



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022)

Radicado número: 08001-23-31-000-2010-00365-01 (54482)
Demandante: Consorcio Nifacón
Demandado: Departamento del Atlántico
Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Nulidad de una Resolución que declaró desierta una licitación pública.

Subtema 1: Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la anulación del acto administrativo que declaró desierta una licitación pública y la oportunidad para incoarla.

Subtema 2. Reiteración jurisprudencial del cargo referente a la falsa motivación.

Subtema 3: Selección objetiva del contratista bajo los parámetros establecidos por la Ley 1150 de 2007.

Subtema 4. Cesión de un contrato estatal y sus efectos jurídicos.

Subtema 5. Restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de un acto que declara desierta una licitación pública.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión, el treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), en la que declaró de oficio la configuración de la caducidad de la acción y, consecuentemente, se inhibió de resolver sobre el fondo del asunto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El consorcio demandante persigue, en este proceso contencioso, la declaración de nulidad de la resolución que declaró desierta una licitación pública en la que participó y que, en consecuencia, se le reconozcan los perjuicios irrogados. Aduce que el acto administrativo mencionado fue expedido con falsa motivación, debido a que la cesión de la posición contractual no transfiere la experiencia del cedente al cesionario y, en tal virtud, la sociedad con la que resultó empatado en el primer orden de elegibilidad no acreditó la experiencia requerida para participar en la licitación. Por consiguiente, aseguró que debió ser el adjudicatario de dicho concurso.



II. ANTECEDENTES

2.1. El veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010)¹, el Consorcio Nifacón² presentó demanda, en ejercicio de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, contra el departamento del Atlántico, con las siguientes pretensiones:

“PRINCIPAL:

DECLÁRESE la NULIDAD de la Resolución 007 de 25 de enero de 2010 proferida por la Gobernación del Atlántico, mediante la cual declaró desierta la Licitación Pública SAPSB-011 de 2009 por **FALSA MOTIVACIÓN** del mismo.

CONSECUENCIALES:

En virtud de la anterior declaración, **RESTABLÉZCASE** el derecho a **ORLANDO FAJARDO CASTILLO, LUIS GABRIEL NIETO GARCÍA y COMPAÑÍA DE INGENIEROS CONSICAL LTDA.**, en su calidad de integrantes del **CONSORCIO NIFACON**, mediante la condena a pagar la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS** (\$646'593.052,56) a cargo del **DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO** por concepto de lucro cesante generado por la utilidad que dejaron de percibir al no ser adjudicatarios del contrato adjudicado mediante el acto administrativo impugnado, todo de acuerdo con la propuesta de contrato debidamente presentada en su momento.

ACTUALÍCENSE los valores de las sumas en que se condene al demandado a favor del demandante teniendo en cuenta la variación del Índice de precios al Consumidor –IPC– desde el día en que se causó el daño (día en que se profirió el acto administrativo impugnado) hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva que las reconozca.

CONDÉNESE al demandado en costas del proceso”. (Negrilla del texto original).

2.1.1. La parte accionante expuso, como **sustento fáctico de sus pretensiones**, los hechos que se pasan a sintetizar:

2.1.1.1. La Gobernación del Atlántico dio apertura a la licitación pública SAPSB-011 de 2009, cuyo objeto consistía en seleccionar al contratista encargado de ejecutar las obras atinentes a la *“ampliación y optimización de redes de alcantarillado sanitario en el municipio de Malambo”*. Dentro de este proceso, 14 firmas adquirieron los pliegos y presentaron oportunamente sus propuestas, entre las que se destacan: el Consorcio Nifacón y la firma Valores y Contratos S.A. (en adelante, Valorcón S.A.).

2.1.1.2. En la audiencia pública de adjudicación, la Gobernación del Atlántico presentó la evaluación técnica y económica de las ofertas recibidas, que arrojó un empate en el primer orden de elegibilidad, entre el Consorcio Nifacón y Valorcón S.A. Frente a esta situación, el licitador consideró necesario aplicar los criterios de desempate contenidos en los pliegos, los cuales establecían, en primer término, que se elegiría *“la propuesta de menor valor”*. No obstante, como en este asunto ambas ofertas tenían el mismo

¹ Folios 38 a 40 del cuaderno 1.

² Folio 28 del cuaderno 2. Según el documento de constitución del consorcio, este se integró por la Compañía de Ingenieros Consical Ltda., Luis Gabriel Nieto García y Orlando Fajardo Castillo.



coste, persistiendo el empate, se debió aplicar el segundo criterio, de acuerdo con el cual se seleccionaría *“la propuesta que haya acreditado la experiencia solicitada con el menor número de contratos”*. Finalmente, la entidad territorial suspendió la audiencia, para verificar minuciosamente la situación surgida.

2.1.1.3. Luego de reanudada la audiencia, el Consorcio Nifacón adujo que no era necesario aplicar los criterios de desempate, porque la propuesta presentada por Valorcón S.A. debía ser rechazada de plano, pues –a su juicio– dicha firma faltó a la verdad, al acreditar la experiencia específica solicitada en los pliegos con un contrato cedido, de cuya ejecución solo participó en cierto porcentaje, sin que este fuera suficiente para alcanzar la experiencia exigida en el concurso, ya que, con la cesión, no se transfería la totalidad de la experiencia. Ante la controversia surgida y luego de escuchar la réplica del interesado, Valorcón S.A., quien arguyó que en la cesión de un contrato se transfiere la totalidad de la experiencia, el licitador decidió suspender nuevamente la audiencia, con el fin de *“verificar el tema de la cesión y con ello buscar los fines esenciales de la contratación de manera que se cumpla con la selección objetiva del contratista en los mejores términos”*.

2.1.1.4. Reiniciada nuevamente la audiencia, la administración departamental expidió la resolución núm. 007 del 25 de enero de 2010, en la que decidió declarar desierta la licitación, al considerar que no era posible adelantar una selección objetiva, pues ni los pliegos de condiciones ni la normatividad aplicable permitían establecer, con claridad y certeza, si al realizarse una cesión de un contrato, la experiencia obtenida previamente por el cedente se transfería al cesionario o si, por el contrario, esta era intransferible.

2.1.2. En consonancia con lo expuesto en precedencia, el Consorcio esgrimió como **normas violadas**: el artículo 895 del Código de Comercio; el artículo 28 del Código Civil; los artículos 13, 24.7, 25.18, 26.7 y 30.9 de la Ley 80 de 1993; el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007; los numerales 1.17.5, 1.17.6, 2.2 y el anexo 4 de los pliegos de condiciones.

2.1.3. Como **concepto de violación** esgrimió únicamente la **falsa motivación**, argumentando que la imposibilidad de determinar, conforme al artículo 895 del Código de Comercio, si la cesión de un contrato conllevaba la transferencia total de la experiencia al cesionario, implicaba un desconocimiento del principio de selección objetiva, pues el departamento realizó una indebida interpretación tanto de los pliegos de condiciones como del contenido del artículo precitado, pues —a su juicio— ambas disposiciones establecían que *“la experiencia no se transfiere a través de un contrato de cesión”* y, en tal virtud, *“se debía proceder al rechazo de la oferta presentada por Valorcón S.A y declarar como adjudicatario al Consorcio Nifacón”*.

2.2. El Tribunal **admitió** la demanda³ y **notificó** el auto admisorio en debida forma⁴.

³ Folio 96 del cuaderno 1.

⁴ Folio 97 y 98 del cuaderno 1.



2.3. El departamento **contestó la demanda**⁵ de manera extemporánea⁶. En tales condiciones, la demanda se deberá tener por no contestada.

2.4. La autoridad judicial de primer grado **abrió a pruebas el proceso**⁷, y una vez concluida la etapa probatoria⁸, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo⁹.

2.5. La entidad territorial accionada **alegó de conclusión**¹⁰, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en la demanda¹¹. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

2.6. La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico **dictó fallo de primera instancia**¹², en el que declaró de oficio la caducidad de la acción y, consecuentemente, se inhibió de resolver sobre el fondo del asunto. Consideró que la resolución núm. 007 de 2010, cuya nulidad es deprecada, es un acto administrativo precontractual; y que, por lo tanto, la demanda debió ser presentada en un término de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.2 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998. Así, concluyó que, habiendo sido notificada tal resolución el 25 de enero de 2010, el término de caducidad *"se cumplió el 8 de marzo del mismo año y, por lo tanto, la demanda presentada por la sociedad actora el 25 de mayo de 2010 es extemporánea"*.

2.7. La parte accionante **interpuso recurso de apelación** en contra la sentencia de primer grado con el fin de que esta sea revocada y, en su lugar, se estudie el fondo del asunto, con estimación de las súplicas de la demanda¹³. Como fundamento de la alzada, expresó que el Tribunal erró al declarar la caducidad de la acción, pues desconoció que en el *sub lite* se adelantó conciliación prejudicial, como se encuentra acreditado con la constancia obrante a folio 43 del cuaderno 1. De acuerdo con este documento, el Consorcio Nifacón habría presentado solicitud de conciliación prejudicial el 5 de marzo de 2010, es decir, a falta de 3 días para que operara el fenómeno de la caducidad, término que se reinició el 25 de mayo de 2010, cuando se

⁵ Folios 100 a 106 del cuaderno 1.

⁶ Aun cuando el escrito de contestación de la demanda fue radicado el 28 de octubre de 2010, lo cierto es que la oportunidad legal para contestarla, de acuerdo a las previsiones del artículo 144 del CCA, corrió desde el 5 de octubre de 2010 hasta el 19 de octubre de la misma anualidad (folio 99 del cuaderno 1), correspondiente al término de fijación en lista.

⁷ Folios 109 a 111 del cuaderno 1.

⁸ Folio 211 del cuaderno 1.

⁹ Folio 212 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 213 a 216 del cuaderno 1.

¹¹ Arguyó que el Gobernador del Atlántico declaró desierta la licitación pública, considerando que no le era posible adelantar una selección objetiva, pues no contaba con las garantías legales suficientes para elegir entre los dos oferentes que resultaron empatados en el primer lugar del concurso., debido a que *"en el ordenamiento jurídico público y jurisprudencial existe un vacío [...], para determinar si la experiencia obtenida en la ejecución de un contrato antes de la cesión, pueda transferirse por el cedente al cesionario y acreditarla como suya en el futuro"*. Así las cosas, concluyó que el acto administrativo sobre el que se solicita nulidad fue expedido de manera legal y con observancia de la Ley 80 de 1993 y los pliegos de condiciones particulares, en virtud de la cual el ente territorial podía declarar desierta la licitación pública por motivos o causas que impidieran adelantar una selección objetiva, tal y como ocurrió.

¹² Folios 230 a 246 del cuaderno principal.

¹³ Folios 248 a 257 del cuaderno principal.



declaró fallida la conciliación. Así las cosas, la demanda presentada ese mismo día lo fue en tiempo.

2.8. El juzgador de primera instancia **concedió** la alzada¹⁴.

2.9. Esta Corporación **admitió** el recurso interpuesto¹⁵ y **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia¹⁶. La parte accionante **presentó alegatos finales**¹⁷, con reiteración de los argumentos expuestos tanto en la demanda como en el recurso de alzada. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. **La Sala es competente para conocer el asunto de la referencia**, por tratarse de una controversia planteada en un recurso de apelación interpuesto contra un fallo proferido por un Tribunal Administrativo¹⁸, en un proceso de doble instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.3 del CCA¹⁹, en concordancia con el artículo 20.2 del Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁰.

