.

Pide también que se declare que su propuesta era la mejor de acuerdo con las exigencias de los pliegos y condiciones.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Contraloría General de la República al pago de la suma equivalente a \$448.622.342,37, concepto de las utilidades dejadas de percibir por la no adjudicación del contrato.

Pide también que se condene en costas a la demandada.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

La Contraloría General de la República dio apertura a la licitación pública No. GCR 17 de 2007, la cual fue declarada desierta.

El 12 de diciembre de 2007 y ante la declaratoria desierta de la licitación pública No. GCR 17-07, la Contraloría accionada ordenó la apertura al proceso de contratación directa de mínima cuantía No. 041 de 2007 para la adquisición de 2.808 accesos activos de red incluyendo los elementos y materiales necesarios para establecer la conectividad a 10 GBPS entre los centros de cableado distribuidos en los 27 pisos del Edificio

Torre Colseguros, el piso 4 de las plataformas norte y sur del centro comercial Colseguros y el edificio Crisanto Luque con el Switch de Core ubicado en el centro de Cómputo del piso 15 de la Torre Colseguros. 31 Switches para las gerencias Departamentales.

A dicha licitación presentaron su propuesta la Unión Temporal demandante, conformada por las Socias Disico S.A. e IT Corporation S.A.S., EBD, UT New Net – Rems Ing., Verytel S.A., UT Telecomunicaciones World Service- SV Ingeniería, Unión Eléctrica S.A., y la Sociedad Damovo S.A., ahora adjudicataria.

Mediante el numeral 6.1 del pliego de condiciones, modificado por la adenda No. 4 se estableció como uno de los criterios de evaluación dentro de los aspectos técnicos mínimos el Certificado ISO-9001 Cableado el cual se otorgarían 100 puntos.

En el Numeral 6.1.3. relativo a la Verificación de la capacidad técnica mínima - Certificación ISO-9001 Cableado 100 puntos, se estableció que la contraloría verificaría el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos del numeral 2.2. y que su incumplimiento daría lugar al rechazo de la oferta, pero que si se cumplían se entraría a estudiar el cumplimiento de las características opcionales de la Certificación ISO-9001 de Cableado estructurado, la cual debía estar soportada por un certificado expedido por un certificador autorizado.

También se estableció en dicho numeral que atendiendo a la importancia que reportaba para la Entidad la confiabilidad de la solución y teniendo en cuenta que el funcionamiento de sus elementos activos ya instalados en Bogotá se encontraban relacionados directamente con el funcionamiento de la Fibra Óptica utilizada para su interconexión, aquellos oferentes que presentaran el certificado de cumplimiento con la Norma ISO-9001-2000 "que incluya la actividad de Instalación de Cableado Estructurado" se les otorgarían 100 puntos y aquellos que no lo presentaran no obtendrían puntaje alguno.

La accionante adjuntó junto con su propuesta el certificado No. CO. 03/449 expedido por la certificadora SGS Colombia S.A. bajo la denominación "Sistemas Eléctricos y de Telecomunicaciones", en la que no incluyó la actividad de instalación de cableado estructurado como lo exigía el pliego de condiciones.

Al evaluar las propuestas el Comité Técnico Jurídico de la Contraloría advirtió que la Unión Temporal Disico S.A. e IT Corporation S.A.S. no cumplía con el requerimiento relativo a la Certificación ISO-9001 de cableado y en consecuencia le otorgó 0 puntos por el factor de capacidad técnica mínima.

El 18 de diciembre de 2007 el Director de Recursos Físicos de la accionada le informó a los oferentes que las evaluaciones de las ofertas estarían a su disposición en las instalaciones de la Dirección de Recursos Físicos de la Entidad el 19 de diciembre de 2007 de 8:00 am a 5:00 pm., para que estos presentaran observaciones respectivas.

Por medio de la comunicación del 19 de diciembre de 2007 las accionantes presentaron sus observaciones frente a las evaluaciones efectuadas por el Comité de la Entidad y solicitaron a la accionada que habilite su propuesta en lo relacionado con la certificación ISO- 9001 sobre cableado estructurado allegando con ello una "aclaración" o documento en el cual la entidad certificadora SGS Colombia S.A. precisaba que la certificación inicialmente allegada comprendía las actividades de instalación de cableado estructurado.

El 26 de diciembre de 2007 se llevó a cabo audiencia pública de adjudicación en desarrollo de la cual la entidad contratante señaló que teniendo en cuenta que la certificación inicial no había reunido los requisitos previstos en el pliego de condiciones, el documento allegado por la Unión Temporal accionante junto con el escrito de aclaración del 19 de diciembre de 2007 no sería tenido en cuenta al haber sido presentado en forma extemporánea.

A través del Acta del 26 de diciembre de 2007 la accionada adjudicó la contratación directa de mínima cuantía No. 041 de 2007 a la Sociedad Damovo S.A. y posteriormente se suscribió entre éstas el contrato No. 100 de 2007.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda y noticiados los demandados del auto admisorio, el asunto se fijó en lista sólo la Contraloría General de la República le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y luego de fracasada una audiencia de conciliación prejudicial corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo aprovechada por la parte demandante y por la accionada Contraloría General de la República.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 8 de junio de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca denegó súplicas de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Declara improcedente la excepción de inepta demanda formulada por la demandada afirmando que teniendo en cuenta que las accionantes habían solicitado la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado teniendo como base la nulidad del acto de adjudicación, se ajustaban a lo previsto en el artículo 87 Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

Declara como no próspera la excepción de caducidad de la acción señalando que teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó en audiencia pública del 26 de diciembre de 2007 y que el 27 de diciembre se celebró el contrato No. 100 entre la demandada y la sociedad Damovo S.A., para la fecha en que se presentó la demanda, esto es, el 18 de diciembre de 2009, aún no habían transcurrido los 2 años previstos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para que operara el fenómeno de caducidad.

Hace mención a lo previsto en el Numeral 6.1. del pliego de condiciones modificado por el adendo No. 4 estableció como uno de los criterios de evaluación de la capacidad técnica mínima el certificado ISO-9001 cableado, por el cual se otorgarían 100 puntos.

También hace referencia al Numeral 6.1.3. del pliego de condiciones modificado por el adendo No. 4 relativo a la Verificación de la capacidad técnica mínima - Certificación ISO-9001 Cableado 100 puntos, conforme al cual atendiendo a la importancia que reportaba para la entidad se otorgaría 100 puntos por capacidad técnica mínima a aquellos oferentes que allegarían la Certificación ISO-9001 de Cableado estructurado y se otorgaría puntaje alguno a aquellos que no lo allegaran.

Luego de hacer un breve recuento de los hechos concluye que los cargos de nulidad contra el acto de adjudicación del 26 de diciembre de 2007 no tienen vocación de prosperidad, pues de las pruebas allegadas se encontraba demostrado que la Certificación ISO-9001 en cableado estructurado era un requisito de evaluación y calificación dentro de la presentación de las propuestas y que ésta circunstancia era de conocimiento de las demandantes, pues así lo preveía el numeral 6.1. del pliego de condiciones.

Dice que la demandada no vulneró los derechos a la igualdad y al debido proceso de las accionantes al aceptar la certificación allegada por éstas de forma extemporánea, esto es, 5 días después de la fecha de cierre del proceso (14 de diciembre de 2007) y que por el contrario salvaguardó los derechos de los participantes en el proceso.

Señala que en caso de que la entidad contratante hubiera aceptado la certificación presentada por las actrices de forma extemporánea, favoreciendo con ello su oferta de forma particular, estaría vulnerando principios que rigen la contratación estatal.

Hace referencia al Numeral 8° del artículo 30 de la ley 80 de 1993 para luego señalar que las actrices, teniendo conocimiento de los términos en los cuales debían presentar su oferta, no podían excusarse de su propia culpa para justificar la presentación extemporánea de la certificación ISO:9001.