3.2. En cuanto a la **procedencia de la acción y la oportunidad** para presentar la demanda de la referencia, se recuerda que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA)²¹, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, dispone, en el inciso 2º, que *“los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación”*.

3.2.1. En el *sub examine*, la parte actora persigue la nulidad de la Resolución 007 de 25 de enero de 2010 proferida por la Gobernación del Atlántico, mediante la cual declaró desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009. Como lo ha reiterado la

¹⁴ Folios 262 a 263 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 269 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 276 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 538 a 547 del cuaderno principal.

¹⁸ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *“Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. 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 (...)”*.

¹⁹ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *“Artículo 132 [modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998]. los Tribunales conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales”*. En el *sub examine*, la demanda se presentó el 25 de mayo de 2010, época para la cual el salario mínimo era de \$ 515.000, por lo que 300 salarios mínimos equivalían a \$154'500.000, y la mayor de las pretensiones de la demanda asciende a \$646'593.052,56.

²⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. *“Artículo 20. Determinación de la cuantía. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 8 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> “La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”*.

²¹ Disposición normativa aplicable a los procesos iniciados a partir del 8 de julio de 1998 (fecha de publicación de la Ley 446 de 1998) hasta el 2 de julio de 2012 (fecha en la cual empezó a regir la Ley 1437 de 2011).



jurisprudencia de esta sección²², el acto impugnado fue proferido antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual. Por lo tanto, le es aplicable el término de caducidad de treinta (30) días contemplado en la normativa precitada, los cuales deben contabilizarse en días hábiles, de conformidad con el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913²³ y el artículo 121 del Decreto 1400 de 1970²⁴.

Al analizar este presupuesto procesal, el *a quo* halló pertinente la acción incoada, pero concluyó que, al momento de su ejercicio, aquella se encontraba caducada²⁵, decisión que ha sido cuestionada por la parte actora, quien manifestó que el Tribunal desconoció que en el *sub lite* se adelantó conciliación prejudicial, lo que suspendió el término de caducidad de la acción y, en consecuencia, esta se presentó en término²⁶.

3.2.2. En atención a la controversia surgida, la Sala se ve avocada a dar respuesta, en un primer momento, al siguiente **problema jurídico**:

¿La caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento contra el acto demandado no operó, porque fue presentada solicitud de conciliación, proceder que no fue tenido en cuenta por el *a quo*?

²² “[E]l acto administrativo que declara desierta la licitación también es de aquellos expedidos con ocasión de la actividad contractual, pues por su naturaleza, uno de los efectos de esa decisión es truncar el proceso contractual iniciado con anterioridad y por lo tanto sí es aplicable el inciso 2 del artículo 87 del CCA, razón por la cual la Sala modifica su tesis anterior, según la cual dicho acto solo era demandable en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2, es decir, de 4 meses. || En efecto, la posición anterior de la Sección Tercera aseveraba que el artículo 87 del CCA solo era aplicable a los actos precontractuales relacionados con la actividad contractual y excluía al que declaraba desierta la licitación, a pesar de ser precontractual, porque dicho acto manifiesta la voluntad de la Administración de frustrar el procedimiento licitatorio o concursal, impidiendo la celebración del contrato, y por lo tanto no se profería con ocasión de la actividad contractual. || Para la Sala esa tesis resulta contraria al verdadero sentido de la ley, pues de la interpretación armónica de los artículos 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 87 del CCA, se evidencia que la intención del legislador no fue crear diversos términos de caducidad o acciones diferentes a la contractual para demandar los actos producidos durante la formación del contrato. || Si esto fuera así, el acto de adjudicación del contrato también tendría un término de caducidad diferente, pues el artículo 24 citado anteriormente lo incluye como aquellos expedidos durante la actividad contractual o con ocasión de ella de la misma forma en que trata el que declara desierto el proceso de escogencia. || Además es precisamente la actividad contractual la que da origen al acto de declaratoria de desierto de un proceso licitatorio o concursal pues si no fuera así, dicho acto no existiría toda vez que no habría lugar a su expedición porque qué se haría frustrar o finalizar? || Entonces, no existe una razón legal de la cual se deduzca que el acto que declara desierto el proceso licitatorio o concursal tenga un término de caducidad diferente al consagrado en el artículo 87 del CCA, toda vez que se trata de un acto expedido durante la actividad contractual y con ocasión de ella, que precisamente finaliza el proceso por las razones previstas en la ley 80 de 1993”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 2 de agosto de 2006. Expediente 30141.

²³ CÓDIGO DE RÉGIMEN POLÍTICO Y MUNICIPAL. “Artículo 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

²⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 121. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. // Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario”.

²⁵ Apartado 2.6.

²⁶ Apartado 2.7.



3.3. Pues bien, al plenario fue allegada oportunamente constancia de solicitud de conciliación extrajudicial²⁷, documento que fue ignorado por el Tribunal de primera instancia, al hacer el cálculo de la caducidad de la acción. Aparte, se demostró que el acto impugnado —es decir, la resolución núm. 007— fue proferida por la Gobernación del Atlántico el veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010)²⁸ y notificada ese mismo día, durante la audiencia pública de adjudicación²⁹.

Por ende, el cómputo del término de treinta (30) días hábiles³⁰ para la presentación oportuna de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho corrió desde el veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010) hasta el ocho (8) de marzo de la misma anualidad³¹. No obstante, se presentó solicitud de conciliación prejudicial el cinco (5) de marzo de dos mil diez (2010)³², es decir, a falta de tres (3) días para el vencimiento del plazo preclusivo. En atención a que la diligencia se declaró fallida el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010)³³ y que el tiempo que restaba volvió a correr desde el día siguiente a esa fecha, es claro que el término para la presentación oportuna de la demanda se extendió hasta el veintiocho (28) de mayo de la misma anualidad. Por consiguiente, **la demanda fue presentada oportunamente el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010)**.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión que declaró la caducidad de la acción y, en tales condiciones, continuará con el estudio de merito del presente asunto.

3.3. Ahora bien, se constata que el Consorcio Nifacón se encuentra **legitimado en la causa por activa**³⁴, toda vez que participó en la licitación pública objeto de debate³⁵. De igual forma, se comprueba que el departamento del Atlántico está **legitimado por pasiva**, pues fue el representante de esta entidad territorial, que profirió el acto que ahora se controvierte³⁶.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

Superado el análisis de los presupuestos procesales y retomando los argumentos expuestos por las partes a lo largo de este proceso contencioso, la Sala se plantea los siguientes problemas jurídicos:

²⁷ Folio 43 del cuaderno 1.

²⁸ Folios 44 a 46 del cuaderno 1.

²⁹ Folios 181 a 200 del cuaderno 1.

³⁰ Folio 43 del cuaderno 1.

³¹ No hacen parte de este conteo los días 30 y 31 de enero; 6, 7, 13, 14, 20, 21, 27, 28 de febrero; y 6 y 7 de marzo. Lo anterior por corresponder a días sábados y domingos.

³² Folio 43 del cuaderno 1.

³³ *Ibidem*

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, expediente 19.933. En esta providencia la Sala Plena unificó su jurisprudencia, en relación con la capacidad procesal que legalmente les asiste a los consorcios y a las uniones temporales para comparecer como sujetos —en condición de partes, terceros interesados o litisconsortes— en los procesos judiciales en los cuales se debatan asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen con ocasión o por causa de la actividad contractual de las entidades estatales.

³⁵ Cuaderno 2 (Contiene la oferta presentada por el Consorcio Nifacón en la licitación pública bajo estudio).

³⁶ Folio 44 del cuaderno 1 (contiene la Resolución controvertida).



¿Es nulo el acto que declaró desierta la licitación Pública SAPSB-011 de 2009, por incurrir en falsa motivación, al fundarse en la imposibilidad de adelantar una selección objetiva del contratista, ante la ausencia de norma que regulara los efectos, en materia de experiencia, para el cesionario de una posición contractual?

Si la respuesta a este cuestionamiento se revela afirmativa, se abordará el estudio del siguiente asunto:

¿La Gobernación del Atlántico debió seleccionar al Consorcio Nifacón como adjudicatario del contrato objeto de invitación, no solo por haber cumplido con todos los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones sino, además, porque su propuesta obtuvo la mejor puntuación en la calificación final?

V. LOS HECHOS PROBADOS

Para la resolución del problema jurídico planteado, procede la Sala a dejar ver los hechos relevantes y que se encuentran plenamente probados, con base en los documentos aportados en copia auténtica, que hacen fe de lo que en ellos se afirma³⁷, al haber sido suscritos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y que, por tanto, se constituyen como documentos públicos³⁸.

5.1. El 6 de noviembre 2009, la Gobernación del Atlántico abrió la licitación pública SAPSB-011, cuyo objeto consistía en elegir al contratista encargado de ejecutar la “*ampliación y optimización de redes de alcantarillado sanitario en el municipio de Malambo, Departamento del Atlántico*”. En el pliego de condiciones definitivo³⁹, con sus anexos⁴⁰, se consignaron las siguientes cláusulas:

“CAPÍTULO 1. INFORMACIÓN GENERAL PARA LOS PROPONENTES

[...] **1.17.2. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS.** Para la evaluación de las propuestas, el representante legal del Departamento del Atlántico designará un Comité Evaluador, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto [...]. Dicho comité deberá realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

[...] **1.17.5. CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PROPUESTAS.** Se procederá al rechazo de la(s) propuesta(s) ante la ocurrencia de una o más de las siguientes eventualidades: [...] b) cuando la propuesta no se ajuste a los requisitos y condiciones estipulados en el pliego de condiciones [...]; e) Cuando en la propuesta se encuentre información o documentos que contengan datos que no correspondan a la realidad o

³⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “Artículo 264. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza”.

³⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. “[...] Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; [...]”.

³⁹ Folios 115 a 160 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folios 161 a 180 del cuaderno 1.



que contengan errores o inconstancias que determinen el resultado de la evaluación.
[...]

[...] **1.17.6. CAUSALES PARA DECLARATORIA DE DESIERTA.** El Departamento del Atlántico podrá declarar desierta la presente licitación cuando no pueda adelantar una selección objetiva.

[...] **1.17.7. AUDIENCIA PÚBLICA DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.** Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de observaciones al informe de evaluación, se realizará la adjudicación de forma obligatoria, en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia [...].

[...] **CAPITULO 2. DOCUMENTOS Y CRITERIOS HABILITANTES PARA PARTICIPAR EN EL PROCESO DE SELECCIÓN (LEY 1150 DE 2008, ARTÍCULO 5, NUMERAL 1)**

La capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera, y de organización de los proponentes, serán verificados en calidad de requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no se les otorgará puntaje, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2008. Tras la verificación de los requisitos habilitantes, se procederá a la evaluación de los factores técnicos (calidad) y económicos según los puntajes determinados en el capítulo 3.

2.1. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD JURÍDICA OBJETO DE VERIFICACIÓN COMO REQUISITO HABILITANTE.

2.1.1. CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA. La carta de presentación de la propuesta se diligenciará conforme al modelo contenido en el Anexo 2º "carta de presentación de la propuesta" y será firmada por el proponente. Si la propuesta es presentada por una persona jurídica, en unión temporal o consorcio, deberá venir suscrita por el representante legal, debidamente facultado [...].

2.1.2. CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN, CLASIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES. La inscripción del proponente debe estar vigente y el certificado de inscripción, clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio deberá haber sido expedido dentro de los noventa (90) días calendario anteriores a la fecha de presentación dentro del término establecido para tal efecto [...]. Para el caso de consorcios o uniones temporales, cada uno de los integrantes deberá presentar el respectivo certificado [...].