Trae a cuenta una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 28 de abril de 2007 bajo el radicado No. 12.025 relativa a la naturaleza vinculante del pliego de condiciones, precisando que la administración debe sujetarse a éste para seleccionar la oferta más favorable a sus intereses y los ofrecer en consideración los términos previstos en éste como acto que rige tanto el proceso de selección como el contrato a celebrar.

Por último señala que las actoras no sólo no habían logrado demostrar que su propuesta era la mejor más favorable a la administración sino que la de la sociedad adjudicataria no era la mejor ni la más favorable a la administración.

Con base en lo anterior, declara imprósperas las pretensiones de nulidad del actor tanto frente al acta de adjudicación del proceso de contratación No. 041 de 2007 como del contrato No. 100 y su adicional No. 101 suscritos con la Sociedad Damovo Colombia S.A.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la demandante interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que contrario a lo que afirma el Tribunal las accionantes sí presentaron la Certificación ISO- 9001 para presentar su propuesta, pues de no haber sido así la entidad contratante hubiera rechazado su propuesta conforme a lo previsto al numeral 6.1.3. del pliego de condiciones.

Las demandantes sí presentaron la Certificación ISO-9001 oportunamente el 14 de diciembre de 2007 fue el Tribunal el que omitió valorar dicho documento el cual obra a folio 192 de su propuesta y 279 del acta No. 3.

Si bien la Unión Temporal adjuntó con su propuesta el certificado CO 03/449 bajo la denominación "Sistemas Eléctricos y de Telecomunicaciones" debe entenderse que dentro del concepto genérico "telecomunicaciones" se incluye la actividad de instalación de cableado estructurado.

Afirma que la Certificación CO 03/449 allegada con la propuesta por las accionantes sí cumplía con las exigencias previstas en el pliego de condiciones pero que para mayor claridad y con el fin de evitar confusiones, una de las sociedades integrantes de la Unión Temporal allegó un escrito de "aclaración" junto con la comunicación del 19 de diciembre de 2007, mediante el cual la Sociedad certificadora SGS Colombia precisó que sí se incluían las actividades de instalación de cableado estructurado.

No es cierto, como equivocadamente lo afirma el Tribunal de instancia que la aclaración referida se hubiera aportado sin fundamento alguno, pues el numeral 6.4 del pliego de condiciones preveía la posibilidad de que los proponentes presentaran sus observaciones frente al informe de evaluación de las propuestas durante el día hábil siguiente al que la contratante les informara que la calificación de las propuestas se encontraba en su disposición.

Por último, señala que no es cierto que por medio del escrito de aclaración las sociedades accionantes hubieran completado, adicionado, modificado o mejorado su propuesta, pues bastaba realizar un ejercicio comparativo de ésta antes y después de la presentación de la certificación del 19 de diciembre de 2007 para concluir que en nada se había alterado su contenido.

Con base en lo anterior, las apelantes solicitan que se revoque la decisión de primera instancia y que en su lugar se profiera un fallo favorable a sus pretensiones.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público opina que la sentencia denegatoria de las pretensiones no debe confirmarse, para lo cual expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación la vista fiscal precisando que teniendo en cuenta que para la fecha en que

presentó la demanda ya se había celebrado el contrato, la acción procedente para demandar la nulidad del contrato con ocasión de la nulidad del acto de adjudicación era la acción contractual pero que en atención a que la nulidad de éste no se intentó dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación, esto es el 26 de diciembre de 2007 ya no era procedente reconocer en favor de las accionantes ninguna pretensión de carácter patrimonial.

Precisa que en el presente asunto el estudio que realice el juez contencioso administrativo debe limitar la pretensión de nulidad del contrato No. 100 de 2007 y de su adicional No. 1 y menciona los efectos de la declaratoria de nulidad de los contratos.

Luego de hacer referencia a la naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones y de hacer un breve recuento de los hechos probados en el proceso, afirma que los cargos de nulidad invocados por las accionantes no se encuentran llamados a prosperar al no existir elemento probatorio alguno a partir del cual se pudiera afirmar que la demandada vulneró los derechos al debido proceso, a la igualdad ni mucho menos que hubiera incurrido en falsa motivación.

Dice que la demandada desarrolló el proceso de selección con sujeción a los parámetros, reglas y exigencias fijadas en el pliego de condiciones y sus adendos, las cuales fueron conocidas y aceptadas por los oferentes al momento de presentar sus propuestas.

Las observaciones y respuestas dadas por la administración en la audiencia de adjudicación y que hacen parte del acto administrativo que se ataca de ilegal, corresponden a todo lo acontecido en la etapa precontractual del proceso.

Las accionantes omitieron cumplir con la exigencia prevista en el pliego de condiciones relativa a la certificación de cableado estructurado y luego pretendieron subsanar dicha omisión allegando certificación de forma extemporánea, lo cual resultaba totalmente improcedente, pues ésta era una exigencia sometida a evaluación por la cual se otorgaba puntaje y en consecuencia necesaria para completar las ofertas.

Por mandato expreso de las normas que rigen la contratación estatal aquellos requisitos que se exigen para la presentación de las ofertas sólo pueden ser de carácter subsanable sino no son necesarios para completar las ofertas.

Las accionantes no solicitaron aclaraciones ni formularon reparo alguno frente a las modificaciones contenidas en el adendo No. 4 y en su carta de presentación manifestaron conocer, aceptar y someterse plenamente a los pliegos de condiciones y sus adendos, razón por la cual cualquier inconformidad con las reglas allí contenidas carecen de fundamento.

Por último, precisa que si bien el numeral 6.4 de los pliegos de condiciones le otorgaba la posibilidad a los oferentes de presentar observaciones frente a los informes de evaluación, no puede entenderse que por vía también se les diera la posibilidad de allegar aclaraciones o certificaciones diferentes, pues aceptar esta situación implicaría favorecer las propuestas de unos en desventaja de otros vulnerando con ello los principios de transparencia e igualdad.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previa siguientes.

V. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte accionante precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: 1) Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones; 2) Reglas de subsanabilidad de las ofertas en los procesos de contratación; 3) Lo probado en el proceso; 4) La solución del caso concreto.

Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones.

En lo relativo a la naturaleza de los pliegos de condiciones y su carácter vinculante, ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar:

“Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éstos se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar.

Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte, previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo.

De ésta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rigen las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes que se someten imperativamente a él, de forma tal que desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente todo el iter contractual.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas.

Reglas de Subsanción de las ofertas.

Por ser relevante para resolver el asunto que ahora se somete a decisión se transcribe lo que en anteriores oportunidades señaló ésta Subsección en lo relativo a la subsanción de las ofertas:

“Previamente a la expedición de la Constitución Política de 1991 la regulación de los procesos de selección se encontraba estructurada en una filosofía de excesivo formalismo y rigurosidad, circunstancia que dio lugar a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses.

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y la posterior expedición de la ley 80 de 1993 el legislador quiso eliminar e incluso matizar el excesivo rigorismo que permeaba los procesos de selección del contratista, estableciendo principios y reglas que limitaran la facultad de las entidades contratantes de rechazar, eliminar o excluir las ofertas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales.

En efecto, mediante el Numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 el legislador fue claro al señalar que el incumplimiento de los requisitos o la falta de documentos relativos a la futura contratación por parte del proponente, innecesarios para realizar un ejercicio comparativo de las propuestas presentadas, no sería título válido y suficiente para que la entidad estatal contratante pudiera rechazar o excluir algunas de las propuestas presentadas.

Dicha regla se reprodujo posteriormente en el párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de ofrecimientos hechos. En consecuencia, **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecte asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización**".

Por su parte, los numerales 7º y 8º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 consagran por una parte, el deber de la administración de establecer en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual van a realizar estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para evaluar las propuestas y deberán resolver aclaraciones y explicaciones presentadas por los oferentes, y de otro, la facultad de los proponentes presentar observaciones frente a los informes de evaluación de las propuestas elaborados por el asesor de la entidad.