2.1.3. CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL. Las personas jurídicas proponentes deberán acreditar su existencia, representación legal y facultades del representante legal mediante la presentación de certificado expedido por la Cámara de Comercio respectiva, el cual deberá haber sido expedida dentro de los noventa (90) días calendario anteriores a la fecha de presentación de la propuesta.. La duración de la sociedad no será inferior al plazo establecido para la ejecución del contrato y un (1) año más [...].

2.1.4. PROPUESTAS CONJUNTAS. Cuando la propuesta la presente un consorcio o unión temporal, cada uno de los integrantes deberá presentar, según el caso, los documentos que correspondan a su naturaleza, persona natural o jurídica. Adicionalmente, deberá presentar el documento de constitución del consorcio o unión temporal [...].

2.1.5. EXTRANJEROS. [...].

2.1.6. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA. El proponente deberá constituir a su costa y presentar con su propuesta una garantía de seriedad de la oferta



expedida por un Banco o por una Compañía de Seguros legalmente establecidos en Colombia, por un valor no inferior al diez por ciento (10%) del valor del Presupuesto Oficial, con una vigencia mínima de noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha y hora fijada para el cierre de la licitación [...].

2.1.7. CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CON LOS SISTEMAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y APORTES PARAFISCALES.

Si el proponente es persona jurídica deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados a los sistemas generales de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales y de los aportes a las Cajas de Compensación Familiar, ICBF y SENA, mediante certificación expedida por el revisor fiscal o por el representante legal [...].

2.1.8. PAZ Y SALVO DE CONTRALORÍA Y CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS DE LA PROCURADURÍA. [...] Para el caso de personas jurídicas,

el paz y salvo de la Contraloría debe ser expedido a nombre de la sociedad y el de la procuraduría a nombre del representante legal [...].

2.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS CONDICIONES DE EXPERIENCIA OBJETO DE VERIFICACIÓN COMO REQUISITO HABILITANTE.

La verificación de la experiencia como criterio habilitante, se realizará teniendo en cuenta la experiencia específica de los proponentes en proyectos similares al de la presente licitación, de acuerdo con lo definido en el anexo 4 "Condiciones Especiales".

[...] Serán HABLES las propuestas que relacionen hasta cuatro (4) certificaciones y/o actas de contratos que se hayan terminado y recibido a satisfacción y/o liquidado en los últimos 15 años, así estos se hayan iniciado con anterioridad. La sumatoria de los contratos relacionados, será en salarios mínimos legales mensuales vigentes – SMLMV– y deberá ser como mínimo una (1) vez el presupuesto oficial expresado en SMLMV [el cual asciende a \$10.036.267.555, es decir, 20.197,76 SMLMV del año 2009⁴¹]

[...] El valor final de cada contrato en SMLMV se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula: $VFCSM = VFCP / SMLMV$

Donde, VFCSM = Valor final del contrato, según acta de recibo final de liquidación y/o certificación expedida por el contratante donde se manifieste el valor final del contrato, en salarios mínimos mensuales. VFCP = Valor final del contrato, según acta de recibo final, liquidación y/o certificación expedida por el contratante donde se manifieste el valor final del contrato. SMLMV = Salario mínimo legal mensual vigente del año de liquidación del contrato. Para el caso de contratos terminados se tomará el año de terminación.

Para el cálculo del valor del contrato en salarios mínimos mensuales, se presenta la tabla de evolución del salario mínimo mensual:

PERIODO	SMLMV
Enero 1 de 1995 a diciembre 31 de 1995	118.933,50
Enero 1 de 1996 a diciembre 31 de 1996	142.125,00
Enero 1 de 1997 a diciembre 31 de 1997	172.008,00
Enero 1 de 1998 a diciembre 31 de 1998	203.826,00
Enero 1 de 1999 a diciembre 31 de 1999	236.460,00
Enero 1 de 2000 a diciembre 31 de 2000	260.100,00
Enero 1 de 2001 a diciembre 31 de 2001	286.000,00
Enero 1 de 2002 a diciembre 31 de 2002	309.000,00
Enero 1 de 2003 a diciembre 31 de 2003	332.000,00

⁴¹ El presupuesto oficial de la licitación pública consta en el anexo 1 de los pliegos de condiciones. Folio 161 a 163 del cuaderno 1.



Enero 1 de 2004 a diciembre 31 de 2004	358.000,00
Enero 1 de 2005 a diciembre 31 de 2005	381.500,00
Enero 1 de 2006 a diciembre 31 de 2006	408.000,00
Enero 1 de 2007 a diciembre 31 de 2007	433.700,00
Enero 1 de 2008 a diciembre 31 de 2008	461.500,00
Enero 1 de 2009 a diciembre 31 de 2009	496.900,00

Para el caso de subcontratos, se deberá presentar la autorización de la entidad contratante donde se autoriza la subcontratación de las obras, así como la documentación requerida para los contratos ejecutados con entidades estatales, entidades prestadoras de servicios públicos o entidades privadas de conformidad con lo señalado anteriormente. En este caso, la experiencia se acreditará tanto al contratista como al subcontratista siempre y cuando esto no se presente en forma conjunta.

2.3. CUPO DE CRÉDITO OBJETO DE VERIFICACIÓN COMO REQUISITO HABILITANTE. El Proponente debe acreditar con la propuesta un cupo de crédito aprobado y vigente como mínimo por \$2.500 millones mediante certificación expedida por entidades bancarias vigiladas por la superintendencia bancaria.

2.4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD FINANCIERA OBJETO DE VERIFICACIÓN COMO REQUISITO HABILITANTE. Para la verificación de la capacidad financiera, el proponente o los integrantes de consorcio o unión temporal, según el caso, deberá anexar los siguientes documentos: 1.- Balance General y Estado de Resultados con corte de 31 de diciembre de 2008 [...]. 2.- Certificación y dictamen de los Estado Financieros [...]. 3.- Fotocopia legible de la Declaración de Renta de la vigencia fiscal 2008 [...]. 4.- Fotocopia legible de la Tarjeta Profesional y Certificado de Antecedentes Disciplinarios vigentes del contador y el revisor fiscal [...].

2.5. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD ORGANIZACIONAL OBJETO DE VERIFICACIÓN COMO REQUISITO HABILITANTE. La capacidad organizacional de los proponentes se evaluará mediante la capacidad de contratación (K), determinada en el RUP.

Será hábil aquella propuesta que cuenta con una capacidad residual de contratación (Kr) igual o mayor a dos (2) veces el presupuesto oficial, expresado en SMLMV del año en que se cierra la licitación.

La capacidad residual de contratación (Kr) será determinada por la diferencia entre la capacidad máxima de contratación consignada en el RUP y la suma de los valores totales de los contratos en ejecución en la parte correspondiente al porcentaje por ejecutar, a la fecha de cierre de la licitación.

2.6. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA DISPONIBILIDAD Y GARANTÍA DE EQUIPOS COMO REQUISITO HABILITANTE. El proponente deberá garantizar la disponibilidad del equipo que abajo se lista [2 cargadores, 4 retroexcavadoras, ocho volquetas, 4 compactadoras de impacto y 4 equipos de topografía] para la ejecución de este proyecto y deberá aportar con la propuesta la tarjeta de propiedad de los equipos que a continuación se listan y en el caso de que considere alquilarlos deberá aportar la carta de compromiso del propietario para su utilización en este proyecto específico aportando igualmente la tarjeta de propiedad.

[...] **CAPITULO 3. DOCUMENTOS Y CRITERIOS CALIFICABLES PARA LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA (LEY 1150 DE 2008, ARTÍCULO 5, NUMERAL 2)**

La propuesta que cumpla con los requisitos habilitantes relacionados en el capítulo 2, (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y capacidad organizacional) de manera inmediata será sometida al proceso de ponderación de los



elementos de calidad (evaluación técnica), lo cual será consignado en el informe de verificación de condiciones habilitantes y de calificación técnica – elementos de calidad, informe que será puesto a consideración de los oferentes por un término de cinco (5) días hábiles.

La habilitación y/o calificación de las propuestas habilitadas contenidas en el informe de verificación de condiciones habilitantes y de calificación técnica – Elementos de calidad, podrá ser modificada producto de las observaciones presentadas por los proponentes y/o veedurías. Estas modificaciones se informarán el día de la audiencia de adjudicación, momento en el cual se realiza la evaluación económica de las propuestas habilitadas.

3.1. PONDERACIÓN DE CALIFICACIÓN TÉCNICA Y ECONÓMICA. La suma de los elementos de calidad y precio de la oferta dará como resultado un valor máximo de cien (100) puntos calculados de acuerdo con la siguiente fórmula: $PT = PET + PEE$

Donde, PT = Puntaje total obtenido por el proponente (Máximo 100 puntos). PET = Puntaje definitivo obtenido por el proponente en la evaluación técnica (Máximo 30 puntos). PEE = Puntaje obtenido por el proponente en la evaluación económica (Máximo 70 puntos). El proceso licitatorio se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje [...].

3.2. EVALUACIÓN TÉCNICA (ELEMENTOS DE CALIDAD). La evaluación de los elementos de calidad se realizará con base en la siguiente fórmula:

$$PET=PT+VO$$

Dónde:

PET = Puntaje definitivo obtenido por el proponente en la evaluación técnica (máximo 30 puntos)

PT = Presentación del plan de trabajo (15 puntos)

VO = Vista al sitio de la obra (15 puntos)

3.2.1. PRESENTACIÓN DEL PLAN DE TRABAJO.

[...] A los proponentes que presenten el plan de trabajo, diligenciando las fichas requeridas en el Anexo 7, se les otorgarán quince (15) puntos. Aquellos proponentes que no diligencien, que diligencien de manera incompleta (es decir que no presenten la totalidad de las fichas del Anexo 7), se les otorgará cero (0) puntos.

[...]

3.2.2. VISITA.

[...] El departamento del Atlántico realizará una visita al sitio de obra, cuya asistencia equivaldrá a quince (15) puntos dentro de la calificación de los elementos de calidad.

[...]

3.3. EVALUACIÓN DEL PRECIO DE LA OFERTA

La evaluación económica de las propuestas se realizará el día de la Audiencia Pública de adjudicación y se efectuará sobre el Formulario No 1 'Listas de Cantidades y precios diligenciado y aportado por cada uno de los proponentes, el cual deberá acompañarse de una copia en medio magnético. En el evento en que no se presente el formulario en



medio magnético, el Departamento del Atlántico podrá solicitarlo y el proponente deberá allegarlo.

[...]

3.3.2 CALIFICACIÓN ECONÓMICA.

Se aplicará el siguiente procedimiento de calificación económica a las propuestas hábiles:

a) el Departamento del Atlántico verificará que las ofertas económicas no contengan errores aritméticos y si es procedente, efectuará la rectificación de los errores que encuentre de la siguiente manera:

[...]

b) Las propuestas hábiles cuyo valor total corregido esté por fuera del rango comprendido entre \$9.534.454.175 y \$10.036.267.555 serán rechazadas.

c) Se eliminarán las propuestas que presenten uno o varios ítems cuyo precio unitario esté por encima del 10% del precio unitario previsto en el Presupuesto de Cbra del Departamento. La comparación se hará a costo total del valor unitario de cada ítem (es decir, incluyendo el AIU).

d) Para la determinación de los puntajes económicos de las diferentes propuestas se seguirá el siguiente procedimiento:

Teniendo en cuenta los decimales de la Tasa Representativa del Mercado (TRM) para el dólar fijada y publicada por la Superintendencia Financiera que rija para el día de la audiencia pública de adjudicación, esto es, aquella establecida al cierre de las bolsas, como consecuencia de las operaciones del día hábil anterior, se determinará la fórmula a aplicar, según como se muestra a continuación:

Decimales TRM	Formula a aplicar
Entre 00 y 33	Propuesta económica
Entre 34 y 66	Media Geométrica
Entre 67 y 99	Media geométrica ajustada

En el evento en que la Audiencia Pública de adjudicación se posponga el mismo día de su celebración, la TRM que se tendrá en cuenta para la determinación de la fórmula será la de la fecha inicialmente establecida para dicha audiencia.