A su vez, al numeral 6º de la norma en comento establece que las diversas propuestas presentadas deben referirse y sujetarse a todos cada uno de los puntos previstos en el pliego de condiciones.

Con todo lo expuesto se tiene que por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes a la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas.

Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales de rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales e innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas.

En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto no son subsanables; y que el incumplimiento de éstos sí conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto son subsanables.

Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales "atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal.

Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección, en los pliegos de condiciones se establece como uno de los requisitos de evaluación y calificación que se allegue una certificación fundamental para realizar el ejercicio comparativo de las propuestas por la importancia que reporta para el desarrollo del objeto a contratar, y uno de los proponentes no allega dicha certificación de forma oportuna y adecuada, es evidente que el incumplimiento de dicho requisito no es susceptible de ser subsanado, lo que conduciría indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta.

Lo probado en el proceso.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación, se tiene que el 12 de diciembre de 2006 la Contraloría General de la República ordenó la apertura a la contratación directa de menor cuantía No 4 de 2007 con el objeto de contratar la adquisición de 2.808 accesos activos de red incluyendo los elementos materiales necesarios para establecer la conectividad a 10 GBPS entre los centros de cableado distribu-

en los 27 pisos del Edificio Torre Colseguros, el piso 4 de las plataformas norte y sur del centro come Colseguros y el edificio Crisanto Luque con el Switch de Core ubicado en el centro de Cómputo del piso de la Torre Colseguros y 31 Switches para las gerencias Departamentales (Fols. 2 a 84 del C. No. 3 de pruebas).

A dicha licitación presentaron su propuesta la Unión Temporal demandante, conformada por las Socios Disico S.A. e IT Corporation S.A.S., EBD, UT New Net – Rems Ing., Vertytel S.A., UT Telecomunicaciones World Service- SV Ingeniería, Unión Eléctrica S.A., y la Sociedad Damovo Colombia S.A., a adjudicataria.

Mediante el numeral 6.1 del pliego de condiciones relativo a los criterios para la evaluación de propuestas se preveía inicialmente como factores de calificación para un total de 1000 puntos, I) la capacidad jurídica y la capacidad financiera como factores habilitantes; II) La Capacidad Técnica Mínima la cual se otorgarían 250 puntos distribuidos así: 100 puntos por la Certificación ISO-9001 Cableado y 150 puntos por servicios avanzados; III) Precio, por el cual se otorgarían 650 puntos; y IV) apoyo a la industria nacional por el cual se otorgarían 100 puntos (Fol. 44 del C. No. 3 de pruebas).

Por su parte el numeral 6.1.3. del pliego de condiciones, relativo a la verificación de la capacidad técnica mínima establecía inicialmente que la Contraloría General de la República verificaría que los proponentes dieran cumplimiento a las especificaciones técnicas del numeral 2.2. y a los documentos y ofrecimientos exigidos en el numeral 3.3., precisando que si bien ésta verificación no era objeto de calificación, en caso que a partir del resultado de la misma se concluyera que el oferente no la cumple la oferta sería rechazada. (Fol. 45 del C. No. 3 de pruebas).

Los referidos numerales fueron modificados por el adendo No. 4 al pliego de condiciones en los siguientes términos:

“(…)

6.1. Criterios para la evaluación de las propuestas.

Las ofertas serán objeto de calificación y no de simple verificación, hasta por un puntaje máximo de (1000) puntos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

CRITERIOS DE EVALUACIÓN	VERIFICACIÓN	PUNTAJE
Capacidad jurídica	Habilitante	
Capacidad Financiera	Habilitante	
Capacidad técnica mínima		
Certificación ISO-9001 Cableado		100 puntos
Precio		800 puntos
Apoyo a la Industria Nacional		100 puntos.

El numeral 6.1.3., quedará así:

6.1.3. Verificación de la capacidad técnica mínima. 100 puntos

-Certificación ISO-9001 Cableado 100 puntos

La CGR verificará que el proponente con (sic) los requerimientos técnicos mínimos de que trata el numeral 2.2. Si esto no se da **la oferta será rechazada.**

En caso de que dicho cumplimiento se dé, se entrara a verificar las características opcionales de que trata la Certificación ISO-9001 de Cableado Estructurado, la cual deberá ser soportada por el correspondiente certificado expedido por ente certificador autorizado.

CERTIFICACIÓN ISO 9001 – Cableado Estructurado (100 PUNTOS).

Dada la importancia que para la Entidad tiene la confiabilidad de la solución, y dado que el funcionamiento de los elementos activos de la solución a ser instalados en Bogotá están directamente relacionados con el correcto funcionamiento de la Fibra Óptica utilizada para su interconexión, aquellos oferentes que presenten su certificado de cumplimiento de la norma ISO 9001-2000 que incluya la actividad de instalación de Cableado estructurado, tendrá un puntaje de 100 puntos. Aquellos proponentes que no lo presenten tendrán el puntaje mencionado” (Fols. 236 y 237 del C. No. 4 de pruebas).

Por medio del numeral 6.1.13. se consagró como una de las causales de rechazo de la oferta “Cuando el proponente no cumpla con cada uno de los aspectos técnicos de que trata el numeral 2.2., y subnumerales 3.3., y subnumerales y documentos y certificaciones solicitadas en los requerimientos técnicos (Fol. 83 del C. No. 3 de pruebas).

Por su parte, el numeral 6.3.16. consagró como causal de rechazo “Cuando el proponente no anexe a la oferta los documentos y/o catálogos requeridos para soportar el cumplimiento de los requerimientos técnicos exigidos” (Fol. 83 del C. No. 3 de pruebas).

El numeral 5.4. del pliego estableció como fecha de cierre del proceso de selección el 14 de diciembre de 2007 en la Sala de juntas de la Dirección de Recursos Físicos de la Contraloría General de la República.

Junto con la propuesta el actor allegó la certificación No. CO03/449 por medio de la cual la Sociedad Colombia S.A., certificó a la Sociedad Disico en los “PROCESOS PARA EL DISEÑO, SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN, MONTAJES, MANTENIMIENTO Y SERVICIOS ASOCIADOS DE SISTEMAS ELECTRICOS Y TELECOMUNICACIONES, INCLUYENDO LAS OBRAS CIVILES PARA CANALIZACIONES Y SUBESTACIONES ELÉCTRICAS” (Fol. 279 del C. No. 3 de pruebas).

Al evaluar las propuestas el Comité Técnico Jurídico de la Contraloría advirtió que la Unión Temporal Disico IT Corporation S.A.S. no había dado cumplimiento al requerimiento relativo a la Certificación ISO-9001 de cableado y en consecuencia no le otorgó puntaje alguno por el factor de capacidad técnica mínima (Fol. 296 del C. No. 3 de pruebas).

El 18 de diciembre de 2007 el Director de Recursos Físicos de la Contraloría General le informó a los oferentes que las evaluaciones a las ofertas estarían a su disposición en las instalaciones de la Dirección de Recursos Físicos el día 19 de diciembre de 2007 de 8:00 am a 5:00 pm., para que estos presentaran observaciones.

Por medio de la comunicación del 19 de diciembre de 2007 las accionantes presentaron sus observaciones frente a la evaluación del Comité de la Entidad y solicitaron la habilitación de su propuesta advirtiendo que el certificado ISO-9001 incluía lo relacionado con el cableado estructurado y adjunta una carta en la cual la SGS Colombia S.A. corrobora dicha afirmación, al respecto señalaron:

“(…)

Muestra de eso es la carta que adjuntamos de la SGS Colombia, donde avala el proceso de DISICO S.A. en cuanto a la Certificación bajo la ISO 9001:2000 No. CO03/449 válido desde el 02 de octubre de 2006 hasta el 15 de septiembre de 2009.

El alcance de la Certificación dice literalmente: “PROCESOS PARA EL DISEÑO, SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN, MONTAJES, MANTENIMIENTO Y SERVICIOS ASOCIADOS DE SISTEMAS ELECTRICOS Y TELECOMUNICACIONES, INCLUYENDO LAS OBRAS CIVILES PARA CANALIZACIONES Y SUBESTACIONES ELÉCTRICAS”.