3.3.2.1. FÓRMULA DE LA PROPUESTA ECONÓMICA DE MENOR VALOR

Se otorgará 70 puntos a la propuesta económica de menor valor. Las demás propuestas de este grupo recibirán 5 puntos menos que la anterior, en la medida que su valor se aleje de la propuesta de menor valor, en forma consecutiva hasta llegar a un puntaje mínimo de 5 puntos, el cual será signado al resto de participantes hábiles. Si se presenta dos o más propuesta económicas de igual valor, se les asignará el mismo puntaje.

[...]

3.4. CRITERIOS DE DESEMPATE. En caso de presentarse empate en la ponderación definitiva, se aplicarán los siguientes criterios para dirimirlo, en el orden enunciado a continuación:

- Se seleccionará la propuesta de menor valor; si persiste el empate:



- Se seleccionará la propuesta que haya acreditado la experiencia solicitada con el menor número de contratos; si persiste el empate:
- Se seleccionará la propuesta que haya acreditado la mayor experiencia en el criterio 2 definido en el anexo 4; si persiste el empate:
- Se seleccionará la propuesta que haya acreditado la mayor experiencia en el criterio 1 definido en el anexo 4; si persiste el empate:
- La selección se realizará por sorteo.

[...] **ANEXO 4. CONDICIONES ESPECIALES**

2.2. Verificación de la experiencia específica como requisito habilitante

Para efectos de la verificación de experiencia como requisito habilitante, el proponente podrá relacionar máximo cuatro (4) contratos liquidados en los últimos quince (15) años con corte a la fecha de cierre de la licitación, los cuales deberán cumplir, de manera individual o conjunta, los siguientes criterios:

1. El proponente deberá demostrar experiencia específica en la ampliación, optimización, renovación, rehabilitación o construcción de sistemas de acueducto y/o alcantarillado.
2. La sumatoria de los contratos relacionados será en salarios mínimos mensuales legales vigentes SMMLV y deberá ser como mínimo una (1) vez el presupuesto oficial.
3. Dentro de los contratos señalados se deberá relacionar por lo menos un (1) contrato cuyo valor ejecutado sea igual o superior al 40% del presupuesto oficial expresado en SMMLV. Para el caso de consorcios o uniones temporales, por lo menos uno (1) de los integrantes deberá cumplir esta condición.
4. En caso de unión temporal o consorcio si alguno de los integrantes realizare un aporte en el total de experiencia específica exigida en el criterio 2 superior al 50%, este deberá tener como mínimo un porcentaje de participación en la unión temporal o consorcio igual o superior al 30%. Cada uno de los integrantes debe acreditar experiencia en alguno de los dos (2) criterios estipulados en este anexo.

Componente de experiencia

En todo caso, mediante el conjunto de los contratos que relacione el proponente (1, 2, 3, o 4 contratos), este deberá demostrar que ha construido los componentes, de acuerdo con las exigencias mostradas en la siguiente tabla:

COMPONENTE	SE EXIGE PARA LA PRESENTE LICITACIÓN	CRITERIO A EXIGIR	
		EXPERIENCIA A DEMOSTRAR	CAPACIDAD COMPONENTE DEL PROYECTO
Instalación tubería para colectores y redes de recolección de alcantarillado	Sí	El proponente deberá demostrar que ha instalado por lo menos 28.600 metros lineales en diámetro igual o mayor a 8" (200 mm) en sistemas de Alcantarillado Sanitario, pluvial y/o combinado (criterio 1), dentro de los cuales debe acreditar por lo menos 1.100 metros de tubería mayor o igual a 24" (criterio 2)	El proponente deberá demostrar la instalación de los metros de tubería indicados en tubería de concreto, gres GRP, o PVC en sistemas de Alcantarillado.



5.2. En el término oportuno, el Consorcio Nifacón⁴² y Valorcón S.A.⁴³ adquirieron los pliegos y presentaron oportunamente sus propuestas —el contenido de las ofertas será exhibido en el momento oportuno y solo si a ello hay lugar—. Por ahora basta decir que, para acreditar la experiencia específica como requisito habilitante, el primero aportó dos (2) contratos⁴⁴, mientras el segundo presentó solo uno (1)⁴⁵, en el que actuó como cesionario.

5.3. El 24 de diciembre de 2009⁴⁶, se inició la audiencia pública de adjudicación, con la presencia únicamente de los representantes de 4 de las 14 firmas participantes: el Consorcio Nifacón, Valorcón S.A, la Unión Temporal FG-NML y el Consorcio Redes Malambo. En dicha audiencia, se efectuaron las siguientes actuaciones relevantes:

5.3.1. El secretario con funciones de gobernador del Atlántico, que presidió la audiencia, realizó un resumen del proceso licitatorio, en el que informó el cronograma de la licitación, los resultados del informe de evaluación sobre los requisitos habilitantes, las observaciones recibidas al informe de evaluación y las respuestas de la administración departamental.

5.3.2. La secretaria de agua potable y saneamiento básico departamental, que actuó como interlocutora del comité evaluador en la audiencia, informó que las observaciones recibidas al informe de evaluación de los requisitos habilitantes solo fueron presentadas por el proponente NOARCO S.A y el Consorcio Nifacón. Al punto, precisó que: *i) la observación realizada por el primer oferente apuntó a que su propuesta, contrario a lo decidido en el informe, fuera considerada hábil, toda vez, que —a su juicio— el valor de los contratos aportados era igual o superior el 40% del presupuesto oficial. Información que verificada por el comité, en efecto, fue reconsiderada y, por consiguiente, se declaró que dicha propuesta era hábil. ii) En cuanto a la observación presentada por el segundo adujo que esta estuvo relacionada “con la evaluación económica de la propuesta presentada por Valorcón S.A y que esta evaluación correspondía hacerla el día de la audiencia de adjudicación, por lo que una vez se pasara a la evaluación económica se daría respuesta a esta observación”*. En tales condiciones, recordó que todas las firmas que participaron en la licitación resultaron habilitadas y, por ello, resultaba procedente realizar la evaluación técnica y económica a cada una de las propuestas presentadas por estas. Los asistentes a la audiencia no presentaron observación o comentario alguno sobre las respuestas dadas por la administración.

5.3.3. La secretaria de agua potable y saneamiento básico presentó los resultados de la evaluación técnica y económica, de la siguiente manera:

⁴² Cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁴³ Cuaderno 3 (propuesta presentada por Valorcón S.A.).

⁴⁴ Folios 154 a 207 del cuaderno 2.

⁴⁵ Folios 37 a 115 del cuaderno 3.

⁴⁶ Folios 181 a 185 del cuaderno 1.



“El Dr. Amín inicialmente presentó un resumen del proceso licitatorio informando el cronograma de la licitación, número de propuestas recibidas, resultados consignados en el Informe de Evaluación, observaciones recibidas al Informe de Evaluación y respuestas de la Administración Departamental a las observaciones recibidas.

[...]

La Ing. Katia Mercado R. presentó a los asistentes los resultados de la evaluación económica de las propuestas, informando que ésta se realizó considerando lo establecido en el numeral 3.3 del Pliego de Condiciones, de lo cual se anotó lo siguiente:

- Se presentó la evaluación económica de las propuestas económicas de los proponentes indicando la forma como se llevó a cabo.
- De la evaluación económica se informó que la única propuesta que había tenido corrección aritmética fue la de la Unión Temporal Redes Atlántico, ya que en su propuesta económica los valores unitarios presentados tenían decimales, por lo que se procedió a ajustar dichos valores unitarios de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones.
- Se presentó el cuadro resumen que indica el valor presentado por los proponentes y los valores corregidos dentro de la evaluación económica como muestra a continuación:

RESUMEN DE PROPUESTAS ECONÓMICAS CORREGIDAS Y AJUSTADAS

PROPONENTE	VALOR PRESENTADO	VALOR CORREGIDO AJUSTADO	DIFERENCIA VALOR PRESENTADO VALOR CORREGIDO
VALORES Y CONTRATOS S.A.	9.534.454.175,00	9.534.454.175,00	0,00
CONSORCIO AGUAS DEL ATLÁNTICO LP011	9.659.922.352,00	9.659.922.352,00	0,00
UNIÓN TEMPORAL CFG-NML	9.703.064.809,00	9.703.064.809,00	0,00
CONSORCIO NIFACÓN	9.534.454.175,00	9.534.454.175,00	0,00
NOARCO	9.700.049.386,00	9.700.049.386,00	0,00
CONSORCIO ATLÁNTICO 011	9.673.825.368,20	9.673.825.368,20	-0,20
CONSORCIO REDES MALAMBO 2009	9.655.121.184,00	9.655.121.184,00	0,00
CONSORCIO INFRAESTRUCTURA REDES II	9.720.122.548,00	9.720.122.548,00	0,00
UNIÓN TEMPORAL REDES ATLÁNTICO	9.664.925.839,00	9.664.935.843,00	10.004,00
UNIÓN TEMPORAL AGUAS CLARAS	9.675.247.131,00	9.675.247.131,00	0,00
CONSORCIO MALAMBO	9.685.155.655,00	9.685.155.655,00	0,00



UNIÓN TEMPORAL VRCT 6	9.644.906.430,00	9.644.906.430,00	0,00
CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO ATLÁNTICO 2009	9.686.052.293,00	9.686.052.293,00	0,00
CONSORCIO REDES ATLÁNTICO	9.667.226.742,00	9.667.226.742,00	0,00
PRESUPUESTO OFICIAL		10.036.267.555,00	

[...] la Dra. Loretta informa que de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones la propuesta que tiene el menor valor se le asignan 70 puntos por lo que en este caso a las dos propuestas presentadas por los proponentes Valores y Contratos S.A. y Consorcio Nifacón se le asignaron 70 puntos. A los demás proponentes se le asignaron [sic] puntaje menor de cinco (5) puntos. Por lo anteriormente expuesto, el resultado de la calificación técnica y económica de las propuestas presentadas en la licitación se indicó como se muestra en el siguiente cuadro:

Proponente	Valor presentado	Valor corregido ajustado	Calificación técnica	Calificación económica	Calificación total
CONSORCIO NIFACÓN	9.534.454.175,00	9.534.454.175,00	30	70	100
VALORES Y CONTRATOS S.A.	9.534.454.175,00	9.534.454.175,00	30	70	100
UNIÓN TEMPORAL VRCT 6	9.644.906.430,00	9.644.906.430,00	30	65	95
CONSORCIO REDES MALAMBO 2009	9.655.121.184,00	9.655.121.184,00	30	60	90
CONSORCIO AGUAS DEL ATLÁNTICO LP011	9.659.922.352,00	9.659.922.352,00	30	55	85
UNIÓN TEMPORAL REDES ATLÁNTICO	9.664.925.839,00	9.664.935.843,00	30	50	80
CONSORCIO REDES ATLÁNTICO 011	9.667.226.742,00	9.667.226.742,00	30	45	75
CONSORCIO ATLÁNTICO 011	9.673.825.368,20	9.673.825.368,00	30	40	70
UNIÓN TEMPORAL AGUAS CLARAS	9.675.247.131,00	9.675.247.131,00	30	35	65
CONSORCIO MALAMBO	9.685.055.655,00	9.685.055.655,00	30	30	60
CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO ATLÁNTICO 2009	9.686.052.293,00	9.686.052.293,00	30	25	55
NOARCO	9.700.049.386,00	9.700.049.386,00	30	20	50
UNIÓN TEMPORAL CFG-NML	9.703.064.809,00	9.703.064.809,00	30	15	45
CONSORCIO INFRAESTRUCTURA DE REDES II	9.720.122.548,00	9.720.122.548,00	30	10	40
PRESUPUESTO OFICIAL		10.036.267.555,00			

5.3.4. De conformidad con lo anterior, la secretaria de agua potable y saneamiento básico informó que en el proceso licitatorio de la referencia existía un empate en el primer puesto entre el Consorcio Nifacón y Valorcón S.A., pues ambas firmas obtuvieron 100 puntos en la sumatoria de los resultados de las evaluaciones técnicas y económicas. Por consiguiente, estimó necesario



aplicar los criterios de desempate contenidos en el numeral 3.2. del pliego, cuyo primer criterio de desempate era *“la selección de la oferta de menor valor”*. Sin embargo, como en el caso bajo análisis ambas propuestas tenían el mismo valor, se debía optar por el segundo criterio, atinente a *“seleccionar la oferta que haya acreditado la experiencia solicitada en el menor número de contratos”*.