El alcance anterior incluye las actividades del proceso de la contratación directa de menor cuantía No. 4 2007 de la CGR, comprendiendo las actividades de cableado estructurado como se lee al final párrafo

Nota: Anexamos aclaración de SGS Colombia" (Fol. 292 del C. No. 3 de pruebas).

Mediante la certificación que se adjuntó la Sociedad SGS hizo constar:

"SGS Colombia conforma que la organización **DISICO S.A. SISTEMAS ELÉCTRICOS Y TELECOMUNICACIONES** se encuentra certificada bajo la norma ISO 9001:2000 certificado No. CO03 válido desde el 02 de octubre de 2006 hasta el 15 de septiembre de 2009.

El alcance de la certificación es:

"PROCESOS PARA EL DISEÑO, SUMINISTRO, CONSTRUCCIÓN, MONTAJES, MANTENIMIENTO Y SERVICIOS ASOCIADOS DE SISTEMAS ELECTRICOS Y DE TELECOMUNICACIONES, INCLUYE LAS OBRAS CIVILES PARA CANALIZACIONES Y SUBESTACIONES ELÉCTRICA".

El alcance anterior incluye las actividades del proceso de contratación directa de menor cuantía No. 4 2007 de la Contraloría General de la República Gerencia de Gestión Administrativa y financiera comprendiendo las actividades de cableado estructurado" (Fol. 295 del C. No. 3 de pruebas).

El 26 de diciembre de 2007 se llevó a cabo audiencia pública de adjudicación en desarrollo de la cual la entidad contratante dio respuesta a las observaciones presentadas por la Unión Temporal Disico Corporation S.A.S. señalando **"RESPUESTA: La entidad se mantiene en la evaluación toda vez que el documento aclaratorio fue presentado de manera extemporánea"** (Fol. 297 del C. No. 3 de pruebas).

A través del Acta del 26 de diciembre de 2007 la accionada adjudicó la contratación directa de menor cuantía No. 041 de 2007 a la Sociedad Damovo S.A. (Fols. 18 a 23 del C. No. 2 de pruebas).

El 27 de diciembre se celebró entre la Contraloría General de la Nación y la Sociedad Damovo S.A. el contrato No. 100 de 2007, en el que se reprodujo el objeto de la contratación directa de menor cuantía (Fols. 25 a 32 del C. No. 2 de pruebas) y su adicional No. 1 de 2007 (Fols. 33 y 34 del C. No. 1).

La solución del caso concreto.

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, se evidencia claramente que en los pliegos de condiciones de la contratación directa de menor cuantía No. 41 de 2007 que dio lugar al acto de adjudicación en audiencia pública y al contrato cuya nulidad ahora se pretende, se estableció claramente como uno de los criterios de evaluación y calificación de la capacidad técnica mínima la Certificación ISO 9001, la cual debía incluir la actividad de instalación de cableado estructurado.

También se encuentra demostrado que atendiendo a la importancia que reportaba dicha certificación para el desarrollo del objeto contractual, la Entidad expresamente señaló que aquellos oferentes que arrimaron certificación ISO: 9001 incluyendo las actividades de instalación de cableado estructurado se les otorgó 100 puntos y aquellos que no la allegaron con el lleno de los requisitos exigidos no se les otorgaría puntaje alguno por el criterio de capacidad técnica mínima.

Por otro tanto, también se demostró que las Sociedades integrantes de la Unión Temporal Disico Corporation ahora demandantes, si bien allegaron junto con su propuesta la Certificación CO03/449-9001-2000, no se incluyó en esta la actividad de instalación de cableado estructurado, especificación que la entidad contratante fijó claramente en el numeral 6.1.3. del pliego de condiciones, razón por la cual éstas incumplieron los requisitos previstos en éste para la Certificación ISO-9001-2000.

Ahora, si bien por medio de escrito del 19 de diciembre de 2007 mediante el cual éstas presentaron observaciones frente a la calificación otorgada por el Comité de la entidad, pretendieron subsanar la omisión

en que incurrieron allegando una nueva certificación en la que sí se incluía la actividad de instalación de cableado estructurado, ya no era posible que la entidad tuviera en cuenta dicha certificación por extemporánea, pues el pliego de condiciones también fue claro al señalar que el proceso de contratación cerraría el 14 de diciembre de 2007.

En efecto, las sociedades ahora demandantes tenían conocimiento de las condiciones en las cuales de presentar la Certificación ISO-9001, la importancia que dicho documento reportaba para la ejecución del objeto a contratar y además que la entidad contratante no les otorgaría puntaje alguno por el criterio de capacidad técnica mínima sino presentaban la referida certificación en los términos y condiciones previstos en el pliego de condiciones.

Ahora si bien las sociedades accionantes pretendieron subsanar su error allegando una certificación diferente que supuestamente sí reunía los requisitos y especificaciones previstas en los pliegos de condiciones, esta se allegó de forma extemporánea, pues fue presentada 5 días después de la fecha de cierre de la licitación pública.

En éstos términos, es evidente entonces que el Comité de la entidad se encontraba facultado para otorgarle puntaje alguno a las sociedades accionantes por el factor de capacidad técnica mínima, pues como señalaba claramente el numeral 6.1.3. del pliego de condiciones, conforme al cual no se otorgaría puntaje a los oferentes que no allegaran la Certificación ISO: 9001 con las especificaciones y dentro del término previsto, razón por la cual ni el acto de adjudicación del 26 de diciembre de 2007, ni el contrato No. 10 de 2007, ni su adicional No. 01/2007 acusados se encuentran viciados de nulidad porque la decisión de otorgarle puntaje alguno por el criterio de capacidad técnica a la Unión Temporal Disico IT- se ajustó al pliego de condiciones.

Es de precisar en éste punto que conforme al artículo 25 de la ley 80 de 1993 y la jurisprudencia señalada por ésta Corporación, se admite que el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en el pliego de condiciones sea susceptible de ser subsanado en el curso del proceso de selección, también es cierto que frente a los requisitos sustanciales, es decir aquellos que se estiman necesarios para comparar las ofertas y que no son susceptibles de ser subsanados, tal como ocurre en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

Así las cosas, en el asunto que ahora se resuelve la presentación de la Certificación ISO- 9001 con las respectivas especificaciones era un requisito sustancial del pliego de condiciones, pues por medio de ésta administración realizaría un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas para efectos de determinar cuál de éstas era la más adecuada para desarrollar el objeto a contratar, siendo la instalación de cableado estructurado la actividad principal del objeto a desarrollar.

En efecto, por medio del numeral 6.1.3. del pliego de condiciones se resaltó la importancia que tenía para la entidad que los proponentes allegaran la certificación ISO: 9001 con la actividad de cableado estructurado, si bien dicha certificación no resulta obligatoria, por la importancia que en el presente asunto revestía para la ejecución del objeto contractual y teniendo en cuenta que por medio de la misma se otorgaba un puntaje determinado, era entonces necesaria para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas.

De ésta forma, al ser el requisito al que se alude de carácter sustancial, su incumplimiento no es susceptible de ser subsanado en el curso del respectivo proceso de selección, tal como las sociedades accionantes pretendieron hacerlo al presentar un escrito de observaciones a la evaluación del comité de la entidad el 19 de diciembre de 2007, adjuntando con éste una nueva certificación, pues éste era necesario para la comparación de las propuestas.

Pero adicionalmente las sociedades demandantes, integrantes de la Unión Temporal Disico IT- Corporación S.A.S. no lograron acreditar la ilegalidad del acto de adjudicación, así como tampoco lograron demostrar que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración, una razón más para que las pretensiones por éstas elevadas estuvieran destinadas al fracaso.

Corolario de lo anterior es que no es nulo el acto de adjudicación ni es nulo el contrato celebrado y como lo vio y lo decidió el a quo, la sentencia apelada será confirmada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Consejero Ponente

F. A.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