5.3.5. Sobre el particular, el secretario con funciones de gobernador del Atlántico manifestó que aun cuando, *prima facie*, aparecía claro que Valorcón S.A. presentó un solo contrato para acreditar la experiencia solicitada, mientras el consorcio Nifacón presentó dos contratos, era procedente suspender la audiencia con el fin de evaluar minuciosamente los criterios de desempate de los proponentes.

5.4. El 29 de diciembre de 2009⁴⁷, se reanudó la audiencia pública de adjudicación, con la presencia únicamente de los representantes del Consorcio Nifacón y de Valorcón S.A. En la audiencia se realizaron las siguientes actuaciones relevantes:

5.4.1. El secretario con funciones de gobernador del Atlántico informó a los asistentes el estado en el cual quedó la audiencia al ser suspendida. Luego, procedió a darles la palabra a los representantes de los proponentes empatados.

5.4.2. El representante del Consorcio Nifacón informó que *“en horas de la mañana radicó observaciones al proceso licitatorio, las cuales contienen elementos jurídicos y argumentos de fondo que deben ser considerados por la administración”*. Específicamente, arguyó que Valorcón S.A., al presentar su oferta, incurrió en algunos yerros que conllevan la inhabilidad de su propuesta. Al punto, manifestó que dicha sociedad con el fin de *“acreditar la experiencia específica adjuntó el contrato 012 del Fideicomiso Fidugan el cual fue firmado por Gercón Ltda. y no por la firma Valorcón S.A”*, y aun cuando no discutía que ese contrato fue cedido, lo cierto es que en la propuesta presentada no aparecía *“el documento de cesión ni el periodo de ejecución para saber desde qué momento se asumió la ejecución y responsabilidades de Valorcón S.A”*. En tales condiciones, concluyó que *“el proponente Valorcón S.A al hacer suya la totalidad de la experiencia incurrió en falta de información veraz”*, por lo que solicitó que, según el principio de la selección objetiva, la propuesta debía ser rechazada de acuerdo con el literal e) del numeral 1.17.5 del pliego de condiciones.

5.4.3. El representante de la firma Valorcón S.A. adujo que *“el contrato 12 le fue cedido, por lo que este asume toda la responsabilidad del contrato”*, y que si *“la entidad tenía dudas debió solicitar acreditación”*.

5.4.4. Ante la controversia surgida y luego de oír algunas nuevas intervenciones de los proponentes y de la veeduría, el secretario con

⁴⁷ Folios 185 a 188 del cuaderno 1.



funciones de gobernador del Atlántico decidió suspender la audiencia con el siguiente propósito: *“verificar el tema de la cesión [...] y con ello buscar los fines esenciales de la contratación de manera que se cumpla con la selección objetiva del contratista en los mejores términos”*. Para tal fin, requirió a Valorcón S.A. para que allegara la información completa de la cesión del contrato.

5.5. El 31 de diciembre de 2009⁴⁸, se reanudó la audiencia de adjudicación. Sin embargo, el secretario con funciones de gobernador del Atlántico decidió suspenderla nuevamente. Como motivo, adujo lo siguiente: *“debido a que el tiempo y las condiciones de fin de año no permiten estudiar la documentación aportada por los participantes en debida forma”*. Agregó que solicitaría el acompañamiento de los entes de control en la próxima audiencia.

5.6. El 7 de enero de 2010⁴⁹, la secretaria de agua potable y saneamiento básico del departamento, mediante oficio SAPSB18, solicitó a Valorcón S.A. que allegara *“copia de los siguientes documentos relacionados con el contrato de obra civil No. 012 suscrito el 14 de enero de 2000 entre el Fideicomiso Fidugán – Triple A – Plan de Inversiones 1999-2002 y la sociedad Gercón Ltda., el cual fue cedido a la firma Valorcón S.A.: i) Documento de autorización de la cesión del contrato; ii) Actas parciales de obra suscrita durante la ejecución del contrato”*.

5.7. El 25 de enero de 2010⁵⁰, una vez se recibieron los documentos que le habían sido requeridos a Valorcón S.A.⁵¹, se reinició la audiencia pública de adjudicación, con la presencia únicamente de los representantes del Consorcio Nifacón y de Valorcón S.A. En la audiencia se realizaron las siguientes actuaciones relevantes:

5.7.1. El secretario con funciones de gobernador del Atlántico concedió la palabra a los representantes de las firmas mencionadas, para que hicieran *“una síntesis de sus posiciones expresadas en las últimas comunicaciones en presencia de los miembros de la administración departamental, funcionarios de la procuraduría, veeduría y de todos los presentes”*.

5.7.2. El representante del Consorcio Nifacón reiteró que en —en su concepto— la oferta presentada por Valorcón S.A. debía ser declarada inhábil, pues dicha firma, para acreditar la experiencia específica requerida en los pliegos, aportó, únicamente, el contrato núm. 012 de obra civil suscrito entre la Fiduciaria Fidugán Triple A Plan de Inversiones 1999-2004 y la sociedad mercantil Gercón Ltda., el cual fue cedido a Valorcón S.A.; firma que se hizo suya, como experiencia específica en obra para efectos de la licitación de la referencia, la totalidad del precio del contrato núm., 012. Sin embargo, aclaró, con base en los documentos allegados, que el contrato núm. 012 había sido suscrito entre el mencionado Fideicomiso y Gercón Ltda. el día 14 de enero de

⁴⁸ Folios 189 a 190 del cuaderno 1.

⁴⁹ Folio 201 del cuaderno 1.

⁵⁰ Folios 190 a 200 del cuaderno 1.

⁵¹ Folios 54 a 73 del cuaderno 1.



2000, mientras que Valorcón S.A. tan solo vino a suscribir con Gercón Ltda. el correspondiente contrato de cesión sobre el contrato 012 hasta el día 15 de enero de 2002. Así que, para el momento en que Valorcón S.A. entró a ejecutar el contrato núm. 012 ya habían transcurrido dos años de ejecución que no fueron realizados por la mencionada sociedad mercantil. Como consecuencia de lo anterior, precisó, de acuerdo a las actas del contrato, que mientras Gercón Ltda. durante el tiempo que fue parte dentro del contrato núm. 012 ejecutó \$6.949'258.694, Valorcón S.A. tan solo pudo ejecutar \$6.287'254.471; situación que *“no llena los requisitos exigidos en el pliego de condiciones que dice que el valor de la obra ejecutada sea equivalente al presupuesto oficial que es de \$10.036 millones por lo que haría falta unos \$4 mil millones, adicionalmente el pliego exigía la instalación de 28,600 metro lineales de instalación de tubería y en las mismas actas se indica que Valorcón S.A. ejecutó aproximadamente 19.00 metros lineales, poniendo de manifiesto el incumplimiento de este requisito”*.

5.7.3. El representante de la firma Valorcón S.A adujo, en respuesta a la intervención de su oponente que: *“los pliegos no establecen ningún tipo de formula para acreditar la experiencia de los contratos cedidos, pero en el numeral 2.2, en la adenda No. 1 establecieron: que para el caso de subcontratos, se deberá presentar la autorización de la entidad contratante donde autoriza la subcontratación de las obras [...]. En este caso, la experiencia se acreditará tanto al contratista como el subcontratista que ejecutó la obra, siempre y cuando estos no se presenten en forma conjunta”*. Entonces, por aplicación análoga en el caso que nos ocupa, la experiencia del contrato núm. 012, debería otorgarse totalmente al cesionario, es decir, a Valorcón S.A.

5.7.4. Ante la controversia surgida y luego de escuchar tanto las intervenciones de los funcionarios de la administración que participaron en el proceso de selección, como la réplica de los representantes de los proponentes, el secretario con funciones de gobernador del Atlántico concluyó que, comoquiera que en la licitación de la referencia no estaba *“claramente establecido el tema de la cesión de los contratos en tratándose de la experiencia, no se puede tomar una decisión con base en los pliegos, [además que como] el artículo 895 del Código de Comercio no resuelve lo relativo a la transferencia de la experiencia [tampoco se puede aplicar], en tales condiciones la administración departamental declara desierta la licitación y en consecuencia notificará por estrado esa decisión y expedirá el acto administrativo correspondiente para esto [...]*”.

5.8. El 25 de enero de 2010⁵², el secretario con funciones de gobernador del Atlántico expidió, dentro de la audiencia de adjudicación, la Resolución núm. 007, por medio de la que declaró *“desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009 [...] al no poder adelantar una selección objetiva”*.

⁵² Folios 44 a 46 del cuaderno 1.



VI. RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

6.1. La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha establecido, de antaño y de manera uniforme⁵³, que en el evento en el cual la parte accionante pretenda obtener tanto la declaración de nulidad del acto de adjudicación, como la indemnización de los perjuicios causados por haber sido privado del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección, le corresponde, si quiere salir avante en sus pretensiones de condena, cumplir una doble carga procesal: *i)* demostrar los cargos de ilegalidad formulados en contra de los actos administrativos acusado y *ii)* probar que su propuesta se ajustaba en todo a los requisitos establecidos en los términos de referencia y, asimismo, que el ofrecimiento era el mejor para los intereses de la entidad pública.

Sobre la legalidad del acto administrativo que declaró desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009

6.2. La parte accionante pretende, en el caso *sub lite*, que se anule la referida resolución núm. 007 de 2010, ya que —en su concepto— esta fue expedida con falsa motivación. En lo relativo a la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, esta Subsección⁵⁴, de tiempo atrás, ha precisado que:

“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que [...] se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública. [...] Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”. (Subrayado propio).

Específicamente, adujo la actora que, contrario a lo expresado por el licitador como fundamento del acto impugnado, este sí podía adelantar una selección objetiva, pues tanto los pliegos como la normativa aplicable a la licitación pública objeto de análisis —artículo 895 del Código de Comercio (CCo)— establecían que, en la figura de la

⁵³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, exp. 8071; sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. 13355; sentencia del 26 de abril de 2006 exp. 16041; sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 17783; sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 13206; sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 19.056.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de marzo de 2013, expediente 22.523.



cesión de contratos, la experiencia adquirida por un cedente no se transfiere totalmente al cesionario y, por tanto, la oferta presentada por Valorcón S.A. resultaba inhábil, pues no cumplía con el mínimo de experiencia específica referida. En tales condiciones, el contrato derivado de dicho proceso debió ser adjudicado al Consorcio Nifacón.

6.3. El estudio de este cargo remite a la preceptiva del artículo 5º de la Ley 1159 de 2007 —que derogó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993— y que dispone: “*es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”. Vale decir, que el proceso licitatorio se pone en marcha con el objeto de celebrar un contrato, con quien presente la propuesta más favorable a la Administración, pues así lo demanda el *deber de selección objetiva*⁵⁵; deber que, atendiendo a su *ratio legis*⁵⁶, se desprendía de los artículos 24.7 y 30.11 de la Ley 80 de 1993⁵⁷, y fue concretado con el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, referido anteriormente. La Sección ha considerado que la norma en comento constituye *una regla compulsoria*, que rige el procedimiento licitatorio⁵⁸.

Pese a que, en razón a lo anterior, los procesos licitatorios deben culminar con la selección de una propuesta, bajo circunstancias excepcionales que trunquen o imposibiliten la selección objetiva, es procedente la declaración de desierta; decisión que —según el artículo 25.18 de la Ley 80 de 1993— “*únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión*”.

La declaración de desierta es así una excepción a la regla compulsoria de selección objetiva, que gobierna el proceso administrativo de adjudicación, que, por tanto, procede únicamente bajo circunstancias excepcionales. A diferencia del Decreto-ley

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 1996, exp. 10483.

⁵⁶ «*En la exposición de motivos del Proyecto de Ley 149 de 1992 presentado por el Ministro de Obras Públicas, que se convirtió en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), se explicó que la medida de declaratoria de desierta de la licitación o concurso “únicamente procederá por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, como cuando ninguno de los proponentes cumple los requisitos y exigencias contemplados en el respectivo pliego de condiciones, de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido”*». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 18293.

⁵⁷ “*Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: [...] 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: [...] 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia. [...] Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...] 11. [Derogado mediante artículo 32 de la Ley 1150 de 2007]. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario*”.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 18293.



222 de 1983, que en su artículo 42⁵⁹ preveía cinco supuestos en los cuales debía declararse desierta la licitación, la Ley 80 de 1993 no especificó unos supuestos de la declaración de desierta de la licitación pública, pero sí prescribió que en los pliegos de condiciones se definirían reglas objetivas, justas, claras y completas que evitaran la declaración de desierta de la licitación o concurso (artículo 24.5.b) y, en línea con la jurisprudencia, estableció que el acto de declaración de desierta se motivaría con exposición expresa, detallada y precisa de las razones que imposibilitaron la selección objetiva (artículo 24.7 y .8).

Por supuesto, la selección objetiva de la oferta más favorable a los fines de la entidad excluye cualquier tipo de consideraciones subjetivas. Atendiendo a la proscripción de tales consideraciones, la adjudicación, como todo juicio jurídico objetivo, debe pues basarse en dos elementos: *i)* las normas generales o concretas —como las que exigen experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc.⁶⁰— aplicadas a *ii)* los hechos acreditados en el proceso administrativo licitatorio. Tales normas jurídicas pueden revestir la forma de reglas o principios, según su estructura lógica y, en concreto, al carácter abierto o cerrado del supuesto fáctico⁶¹.

En línea con lo anterior, esta Subsección ha precisado⁶² que en el evento en que las reglas contenidas en los pliegos adolezcan de falencias por vacíos —como en el presente asunto— el operador jurídico ha de remitirse a los principios generales del derecho (público y privado) y a los de la función administrativa, atendiendo a la finalidad del pliego y la protección del interés general; todo ello, al tenor de lo prescrito

⁵⁹ "Artículo 42. El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos: || 1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación. || 2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias. || 3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación. || 4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso. || 5. Cuando, a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante. || En los casos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada".

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercer, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715.

⁶¹ "Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. || Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. || Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas". CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447, fundamento jurídico No. 2.2.1.

⁶² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 25642.



por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993⁶³. Los principios, como fundamento de la adjudicación, cobran así un relieve sobresaliente cuando el adjudicador se enfrente a conceptos jurídicos indeterminados⁶⁴. De esta forma, a través de una labor hermenéutica, se halla la *ratio* de la decisión del adjudicador en el ordenamiento jurídico, el cual tiene un carácter completo, como presupuesto lógico de la proscripción del *non liquet*.

6.4. Ahora bien, en este proceso se probó que la gobernación del Atlántico sustentó el acto administrativo contenido en la resolución núm. 007 de 2010⁶⁵, que declaró desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009, con la consideración de la inviabilidad de la selección objetiva, debido a que era imposible resolver si Valorcón S.A., en efecto, cumplía con la experiencia mínima requerida en la licitación como criterio habilitante, pues ni los pliegos ni la normativa general aplicable al caso establecían, de manera clara, si en los contratos de cesión —como el aportado por dicha firma⁶⁶— la experiencia adquirida previamente por el cedente se transfería al cesionario o, si por el contrario, esta era intransferible⁶⁷.

6.5. En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si, en este asunto, los pliegos, la normativa aplicable a la licitación pública objeto de análisis y, por último, los principios de la contratación pública y, específicamente, el de selección objetiva, permitían establecer la forma de acreditar la transferencia de experiencia en la cesión de los contratos estatales y si, con ello, la administración departamental podía adelantar en debida forma una selección objetiva del contratista, para finalmente concluir si la decisión que declaró desierta la licitación se expidió bajo una falsa motivación.

6.5.1. En primer lugar, se observa que el documento que recogía los pliegos de condiciones⁶⁸ de la licitación pública bajo estudio reguló, entre otros aspectos, lo

⁶³ LEY 80 DE 1993. "Artículo 23. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo".

⁶⁴ «En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo en relación con los actos administrativos señala que "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa" (se subraya). || La Corte Constitucional en el examen de esa proporcionalidad insiste en la prudencia y mesura que deben tener las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que cuando se encuentran frente a uno de ellos, están obligadas a adoptar la solución más acorde con la ley, con el fin de evitar una arbitrariedad. Distingue ésta de la discrecionalidad, en tanto que "lo discrecional, para que sea legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables", toda vez, que las decisiones sin motivación respetable pueden ser el fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 20 de febrero de 2003, exp. 14107; y del 29 de mayo de 2003, exp. 14462.

⁶⁵ Apartados 5.8.

⁶⁶ Apartados 5.2.

⁶⁷ Apartados 5.3, 5.4, 5.5 y 5.7.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de julio de 2021, expediente 51910. La jurisprudencia emitida por esta Subsección ha definido que los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza jurídica; antes de la adjudicación del contrato constituyen un acto administrativo de carácter general y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes que acuden al proceso. Sin embargo, una vez celebrado el contrato, lo dispuesto en el pliego se convierte en el marco jurídico que determina el contenido y



“relacionado con las condiciones de experiencia objeto de verificación como requisito habilitante”⁶⁹. Pero nada se dijo sobre la forma en que se debía verificar la experiencia específica de un oferente con un contrato cedido. Y si bien, los mismos pliegos regularon la acreditación de la experiencia en la subcontratación⁷⁰, esta figura difiere en sus efectos de la cesión de los contratos.

6.5.2. No obstante, el derecho mercantil colombiano —aplicable conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁷¹— regula, con carácter general, los efectos de la cesión de la posición contractual. Según el artículo 887 del CCo⁷², la cesión del contrato consiste en que un tercero, llamado cesionario, sustituye, en todo o en parte, a un contratante, denominado cedente, en una relación contractual. A través de esta figura, el cesionario asume la misma posición en la que se encontraba el contratante cedente y este —en los casos de cesión total del contrato— queda, a su vez, liberado respecto del contrato cedido, salvo pacto en contrario⁷³⁻⁷⁴. Además, el

alcance del negocio jurídico acordado. // Ahora bien, conforme a la normativa contractual, la administración cuenta con autonomía para establecer los criterios de evaluación y adjudicación en los procesos de contratación —siempre y cuando no se establezcan reglas caprichosas que desconozcan las normas de orden público—, y para ello deben tomar fundamento en el principio de la proporcionalidad, como instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la administración, y que tiene necesaria presencia en todo el ámbito de aplicación de la actividad estatal y particularmente en el contexto de la contratación estatal”.

⁶⁹ Apartado 5.1 (Clausula 2.2. y Anexo 4).

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, expediente 23088. “Este negocio jurídico supone la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el sub contratista o tercero “sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado”. // Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal – contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80”.

⁷¹ “Artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

⁷² CÓDIGO DE COMERCIO “Artículo 887. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. // la misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aun no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.

⁷³ CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 893. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor”.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, expediente 50130. “En lo que concierne a los efectos de la cesión respecto del otro extremo del contrato cedido, es importante mencionar que, si bien en los contratos regidos por el derecho privado la regla general es que, salvo pacto en contrario, pueden cederse sin autorización del contratante cedido⁷⁴, cuando se ceden contratos intuitu personae sí requieren de su aquiescencia, condición que se le aplica a los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, pues éstos se celebran bajo esa misma consideración, en tanto que, por los fines propios del contrato estatal, quien ostente la calidad de contratista debe ser idóneo en atención a sus calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras, condiciones que deben mantenerse tanto para el cedente como para el cesionario que



artículo 895 del CCo —invocado por el consorcio demandante en este proceso así como en la licitación pública— establece que *“la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”* (énfasis añadido).

Al regular la cesión de la posición contractual, el artículo 895 del CCo se refiere a unos elementos naturales y a unas condiciones del *contrato cedido*, a los cuales son inherentes unas acciones, privilegios y beneficios legales. De acuerdo con el artículo 1501 del CC, *“[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”* (subrayado fuera del texto original).

La concurrencia de los elementos de la esencia del contrato es el requisito mínimo para su existencia como negocio jurídico y, en el plano de la cesión de posición contractual, son los supuestos mínimos de la existencia del objeto de este último negocio jurídico (en cuanto, un negocio jurídico es el objeto de un segundo negocio jurídico). Hay, además, otros elementos que forman parte del *contrato cedido*, por disposición del legislador o por acuerdo de partes. De ellos se derivan unos derechos, que implican unas obligaciones de la contraparte, exigibles a través de acciones. Las acciones son así, elementos inherentes a la naturaleza y a las condiciones del contrato cedido, ya que están unidos entre sí por su naturaleza, de forma tal que no pueden separarse.

En línea con la disposición en comento, y para examinar el problema que se planteó la administración demandada en función de los argumentos que le presentó Valorcón S.A. dentro del proceso licitatorio, necesario es preguntar, si la experiencia que, por la ejecución del contrato, permite al contratista postularse en una licitación pública, es un privilegio o un beneficio inherente a los elementos naturales y a las condiciones del contrato.

Al punto, necesario es advertir que la experiencia acreditable de un contrato de obra no es más que un valor agregado para el contratista en consideración al registro documentado del hecho de haberlo ejecutado, es decir, de haber cumplido las obligaciones pactadas, asunto que alude a un *estado* adquirido por el contratante en función de la real ejecución que han hecho del contrato. La experiencia predicada de un sujeto comprende unas competencias o habilidades que este obtuvo, como consecuencia de la ejecución del contrato y, en este caso en particular, de unas obras definidas, por lo que este análisis no puede detenerse en la semántica pura

lo sustituye; por ello, en estos casos la cesión solo producirá efectos respecto de la entidad pública en tanto medie su autorización expresa. En ese sentido, el inciso tercero del artículo 41 de esa ley prevé que “[l]os contratos estatales son intuito [sic] personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.



de la primera parte del artículo 895 del Cco, y que por el contrario remite a aquella en la que prescribe que la cesión “*no transfiere los beneficios que se funden en la calidad o estado de la persona de los contratantes*” (énfasis añadido).

6.5.3. Con todo, ese análisis, fundado en la exégesis del artículo 895 Cco., no basta para la resolución del problema que se le ha propuesto por el recurrente a la Jurisdicción. Al punto viene necesario considerar la teleología de la relación contractual, teleología que inspira transversalmente toda la normativa de la contratación pública, y que para el caso ha sido tomada en consideración por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, referido anteriormente⁷⁵, como elemento determinante de la objetividad de la selección. Esa teleología, a su vez, debe orientar la hermenéutica de la normativa rectora del procedimiento de contratación, pues así lo prescribe expresamente el artículo 28 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, resulta imposible soslayar el hecho de que la experiencia acreditada en el proceso licitatorio en cuestión era demandada a los proponentes con un fin que era otro que el de verificar, como condición habilitante, la mayor aptitud para la ejecución de la relación contractual en proceso de formación⁷⁶. Bajo esta perspectiva, la ejecución de obras pretéritas se revela como un aspecto inherente a la persona que lo ejecutó, ya que es en virtud de esa ejecución que ella obtiene las habilidades y competencias que le califican como sujeto más hábil para ejecutar el objeto del contrato licitado.

Así las cosas, una interpretación conjunta de los principios de la contratación pública en la licitación pública núm. SAPSB-011 de 2009 con las normas mercantiles sobre la cesión de la posición contractual y, particularmente, el artículo 895 del Cco en cuanto prevé que la cesión del contrato “[...] *no transfiere los [beneficios y privilegios] que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes*”⁷⁷, fuerza a concluir que la experiencia acreditable del cedente no podía apreciarse como un privilegio o beneficio que se transfiriera al cesionario. A tal interpretación, que atiende al deber de selección objetiva, podría haber llegado el departamento del Atlántico si —como lo manifestó en el proceso licitatorio el secretario con funciones de gobernador⁷⁸— hubiera indagado en los fines esenciales de la contratación.

6.6. En este orden de ideas, se concluye que, de acuerdo a las normas referidas aplicadas al sub *examine*, la adjudicación de la licitación pública no era imposible por la existencia de un vacío en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se encuentra acreditado que, como lo adujo la parte actora, el acto cuestionado está viciado de nulidad por falsa motivación, toda vez que las diferentes circunstancias que han quedado anotadas son suficientes para demostrar que la Gobernación del Atlántico no tenía razones objetivas para declarar desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009.

⁷⁵ Apartado. 4.1.2.

⁷⁶ Apartado 5.1 (Clausula 2.2. y Anexo 4).

⁷⁷ Apartado 5.1.

⁷⁸ Apartado 5.4.4.



De conformidad con todo lo expuesto, **esta Colegiatura revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la nulidad de la Resolución 007 del 25 de enero de 2010.**

Sobre la demostración de que el Consorcio Nifacón cumplía con todos los requisitos habilitantes y, además, presentó la oferta mas beneficiosa para la administración

6.7. Una vez demostrada la ilegalidad formulada en contra de la Resolución que declaró desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009 y encontrándose acreditado que en dicho proceso de selección se presentó un empate en el primer lugar entre el Consorcio Nifacón y Valorcón S.A.⁷⁹, procederá la Sala a analizar si: *i)* como lo adujo aquella en este proceso, la propuesta presentada por Valorcón S.A. debió ser rechazada, porque el valor del contrato con el que dicha sociedad pretendió acreditar la experiencia no superaba el presupuesto oficial; *ii)* la oferta presentada por el consorcio demandante cumplía con la totalidad de los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos; y *iii)* el Consorcio Nifacón debió ser el adjudicatario del contrato derivado de la licitación SAPSB-011 de 2009, pues su propuesta resultaba ser la mas beneficiosa para la entidad.

6.7.1. Sobre la primera afirmación, se observa que en el numeral 2.2 y el anexo 4 del pliego de condiciones se estableció que, para efectos de la verificación de la experiencia como requisito habilitante, el oferente debía relacionar hasta cuatro (4) contratos liquidados y su sumatoria debía ser, como mínimo, del mismo monto del presupuesto oficial, so pena de rechazo⁸⁰.

Ahora bien, el presupuesto oficial de la licitación pública SAPSB-011 de 2009 era de \$10.036'267.555⁸¹, monto que para el 2009, fecha de apertura del proceso licitatorio, equivalía a 20.197,76 SMLMV. Para acreditar la experiencia requerida, Valorcón S.A. aportó un contrato que ascendía a \$13.202'746.657,68⁸², monto que, para el año 2004, cuando finalizó la ejecución contractual, correspondía a 36.879,18 SMLMV, por lo que, *prima facie*, superaba el valor exigido en los pliegos. Sin embargo, debido a que, en este asunto, la experiencia no era transmisible por la mera cesión del contrato, como lo concluyó la Sala anteriormente⁸³, no resulta válido contar la totalidad del monto del contrato presentado por Valorcón S.A., para efectos de la acreditación de su experiencia, pues esta debía ser determinada por la experiencia obtenida con la ejecución que hubiere acreditado de tal contrato, de acuerdo con el tiempo en que efectivamente el cesionario (y luego proponente) ejecutó el objeto contractual.

Pues bien, en este asunto, se encuentra probado que:

⁷⁹ Apartados 5.3.5, 5.7.4 y 5.8.

⁸⁰ Apartado 5.1 (Numeral 2.2 del pliego de condiciones y el anexo 4).

⁸¹ Folio 161 a 163 del cuaderno 1 (anexo 1 del pliego de condiciones)

⁸² Apartado 5.2.

⁸³ Apartado 4.1.4.3.



i) El 14 de enero de 2000⁸⁴, el Fideicomiso Fidugan –Triple A– Plan de inversiones 1999-2000 suscribió con la sociedad Gercón Ltda. el contrato de obra civil núm. 12, cuyo objeto consistía en «*la ejecución de obra civil por el sistema de precios unitarios de la instalaciones de redes de acueducto, colector y redes secundarias de alcantarillado de los barrios “Las Malvinas” y “El Bosque” etapa 1 incluyendo control de pérdida, instalación de redes de acueducto, colector y redes de alcantarillado del barrio “El Bosque” etapa 2 y 3 incluyendo control de pérdidas y la construcción del módulo 3 y optimización del módulo 2 correspondiente a la laguna de oxidación “El Pueblo” Etapa 1 [...]»*, siendo el precio inicial del contrato de \$7.017'694.430,65.

ii) El 15 de enero de 2002⁸⁵, Gercón Ltda. suscribió con Valorcón S.A. la cesión del contrato de obra civil referido anteriormente.

iii) El 23 de enero de 2002⁸⁶, Valorcón S.A. (cesionario del contrato) y el Fideicomiso pactaron una adición al objeto contractual y, consecuentemente, al precio del contrato, por la suma de \$4.733'349.521.

iv) El 15 de marzo de 2004⁸⁷, las partes contractuales suscribieron el acta de liquidación y recepción provisional del contrato de obra civil núm. 12, en la que se plasmó que había sido ejecutado totalmente el objeto contractual y que el costo total de la obra ascendió a \$13.292'746.657,68. Asimismo, en la cláusula segunda del acta se refirió que “*una vez transcurrido un (1) año, a partir de la firma de dicha acta, sin que exista desperfecto, anomalía, reclamación, mala calidad, etc. se procederá a realizar la recepción y liquidación definitiva*”.

v) El 15 de marzo de 2005⁸⁸, las partes contractuales suscribieron el acta de liquidación y recepción definitiva del contrato de obra civil núm. 12.

De lo anterior se desprende, pues, que la ejecución del contrato de obra civil núm. 12 corrió desde el 14 de enero de 2000 hasta el 15 de marzo de 2004, es decir, por 1522 días, y que su valor total, incluida la adición, fue de \$13.292'746.657,68, lo que equivale a un monto diario de \$8.733'735,30. Está demostrado, además, que Valorcón S.A. ejecutó el negocio jurídico referido desde el 15 de enero de 2002. Por tanto, su permanencia en obra fue de 790 días y, en consecuencia, la experiencia que podía acreditar en relación con el precio de este contrato era de \$6.899'651.677, lo que equivaldría a 19.272,77 SMLMV para el año 2004.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que el monto del contrato con el que Valorcón S.A. pretendió acreditar la experiencia requerida en los pliegos era menor al exigido, que se reitera, era el equivalente al presupuesto oficial y que ascendía a 20.197,76 SMLMV. En tales condiciones, para la Sala es claro que al licitador no le quedaba

⁸⁴ Folios 49 a 59 del cuaderno 3.

⁸⁵ Folio 54 del cuaderno 1.

⁸⁶ Folios 60 a 65 del cuaderno 3.

⁸⁷ Folios 41 a 48 del cuaderno 3.

⁸⁸ Folios 39 a 40 del cuaderno 3.



otra opción que declarar inhábil la oferta presentada por Valorcón S.A. y, en consecuencia, rechazarla de plano, de conformidad con el numeral 17.5 del pliego de condiciones. En tales condiciones, para la Sala es claro que al licitador no le quedaba otra opción que declarar inhábil la oferta presentada por Valorcón S.A. y, en consecuencia, rechazarla de plano, de conformidad con el numeral 17.5 del pliego de condiciones.

6.7.2. Empero, como se plasmó en el capítulo 2 de los pliegos de condición⁸⁹, las propuestas presentadas por los participantes solo serían evaluadas de manera técnica y económica si cumplían con ciertos requisitos habilitantes. Cuestión que obliga a este juzgador analizar si, en efecto, la oferta presentada por el Consorcio Nifacón cumplía con tales exigencias, es decir, con: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera, la capacidad organizacional y la disponibilidad y garantía de equipos.

6.7.2.1. Sobre la capacidad jurídica se observa que el consorcio actor cumplió con lo exigido, toda vez que junto con su propuesta allegó: *i)* la carta de presentación suscrita por el representante legal del consorcio⁹⁰; *ii)* los certificados de inscripción, clasificación y calificación en el RUP de cada uno de los consorciados en las materias requeridas⁹¹; *iii)* los certificados de existencia y representación de cada uno de los consorciados⁹²; *iv)* los documentos atinentes a la constitución del consorcio y los que corresponden a la naturaleza misma de cada uno de los consorciados⁹³; *v)* la garantía de seriedad de la propuesta expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.⁹⁴; *vi)* las certificaciones de cumplimiento de obligaciones con los sistemas de seguridad social y aportes parafiscales⁹⁵; y *vii)* los certificados de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría, así como como los paz y salvos de la Contraloría⁹⁶.

6.7.2.2. En lo concerniente a las condiciones de experiencia, se recuerda que para efectos de la verificación⁹⁷, el oferente debía relacionar hasta cuatro (4) contratos liquidados y su sumatoria debía ser, al menos, del mismo monto del presupuesto oficial, que ascendía a \$10.036'267.555, suma que para el 2009, momento en que se inició el proceso licitatorio, equivalía a 20.197,76 SMLMV.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se observa que el Consorcio Nifacón aportó dos (2) contratos, con el propósito de acreditar la experiencia requerida⁹⁸. El primero fue suscrito entre la Empresa de Acueductos y Alcantarillado de Bogotá y la UT Alcantarillado (integrada, entre otros, por Orlando Fajardo Castillo y Luis Gabriel Nieto Castillo, quienes posteriormente conformaron el Consorcio Nifacón),

⁸⁹ Apartado 5.1 (capítulo 2)

⁹⁰ Folios 2 a 6 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹¹ Folios 7 a 17 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹² Folios 18 a 21 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹³ Folios 22 a 29 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹⁴ Folios 30 a 34 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹⁵ Folios 35 a 37 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹⁶ Folios 38 a 44 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

⁹⁷ Apartado 6.7.1.

⁹⁸ Folios 153 a 209 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).



cuyo precio ascendió a \$17.595.820.363, monto que, para el 2005, cuando finalizó la ejecución contractual, correspondía a 46.122,73 SMLMV. El segundo contrato fue suscrito entre el departamento del Cesar y el Consorcio Nifacón Cesar 2007 (integrado por las mismas personas que se presentaron al concurso bajo análisis), cuyo precio ascendió a \$5.693.561.473,10, monto que, para el año 2008, cuando culminó la ejecución contractual, correspondía a 12.337,08 SMLMV. Los cálculos anteriores permiten concluir que la sumatoria de los contratos referidos superan a cabalidad el monto exigido en el pliego.

6.7.2.3. En lo atinente al cupo de crédito y la capacidad financiera exigida en los pliegos se entrevé que el Consorcio acreditó estos *ítems* en debida forma, toda vez que junto con la propuesta presentada allegó: *i)* la certificación expedida por el Banco BBVA, en la que acreditó que le aprobó un cupo de crédito por la suma de \$3.500.000.000 a uno de los integrantes del Consorcio⁹⁹; *ii)* la información financiera de cada uno de los consorciados¹⁰⁰, con los que se concluye que estos cumplen con los indicadores de liquidez, endeudamiento y capital de trabajo.

6.7.2.4. Respecto de la capacidad organizacional y a la disponibilidad y garantía de equipos exigida en los pliegos, se observa que el Consorcio acreditó: *i)* que sumando la capacidad residual de cada uno de los integrantes esta ascendía a 556.179,41 SMLMV¹⁰¹, monto que superaba el doble del presupuesto oficial, que se recuerda era de 20.197,76 SMLMV; y *ii)* la adquisición o renta de todos los equipos de trabajo requeridos para la plena ejecución del contrato¹⁰².

Con todo lo anterior, se concluye que el Consorcio Nifacón cumplió con todos los requisitos habilitantes exigidos en el pliego de condiciones. Por lo tanto, su oferta resultaba hábil y permitía que aquel pudiera, en caso de tener la mejor evaluación técnica y económica, ser seleccionado como el adjudicatario de la licitación bajo estudio.

6.7.3. Ahora bien, como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa, la parte actora tiene la carga de probar que su oferta, en efecto, era la mejor y más favorable para la administración; supuesto que, por regla general, se demuestra con el aporte de todas las propuestas presentadas por quienes participaron en el mismo proceso de selección¹⁰³. Tales documentos permiten al juzgador realizar un estudio integral,

⁹⁹ Folio 46 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

¹⁰⁰ Folios 48 a 152 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

¹⁰¹ Folios 210 a 212 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

¹⁰² Folios 213 a 236 del cuaderno 2 (propuesta presentada por el consorcio Nifacón).

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1994, expediente 8071: “[...] no le basta al actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración. // Demostró la parte actora, en el sub judice, este extremo? La respuesta tiene que ser negativa, ya que ningún esfuerzo hizo a ese respecto. No bastaba la nulidad del acto de adjudicación para definir que la propuesta del consorcio calificado en segundo lugar quedaba como la mejor. // Ese examen valorativo no puede ser tan simple y en eventos como el aquí estudiado le compete al juez su calificación, luego del estudio comparativo de todas las propuestas. Cuando un comité asesor, después del análisis de las distintas propuestas, establece un orden de elegibilidad, no le impone al jefe de la entidad competente para la adjudicación, la obligación de respetar dicho orden”. La tesis anterior fue reiterada por las Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005 expediente 14198, en los siguientes términos: “Finalmente, la ausencia del pliego



imparcial y juicioso de cada una de las propuestas y concluir, de acuerdo con los criterios de evaluación de cada pliego de condiciones, cuál de ellas ocuparía el primer orden de elegibilidad.

Sin embargo, esta Subsección ha considerado, así mismo, que excepcionalmente y en los casos en los que no se cuente con las propuestas para realizar una nueva evaluación en orden a determinar el mejor ofrecimiento, es posible fundarse en las evaluaciones realizadas por el contratante, respecto de aquello que, analizado en conjunto con los demás elementos de prueba, permite inferir certeramente el lugar ocupado por los distintos oferentes en el proceso y así establecer el derecho de la parte actora a la adjudicación que reclama¹⁰⁴. Este criterio ha sido reiterado por la Subsección B¹⁰⁵, mientras la Subsección A ha considerado que “*basta con acreditar la ilegalidad del acto cuestionado para que emerja la prueba del derecho conculcado al demandante, salvo que en el proceso judicial aparezca probada alguna circunstancia que impidiera adjudicar el contrato a ese proponente*”¹⁰⁶.

El derrotero jurisprudencial precedente, permite concluir que, en casos como el presente, en los que en efecto se declaró la nulidad del acto administrativo que declaró desierta una licitación pública y que, a pesar de no haberse aportado la totalidad de las ofertas, podría determinarse en sede contenciosa el orden de elegibilidad, con base en la evaluación realizada por la entidad contratante, analizada en conjunto con los demás elementos de prueba, que permitan reconstruir el trabajo de calificación realizado por el evaluador.

Esta operación de reconstrucción del análisis del evaluador, sin embargo, resulta innecesaria en los asuntos en los que únicamente hubieran sido presentadas dos (2) ofertas y una de ellas hubiera sido excluida o reevaluada judicialmente, dejando, con claridad, a la oferta del oferente en el primer orden de claridad; asuntos en los que es procedente aplicar la tesis sostenida por la Subsección A, porque, ante la

de condiciones, y de las ofertas presentadas en la licitación, también determina la imposibilidad para el juez de pronunciarse de fondo en el proceso anulando la resolución de adjudicación demandada, porque al no existir estos documentos, no es posible conocer los criterios sobre los cuales se debían evaluar las propuestas, y en general cómo se debía realizar todo el proceso de licitación”.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, expedientes 22088 y 39109 (acumulados). “[...] cabe advertir que la tesis general de la Sala, en virtud de la cual quien alega el derecho que tiene a ser indemnizado porque su oferta es la mejor en un proceso de selección debe acreditar tal circunstancia, demostrando con otra evaluación de todas las ofertas que efectivamente debió ocupar el primer lugar, tiene en este caso un matiz que necesariamente hay que aplicar, por lógico. // En efecto, cuando la misma entidad que hizo la evaluación de las ofertas es quien en el informe respectivo permite inferir este hecho, bien porque el actor ocupa el primer lugar en el proceso o porque es fácil colegirlo –como en el caso concreto–, es innecesario evaluar las demás ofertas que participaron en el proceso de contratación para llegar a esta conclusión, así que resulta inútil, desde el punto de vista probatorio, exigir pruebas adicionales y especiales, pues ésta es suficiente para desentrañar lo ocurrido, toda vez que el juez puede llegar a esa conclusión apoyado en el mismo informe de evaluación, que en el caso concreto ni siquiera es objeto de discusión acerca de la correcta aplicación que hizo de las fórmulas y criterios de evaluación previstos en el pliego de condiciones de la licitación”.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, expedientes 26903; sentencia del 5 de diciembre de 2016, expediente 35704.

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, expedientes 32434.



ausencia de ofertas competidoras, con la anulación del acto emerge la prueba del derecho conculcado por el demandante.

6.7.4. Ahora bien, en este asunto fueron presentadas catorce (14) propuestas en la licitación pública SAPSB-011¹⁰⁷. Por lo tanto, la prueba del derecho conculcado a la demandante no emerge de la mera declaración de nulidad del acto de adjudicación, de acuerdo con las consideraciones expuestas precedentemente, que solo conllevan la exclusión de una de aquellas propuestas. Resulta necesario así, una reconstrucción de la evaluación, en su integridad.

6.7.5. De acuerdo con los pliegos de condiciones de la licitación pública SAPSB-011¹⁰⁸, la evaluación tenía dos componentes, uno de los cuales tenía carácter técnico y el otro económico. En el primero de ellos se evaluaba, con una puntuación de treinta (30) puntos, la presentación del plan de trabajo y la participación en la visita de campo, correspondiéndole a cada uno de estos aspectos una puntuación de quince (15) puntos. Mientras, en el aspecto económico, el precio era calificado concediéndole setenta (70) puntos a la oferta con menor precio y restándole, consecutivamente, cinco (5) puntos a las siguientes ofertas que tuvieran un precio mayor. Como segundo y tercer criterio de calificación económica, se le asignaban setenta (70) puntos a la oferta más cercana a la media geométrica o a la media geométrica ajustada, restándole (5) puntos, de manera consecutiva, a las ofertas que se alejaran de la media geométrica o de la media geométrica ajustada. En cualquier caso, como procedimiento previo a la puntuación de las ofertas, debían: (i) ser verificados y corregidos los errores aritméticos hallados en las propuestas económicas, (ii) proceder al rechazo de aquellas que tuvieran un monto menor a \$9.534'454.175 o superior a \$10.036'267.555, y (ii) ser eliminadas aquellas con ítems cuyos precios unitarios superaran el 10% de los presupuestados por la entidad.

En este orden de ideas, en este asunto, la reconstrucción del trabajo de evaluación técnica y económica realizado, requeriría medios de prueba que permitieran a la Sala, verificar, respecto de cada una de las ofertas, la presentación del plan de trabajo ajustado al anexo 7 del pliego de condiciones, la participación efectiva de los oferentes en la visita de campo, el precio de cada una de las propuestas presentadas con los precios unitarios de los ítems que comprendía, y el presupuesto oficial total, así como el asignado a cada ítem. Sin embargo, a este proceso sólo se trajo del trabajo de evaluación técnica y económica realizado en sede administrativa, y en este únicamente se da cuenta de los resultados de la primera evaluación y de los precios de las ofertas organizadas de manera ascendente con la puntuación correspondiente¹⁰⁹.

Por tanto, como no fueron practicadas ni allegadas pruebas que permitan el acceso de la sala a la información necesaria para la reelaboración de la evaluación, se impone

¹⁰⁷ Aptado. 5.3.3.

¹⁰⁸ Aptado. 5.1.

¹⁰⁹ Aptado. 5.3.3.



la desestimación de las pretensiones de restablecimiento del derecho comprendidas en el escrito introductorio.

VII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que no hay lugar a la imposición de **costas**, debido a que no se observó temeridad ni mala fe en la actuación de las partes, condición exigida por el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCASE el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión, el treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: ANULESE la Resolución núm. 007 de 25 de enero de 2010 proferida por el gobernador del Atlántico, mediante la cual declaró desierta la licitación pública SAPSB-011 de 2009.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda


TERCERO: ABSTÉNGASE de imponer costas

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente
Aclaración de voto


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto