



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	25000-23-26-000-2009-00951-00
Sentencia	SC3-21112572 Aprobado en sesión de la fecha. Acta No. 136
Acción	Controversias Contractuales
Demandante	International Entertainment Turf S.A.
Demandado	Nación – Ministerio de la Protección Social – ETESA
Tema	Nulidad de acto administrativo que declaró desierto la licitación. Se presentaron dos proponentes pero la entidad declaró desierto el proceso por ausencia de claridad en los pliegos de condiciones, adendas y aclaraciones, lo cual impedía una selección objetiva e imparcial. La regla del pliego de condiciones sólo favorecía a un proponente y las aclaraciones que se hicieron al pliego de condiciones para modificar tal regla fueron extemporáneas.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 20 de agosto de 2009 se presentó solicitud de conciliación prejudicial. El 18 de noviembre de 2009 se adelantó la audiencia de conciliación que se declaró fallida, por lo que el mismo día se emitió la constancia correspondiente.

El 19 de noviembre de 2009, International Entertainment Turf S.A. presentó demanda de controversias contractuales contra la Nación – Ministerio de la Protección Social – Empresa Territorial para la Salud – ETESA para que se declarara la nulidad de la resolución 0398 del 3 de abril de 2009 y la resolución 0948 del 19 de junio de 2009, esta última notificada el 6 de julio de 2009, por medio de las cuales se declaró desierto un proceso de licitación y se confirmó tal decisión. Expresamente solicitó:

PRIMERA.- Declarar la nulidad del artículo 1º de la resolución No. 0398 del 3 de abril de 2009, por la cual la entonces Presidenta de la Empresa Territorial para la Salud –ETESA- declaró desierto el proceso licitatorio No. 001 de 2008 cuyo objeto es el de “autorizar la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicas en hipódromos nacionales o nacionales y foráneos a todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos establecidos en el pliego y con quienes se suscribirán contratos de concesión”, aperturados mediante resolución No. 82797 de 22 de diciembre de 2008.

SEGUNDA.- Declarar la nulidad del artículo 1º de la resolución No. 0948 del 19 de junio de 2009, “por la cual se resuelve el recurso de reposición instaurado contra la resolución No. 398 del 3 de abril de 2009, dentro de la licitación pública

No. 001 del 2008", a través del cual se decidió "confirmar en todas sus partes la resolución 0398 de 3 de abril de 2009".

TERCERA.- Declarar la nulidad parcial del acto de cierre de la licitación llevado a cabo el día 18 de marzo de 2009, según consta en el acta respectiva, donde se recibieron propuestas y se procedió a su apertura, en cuanto se decidió allí recibir una propuesta, cuando lo legal frente a las normas que rigen la representación en actos con consecuencias jurídicas era proceder a su rechazo por inexistente representación, toda vez que se anunció que quien suscribió tal propuesta fue el señor José Lemos Barría, y siendo que dicha persona no acudió a dicha audiencia, correspondía a quienes asistieron alegando su representación probar tal representación y no lo hicieron.

CUARTA.- Que como consecuencia de la nulidad de todos o algunos de los anteriores actos precontractuales, se declare que International Entertainment Turf S.A. tenía derecho a que se le adjudicara la licitación No. 001 de 2008 por parte de ETESA.

QUINTA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Nación – Ministerio de la Protección Social – Empresa Territorial para la Salud – ETESA a pagar a International Entertainment Turf S.A. las sumas que a continuación se relacionan:

- a) Por concepto de lucro cesante, solicito le sea pagado a la sociedad demandante el valor total de las utilidades dejadas de percibir por ella, y cuya cuantía es materia de prueba, pero para efectos de realizar una estimación razonada, sobresale el valor de la propuesta presentada que asciende a los \$2.988'110.000.

SEXTA.- Se actualicen las sumas reconocidas que como perjuicios se concreten desde la fecha en que de acuerdo con el cronograma establecido por ETESA debió suscribirse el contrato (Res. No. 0267 del 18 de marzo de 2009), esto es a más tardar el 4 de mayo de 2009 hasta la fecha del fallo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994.

SEPTIMA.- Las cantidades liquidadas reconocidas en la sentencia devengarán intereses de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 177 del CCA.

OCTAVA.- Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que ETESA adelantó el proceso de licitación pública 001 de 2008 para "autorizar la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicas en hipódromos nacionales y/o foráneos".

En el pliego de condiciones se establecía la regla consistente en que las terminales fijas y móviles que tenía que acreditar el proponente debían ser nuevas o estar operando al momento en que se adelantaba el referido proceso de licitación. En criterio de la parte

actora, ésta era una regla clara que no requería aclaración o modificación alguna; sin embargo, con posterioridad a la fecha en que se podían hacer modificaciones o aclaraciones al pliego de condiciones, 6 días antes de que se tuvieran que presentar las ofertas, ETESA respondió una aclaración a la mencionada regla, señalando que las terminales no necesariamente tenían que ser nuevas sino que debía garantizarse que funcionaban perfectamente, por lo que podían haber sido reparadas o renovadas y estar certificadas por una entidad competente para verificar su funcionamiento.

El 18 de marzo de 2008 se llevó a cabo la audiencia de cierre y apertura de las propuestas. Al proceso presentaron propuesta la sociedad International Entertainment Turf S.A. y la promesa de sociedad futura Hipódromo de San Antonio de Bogotá S.A.S. Sin embargo, mediante la resolución 0398 de 2009, ETESA declaró desierta la licitación, aduciendo que el pliego de condiciones no tenía reglas claras respecto a las exigencias de las terminales móviles y fijas, y que ello impedía la selección objetiva de un contratista. Y en la resolución 948 de 2009, en la que confirmó tal decisión, explicó que aunque la regla establecida en el pliego de condiciones era clara, no era imparcial y objetiva pues sólo beneficiaba al proponente que al momento de la licitación estuviera ejecutando el contrato de concesión con ETESA, en tanto los demás proponentes debían comprar nuevas terminales, así las que tuvieran estuvieran en perfecto estado. En este último acto administrativo también indicó que las modificaciones o aclaraciones extemporáneas al pliego de condiciones, aunque ampliaban tal regla, no garantizaban los principios de imparcialidad, igualdad, objetividad y debido proceso, pues no le daban el tiempo suficiente a los demás proponentes para preparar su propuesta.

En criterio de la parte actora, las resoluciones No. 0398 y 0948 de 2009 se encuentran incursas en las causales de nulidad de falsa motivación y violación al debido proceso porque 6 días antes de la fecha límite para presentar las propuestas y con posterioridad al vencimiento del término que había para presentar observaciones al pliego de condiciones y realizar modificaciones al mismo, la entidad, mediante la respuesta a una solicitud de aclaración, modificó las reglas del pliego de condiciones y le dio validez a tal modificación.

En consideración de la demandante, si la entidad no le hubiera dado validez alguna a esa aclaración extemporánea y hubiera aplicado la regla clara que había inicialmente en el pliego de condiciones, debía haberle adjudicado el contrato a ésta, pues aunque no tenía terminales móviles y fijas nuevas, si las tenía operando al momento de la licitación porque era la empresa que tenía contrato vigente con ETESA. El pliego de condiciones inicial, con las modificaciones hechas oportunamente, contenía reglas claras a partir de las cuales podía seleccionarse objetivamente al contratista correspondiente.

Respecto al acta de cierre de la licitación, aunque en las pretensiones de la demanda se solicitó su nulidad, en los fundamentos facticos y jurídicos no se alegó causal de nulidad alguna.

2. Actuación procesal.

El 20 de noviembre de 2009 se repartió el proceso a esta Corporación, Despacho del Magistrado Alfonso Sarmiento Castro. El 20 de enero de 2011 se admitió la demanda. El 15 de febrero de 2011 el Ministerio de la Protección Social contestó la demanda.

El 25 de enero de 2010 se profirió el Decreto 175, por el cual se suprimió ETESA y se ordenó su liquidación. El 28 de febrero de 2011 ETESA en liquidación contestó la demanda.

El 26 de mayo de 2011 se abrió a etapa probatoria el proceso.

El 2 de octubre de 2012 Fiduprevisora S.A. allegó oficio en el que, como vocera del patrimonio autónomo de remanentes constituido por la extinta ETESA en liquidación, informó que: (i) la existencia legal de ETESA finalizó el 31 de agosto de 2012, como lo estableció el decreto 873 del 27 de abril de 2012; (ii) de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil, el patrimonio autónomo constituido con las reservas establecidas por el liquidador para la atención de las obligaciones litigiosas es única y exclusivamente fuente de pago de las obligaciones litigiosas a cargo de la entidad en liquidación y bajo ninguna circunstancia es sucesor procesal de ETESA en liquidación en los procesos judiciales en que es parte la entidad. Por tal razón, una vez se agote el fondo de costos y gastos del patrimonio autónomo de remanentes deberá ser repuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su calidad de fideicomitente, todas las veces que se agote y hasta tanto se haya cancelado la totalidad de los costos que genere el patrimonio durante su etapa de ejecución y liquidación.

El 18 de agosto de 2015 se remitió el proceso a este Despacho, que en su momento era de descongestión. El 20 de octubre de 2015 se avocó el conocimiento del mismo.

El 13 de marzo de 2020 se evidenció que la única prueba pendiente por recaudar era el dictamen pericial decretado a favor de la parte actora el 3 de julio de 2012. Aunque se había designado auxiliar de la justicia, ante la imposibilidad de que se rindiera tal experticio, se relevó del cargo a la auxiliar de la justicia designada y se trasladó la carga de aportar el dictamen pericial a la parte demandante, para lo cual se le concedió el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de tal auto.

El 17 de diciembre de 2020 se evidenció que la parte actora no había aportado el dictamen, por lo que se declaró su desistimiento y se corrió traslado para alegar de conclusión. El 14 de enero de 2021 la apoderada de la parte actora interpuso recurso de reposición y apelación contra el auto del 17 de diciembre de 2020 porque no se le había notificado en debida forma el auto del 13 de marzo de 2020.

El 15 de marzo de 2021 se revocó el auto del 17 de diciembre de 2020 al evidenciarse que hubo irregularidades en la publicidad del auto del 13 de marzo de 2020. En dicha oportunidad se corrió traslado a la parte actora del auto del 13 de marzo de 2020 y se indicó que el término de 30 días empezaba a correr desde la notificación de tal providencia. Se advirtió que de no cumplir con la carga probatoria impuesta, se declararía su desistimiento.

El 23 de marzo de 2021 la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto del 13 de marzo de 2020 notificado el 15 de marzo de 2021, por considerar que no se le podía ordenar traer el dictamen pericial pues ya se había decretado que la prueba pericial debía traerla un auxiliar de la justicia y ordenarle ahora a la parte traer el dictamen implicaba cambiar la prueba que había sido inicialmente decretada.

El 18 de mayo de 2021 no se repuso la decisión del 13 de marzo de 2020 y se rechazó por improcedente el recurso de apelación, pues se trata de la misma prueba inicialmente decretada. La decisión de ordenar a la parte actora que allegue el dictamen obedeció a la

imposibilidad de designar un nuevo auxiliar de la justicia, en aras de los principios de celeridad, economía y eficiencia y en aplicación del artículo 116 de la Ley 1395 de 2010.

El 24 de mayo de 2021 la apoderada de la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio queja contra el auto del 18 de mayo de 2021, que había resuelto la reposición. El 21 de junio de 2021 se rechazó el recurso de reposición por no proceder reposición contra reposición y se concedió el recurso de queja. El 30 de junio de 2021 se remitieron las copias correspondientes para dar trámite al recurso de queja ante el Consejo de Estado.

El 20 de septiembre de 2021 se declaró el desistimiento de la prueba pericial, ante el vencimiento del término para allegarla por la parte actora sin que ello hubiera ocurrido. En el mismo auto se corrió traslado para alegar de conclusión. El 5 de octubre de 2021 la parte actora y ETESA alegaron de conclusión.

El 13 de octubre de 2021 la apoderada de la parte actora allegó el dictamen pericial. El 14 de octubre de 2021 el apoderado de la demandada solicitó no tener en cuenta tal dictamen pericial, pues en auto del 20 de septiembre de 2021 se declaró desistida tal prueba, providencia que quedó en firme ante el silencio que guardó la parte actora, quien por el contrario presentó alegatos de conclusión. Además, resaltó que la parte actora incumplió con el término otorgado para aportar el dictamen y que llevaba más de un año dilatando el proceso injustificadamente.

El 27 de octubre de 2021 ingresó el expediente al Despacho para emitir el fallo correspondiente.

3.- Contestación de la demanda.

3.1. Ministerio de la Protección Social.

Aclaró que, conforme al artículo 39 de la Ley 643 de 2001 ETESA es una empresa industrial y comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Salud, cuyo objeto es la explotación como arbitrio rentístico de los juegos definidos por esta ley como novedosos.

De tal suerte, propuso las excepciones de (i) falta de agotamiento de la vía gubernativa ante el Ministerio de la Protección Social; (ii) falta de legitimidad en la causa por pasiva; y (iii) caducidad de la acción.

3.2. ETESA.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Señaló que la resolución 398 cumplía con lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ya que la misma en forma expresa y detallada indicó las circunstancias que dieron lugar a la declaratoria de desierta de la licitación y se refirió al principio de transparencia que debe tener todas las contrataciones y donde la elección sea totalmente objetiva y sin dar lugar a factores subjetivos. Por lo que, en ningún momento se violó el debido proceso de los oferentes.

En cuanto al cargo de falsa motivación por una modificación al pliego de condiciones de manera ilegal, resaltó que el demandante no la alegó como tal en su momento. Todo lo contrario, aceptó tal modificación al pliego de condiciones y conforme a la misma presentó su propuesta. Luego, fue una modificación plenamente aceptada por los oferentes.

4.- Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

4.1.- Parte actora.

Alegó de conclusión señalando que la violación al debido proceso estaba acreditada en atención a que "la Administración quiso primero hacer una modificación sustancial a los pliegos de condiciones de forma extemporánea y haciendo uso de un instrumento distinto a una adenda; posteriormente, a sabiendas de que esa 'nota aclaratoria' donde pretendió introducir dicha modificación no tenía posibilidad efectiva -y legal- de modificarlo, declaró desierto la licitación bajo el argumento de que la regla condicionante podía llevar a varios modos de interpretación."

En criterio de la parte actora, ETESA violó con su actuación el debido proceso al haberle conferido relevancia jurídica a una 'nota aclaratoria' como si fuera una adenda, puesto que fue en esa 'nota aclaratoria' donde ETESA introdujo esa otra interpretación, frente a una regla que era absolutamente clara y respecto de la cual evidentemente no cabía otra interpretación.

También señaló que no es cierto que la 'nota aclaratoria' no fuera cuestionada o 'atacada' por quienes intervinieron en la licitación No. 001 de 2008, puesto que en el acta de cierre y apertura de propuestas realizada el 18 de marzo de 2009 quedó consignado que el aquí demandante puso de presente dicha irregularidad.

4.2.- ETESA.

Alegó de conclusión señalando que había caducidad de la acción.

También indicó que la parte actora había incumplido con la carga de la prueba que le impone el artículo 176 del CGP, pues nunca aportó dictamen pericial que permitiera evidenciar que su propuesta era la mejor, por lo que debió habersele adjudicado el correspondiente contrato. La parte actora no demostró perjuicio alguno que se le haya causado con la declaratoria de desierto del proceso de selección.

Finalmente, insistió en que no se violó el debido proceso con las resoluciones cuya nulidad se persigue. Todo lo contrario, en aras de garantizar una selección objetiva e imparcial a partir de reglas claras, fue que se declaró desierto el proceso de selección.

4.3.- Procurador.

El Procurador no rindió concepto.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

Se aclara que no se valorará el dictamen pericial aportado por la parte actora el 13 de octubre de 2021, pues en auto notificado el 15 de marzo de 2021, que quedó en firme el 18 de mayo de 2021 se le había otorgado el término de 30 días para aportarlo. Dado que no lo aportó en término, el 20 de septiembre de 2021 se declaró desistida tal prueba y se corrió traslado para alegar de conclusión, providencia que quedó en firme sin recurso alguno. Incluso la parte actora lo validó alegando de conclusión.

Así las cosas, tratándose de una prueba declarada desistida no hay lugar al estudio de la misma, pues hacerlo implicaría la violación al debido proceso, derecho de defensa y contradicción de la parte demandada, tal y como lo mencionó el apoderado de ETESA.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Precisiones del caso.

ETESA adelantó el proceso de licitación pública 001 de 2008 para "autorizar la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicas en hipódromos nacionales y/o foráneos".

En el pliego de condiciones se estableció la regla consistente en que las terminales fijas y móviles que tenía que acreditar el proponente debían ser nuevas o estar operando al momento en que se adelantaba el referido proceso de licitación. En criterio de la parte actora, ésta era una regla clara que no requería aclaración o modificación alguna; sin embargo, con posterioridad a la fecha en que se podían hacer modificaciones o aclaraciones al pliego de condiciones, 6 días antes de que se tuvieran que presentar las ofertas, ETESA respondió una aclaración a la mencionada regla, señalando que las terminales no necesariamente tenían que ser nuevas sino que debía garantizarse que funcionaban perfectamente, por lo que podían haber sido reparadas o renovadas y así lo debía certificar la entidad competente. Y 2 días antes del cierre de la licitación, ante la observación extemporánea de un proponente, explicó que el requisito de las terminales móviles y fijas no lo verificaría en la propuesta, sino una vez se hubiese adjudicado el contrato correspondiente.

Aunque al proceso se presentaron dos propuestas, ETESA declaró desierto la licitación por considerar que la regla que inicialmente estaba en el pliego de condiciones impedía una selección objetiva e imparcial, pues sólo favorecía al proponente que al momento de la licitación estaba ejecutando el contrato con ETESA y aunque se pretendió ampliar tal regla, la entidad lo hizo de manera extemporánea y confusa, 6 días antes del vencimiento del plazo para presentar propuesta, lo que impedía que los demás proponentes prepararan sus propuestas y certificaran que sus terminales funcionaban perfectamente.

En criterio de la parte actora, las resoluciones por medio de las cuales se declaró desierto el proceso de selección y se confirmó tal decisión se encuentran incursas en las causales

de nulidad de violación al debido proceso y falsa motivación, pues el pliego de condiciones contenía reglas claras y precisas, por lo que si se hubieran evaluado las propuestas con tales reglas, la licitación debió adjudicársele a éste.

Finalmente, aunque también solicitó la nulidad del acta de cierre de la licitación no se alegó causal de nulidad alguna, por lo que no hay lugar al estudio de la misma.

Problema jurídico.

¿Debe accederse a las pretensiones de la demanda porque las resoluciones No. 0398 y 0948 de 2009 se encuentran incursas en las causales de nulidad de violación al debido proceso y falsa motivación al haber declarado desierto el proceso de licitación, pues no es cierto que el pliego de condiciones no tuviera reglas claras y precisas a partir de las cuales podían evaluarse las propuestas?

En caso de acreditarse la nulidad de los actos administrativos antes mencionados, ¿está probado que la propuesta presentada por la parte actora cumplía con todas las exigencias del pliego de condiciones y debía habersele adjudicado?

Tesis de la Sala.

La Sala negará las pretensiones de la demanda, pues considera que no se acreditó en el proceso que las resoluciones demandadas fueron expedidas mediante falsa motivación o violación del debido proceso.

Se considera ajustada a derecho la decisión de la demandada de haber declarado desierta la licitación, en virtud de que la regla inicialmente establecida en el pliego de condiciones respecto a las terminales móviles y fijas si bien era clara, no era imparcial ni objetiva, en tanto únicamente favorecía a un proponente (al demandante), lo que impedía a la entidad realizar una selección objetiva e imparcial. Y las aclaraciones que se hicieron al pliego de condiciones para intentar ajustar tal regla fueron extemporáneas, por lo que impidieron que los demás proponentes tuvieran el tiempo suficiente para presentar la propuesta correspondiente y, en todo caso, siendo aclaraciones extemporáneas, no podían tener aplicación en el proceso.

No habiéndose acreditado que los actos administrativos son nulos, no hay lugar a que la Sala estudie la evaluación de las ofertas a fin de determinar si la propuesta de la demandante era la mejor, ya que las reglas del pliego contravenían el ordenamiento jurídico aplicable. Por otra parte, la pretensión de restablecimiento del daño inexorablemente está atada a la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos y, ya que no se desvirtuó su presunción de legalidad, tampoco prosperará la pretensión de restablecimiento.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales.

1.1.- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso, en razón a la naturaleza del asunto y a la cuantía, como

quiera que se trata de demanda de controversias contractuales, cuya cuantía supera los 500 SMLMV, al tenor del numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

1.2.- Caducidad de la acción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, no hay caducidad de la acción, en atención a que el acto administrativo por medio del cual se declaró desierta la licitación, cuya nulidad se persigue quedó en firme el 6 de julio de 2009, el trámite de conciliación prejudicial se adelantó entre el 20 de agosto y el 18 de noviembre de 2009 y la demanda se presentó el 19 de noviembre de 2009.

1.3.- Legitimación en la causa.

Conforme lo señalado en los artículos 45 y 77 de la Ley 80 de 1993, así como los artículos 85 y 87 del Código Contencioso Administrativo, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

Así las cosas, la sociedad International Entertainment Turf S.A. se encuentra legitimada en la causa por activa por haber presentado propuesta al proceso de selección que adelantó ETESA S.A., que no les fue adjudicado, pero que consideran debió adjudicársele por cumplir su propuesta con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

A su vez, ETESA S.A. está legitimado en la causa por pasiva por haber sido quien adelantó el referido proceso de selección y quien profirió los actos administrativos cuya nulidad se persigue. En atención a que ETESA ya fue liquidada y para el pago de las acreencias se constituyó un patrimonio autónomo en Fiduprevisora, administrado por el Ministerio de Protección Social, en caso a que haya lugar a condenas se condenará a ETESA y/o su sucesor procesal y se notificará la sentencia a Fiduprevisora y al Ministerio de Protección Social, en su calidad de fideicomitente del patrimonio autónomo antes mencionado.

Dado que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 643 de 2001, ETESA era una empresa industrial y comercial del Estado con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y fue ésta la que adelantó el proceso de selección por el que ahora se demanda, la Sala encuentra que, en efecto, el Ministerio de Protección Social carece de legitimación en la causa por pasiva, por lo que se declarará la misma.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1. La estructura genérica de los procedimientos administrativos de selección contractual¹.

En atención a los principios de igualdad, imparcialidad, selección objetiva, transparencia, moralidad, economía y libre concurrencia, entre otros, la regla general enseña que la Administración Pública debe seleccionar a sus contratistas con estricta sujeción a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, en orden a asegurar la

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

consecución de los fines de la contratación estatal y en especial la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en toda la actividad contractual de las entidades estatales.²

El artículo 30³ de la Ley 80 de 1993 se ocupó de regular con detalle⁴ las diferentes etapas y actuaciones que en definitiva integran el procedimiento administrativo de selección de los contratistas particulares, cuya observancia resulta imperativa para las entidades estatales cada vez que pretenden la celebración de un contrato.

Así pues, según la norma legal en cita, cuando una entidad estatal requiere escoger a un contratista privado, debe recorrer la ruta que en términos generales está conformada por las siguientes actuaciones, sin perjuicio, claro está, de acudir a la aplicación de disposiciones especiales que se ocupen del tema, cuando a ello haya lugar:

- i).-** La entidad estatal, previa verificación de la existencia de disponibilidad presupuestal y mediante acto administrativo debidamente motivado, debe ordenar la apertura del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual (artículo 30 numeral 1º, Ley 80);
- ii).-** La misma entidad estatal debe elaborar el respectivo pliego de condiciones y ponerlo a disposición de los interesados (artículo 30 numeral 2º, Ley 80);
- iii).-** La orden de apertura del procedimiento administrativo de selección debe ser divulgada y publicitada según la periodicidad y el contenido mínimos que al respecto señalan las disposiciones correspondientes (artículo 30 numeral 3º, Ley 80);
- iv).-** A petición de los potenciales oferentes interesados –sin perjuicio de que la entidad estatal la programe de oficio– se deberá(n) realizar una (o varias) audiencia(s) para aclaración y precisión del contenido y alcance del pliego de condiciones –así como para revisar la asignación de riesgos–, actuación que no excluye la posibilidad de que cualquier persona formule sus inquietudes, interrogantes, sugerencias, observaciones, etc., en ejercicio del derecho fundamental de petición cuya respuesta, así como cualquier ajuste, modificación o cambio que se introduzca en el pliego de condiciones, como es lógico y para preservar el principio y a la vez derecho fundamental a la igualdad, debe darse a conocer a todos aquellos que tengan interés en participar en el procedimiento de selección contractual de que se trate (artículo 30 numeral 4º, Ley 80);
- v).-** La entidad estatal contratante debe llevar a efecto la diligencia de apertura del correspondiente procedimiento de selección contractual, oportunidad a partir de cuya realización cualquier interesado podrá depositar su respectiva propuesta (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);
- vi).-** El plazo de la licitación, esto es el término que ha de transcurrir entre la diligencia de apertura y el cierre del correspondiente procedimiento de selección, ha de establecerse

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Algunos de los numerales del artículo 30 de la Ley 80 han sido modificados, en aspectos puntuales, por disposiciones de la Ley 1150 de 2007, de la Ley 1474 de 2011 y del Decreto-ley 19 de 2012.

⁴ En sentido similar el Decreto-ley 222 de 1983, mientras mantuvo vigencia en el ordenamiento colombiano, también reguló con precisión cada uno de los pasos que las autoridades competentes debían cumplir para la selección de sus respectivos contratistas particulares, tal como lo evidencian, entre otros, los artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y demás concordantes del aludido y hoy derogado Estatuto de Contratación Administrativa.

en función de la naturaleza –cuestión que involucra el análisis sobre la complejidad–, el objeto y la cuantía del contrato cuya celebración se pretende (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);

- vii).**- La entidad estatal contratante debe realizar la diligencia de cierre, la cual tiene lugar en el momento en que finaliza la oportunidad para que los interesados puedan presentar válidamente sus ofertas y, por tanto, allí se verifica cuáles y cuántas se presentaron; cuáles son las características generales de cada una de ellas; los datos relevantes de la identificación de cada oferente, monto o cuantía de cada oferta, plazo ofrecido para la ejecución del contrato, etcétera (artículo 30 numeral 5º, Ley 80);
- viii).**- La entidad estatal debe proceder al examen y evaluación comparativos –tanto a la luz de las normas legales vigentes como de las exigencias y las previsiones específicas del pliego de condiciones–, de las ofertas recibidas; de ordinario ese examen comparativo comprende la realización de estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la calificación de las propuestas, estudios a partir de los cuales deben elaborarse los correspondientes informes de evaluación (artículo 30 numeral 7º, Ley 80);
- ix).**- Los informes de evaluación de todas las propuestas deben ponerse a disposición de todos los oferentes para que, durante esa suerte de traslado, tengan la oportunidad de formular sus comentarios, críticas, observaciones o inquietudes en relación con los mismos (artículo 30 numeral 8º, Ley 80);
- x).**- Aunque no se encuentre plasmada de manera formal como una etapa del procedimiento de selección contractual, es natural que la entidad estatal contratante deba disponer de un término razonable para revisar las intervenciones que se hubieren producido a propósito del traslado de los informes de evaluación comparativa de las ofertas y re-examine entonces tales informes a la luz de las aludidas intervenciones, bien para corregirlos o ajustarlos o bien para reafirmar sus conclusiones iniciales (artículo 30 numeral 9º, Ley 80);
- xi).**- Contando con todos los elementos de juicio que resultan tanto de la evaluación comparativa de las ofertas –evaluación que debe estar fundada en el estudio igualmente comparativo de tales propuestas–, como de la revisión de las observaciones, las críticas o los comentarios formulados en relación con dicha evaluación comparativa, la entidad estatal contratante debe adoptar una decisión final con la cual está llamado a culminar el correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual (artículo 30 numeral 10º, Ley 80).

2.1.1.- Las decisiones de adjudicación y de declaratoria de desierta de los procedimientos administrativos de selección contractual⁵.

Los procedimientos administrativos de selección contractual, en línea de principio, deberían concluir o terminar con la adopción de la correspondiente **adjudicación** o **selección**, que siempre deberá recaer sobre la oferta más favorable, escogencia que obligatoriamente debe efectuarse de manera objetiva, para cuyo propósito resulta indispensable entonces que la

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

evaluación comparativa de las propuestas se realice con estricta y rigurosa sujeción tanto a los factores o criterios de selección como a su ponderación precisa, detallada y concreta, todo según lo consignado previamente en el correspondiente pliego de condiciones.

La decisión de **adjudicación** o de **selección**, que por regla general es irrevocable⁶, genera efectos vinculantes y mutuamente obligatorios para la entidad estatal contratante y para el oferente particular adjudicatario o seleccionado, sea singular o plural; precisamente por su generalizada característica de irrevocabilidad, por lógica elemental, ese acto administrativo no admite recursos en la vía gubernativa, tal como lo precisa de manera expresa el parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80⁷.

De otro lado, esa clase de procedimientos administrativos también pueden finalizar de una manera que naturalmente no era la que se esperaba cuando se emprendió su realización, circunstancia que se materializa cuando **no resulta posible efectuar una selección objetiva**, caso en el cual la finalización o terminación del respectivo procedimiento administrativo corresponderá a la decisión de **declararlo desierto**, en cuya virtud se adoptará la determinación de no adjudicarlo o de no seleccionar a uno sólo de los ofrecimientos recibidos, concepto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concretado en los siguientes términos:

(...) la declaratoria de desierta es aquella determinación que adopta la Administración de no elegir ninguna de las propuestas recibidas para la adjudicación del contrato ofrecido, **cuando se presentan motivos o causas que hacen imposible cumplir con una selección objetiva**, debiendo la entidad dar cuenta en forma expresa en el respectivo acto administrativo de las circunstancias que propiciaron dicha declaración⁸

2.1.2. Causales de declaratoria de desierta de una licitación⁹.

Ahora bien, la decisión de declarar desierto un procedimiento administrativo de selección contractual –dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico–, también se encuentra debidamente reglada y, por tanto, a su adopción sólo podrá procederse cuando se configuren las causales o hipótesis fácticas previstas expresamente en las normas vigentes para el efecto; así lo ha precisado el Consejo de Estado en anteriores oportunidades:

(...) La facultad de adjudicar la licitación o no adjudicarla, que se reserva la Administración, entonces, debe entenderse en el sentido de que, eventualmente, el proceso de selección adelantado podría culminar sin la escogencia de un contratista, a pesar de constituir ésta su objeto esencial, pero

⁶ Se dice que la adjudicación "en principio" es irrevocable, porque si bien el artículo 35 del Decreto-ley 222 de 1983 disponía que la resolución de adjudicación es irrevocable, sin contemplar excepciones al respecto, cuestión que mantuvo el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 en cuya virtud se tenía que "[e]l acto de adjudicación es irrevocable ...", línea que reiteró el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que en esta última disposición introdujo unas excepciones expresas al respecto, según las cuales "... si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado ...".

⁷ Así lo precisa la parte inicial del parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80, a cuyo tenor: "El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa".

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de octubre de 2010, exp. 20.811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

ello sólo sucedería excepcionalmente, en los eventos expresa y taxativamente previstos por la norma.¹⁰ (Se subraya).

En consecuencia, al puntualizar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultad legal para declarar desierta una licitación por razones diferentes a las expresamente señaladas en la ley, se reafirma que en todas aquellas circunstancias en las cuales no se configure un específica causal de declaratoria de desierta, la entidad estatal competente debe efectuar la adjudicación a la oferta más favorable, tal como lo ha puesto de presente la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

(...) la decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional, sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda la selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente.¹¹

Esta postura se reiteró en la sentencia 15.235 proferida el 24 de junio de 2004:

La regla de la adjudicación compulsoria¹² obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable.¹³

Por su parte, la Ley 80 de 1993, según los términos del numeral 18 de su artículo 25, redujo las causales de declaratoria de desierta establecidas en el Decreto 222 de 1983 a una sola que recoge todas las hipótesis en las cuales resulte **imposible efectuar la escogencia de manera objetiva**, al tiempo que determinó de manera imperativa que en el correspondiente acto administrativo deben consignarse, de forma expresa y detallada, las razones que hubieren conducido a la respectiva declaratoria de desierta, así:

Artículo 25.- DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...) 18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso¹⁴ 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.

Y en relación con la necesidad de que el acto administrativo de declaratoria de desierta se motive de manera expresa, precisa y detallada, el numeral 7 del artículo 24 del mismo Estatuto de Contratación Estatal también dispuso:

Artículo 24.- DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, **se motivarán en**

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13.683 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹¹ Sentencia 3335 del 20 de junio de 1983 citada en la sentencia 13.683 de 2004, ya referida.

¹² Cita original de la providencia transcrita: "La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993)".

¹³ Sentencia 15.235 del 10 de diciembre de 2004. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD GEOMINAS S.A.

¹⁴ La expresión "concurso" fue derogada posteriormente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

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**. (Se ha destacado).

De esta manera, al ocuparse de regular la declaratoria de desierto de los procedimientos de selección contractual, la Ley 80 precisó **i)** que el acto administrativo que contenga la declaración de desierto de una licitación debe estar motivado, en todos los casos, de una manera precisa y detallada, y **ii)** que la motivación del acto debe fundarse únicamente en motivos o causas que impidan la escogencia objetiva.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que al definir que en un específico evento concreto no resulta posible la escogencia objetiva, la entidad estatal contratante necesariamente deberá tener presente, igualmente, que tal decisión debe adoptarse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además del cumplimiento de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, el principio de transparencia en buena medida encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del Estatuto de Contratación Estatal¹⁵ y que se expresaba en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993¹⁶, ahora subrogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y más recientemente por el Estatuto Anticorrupción en su artículo 88 al prescribir factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar¹⁷.

¹⁵ "Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección". Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18.

¹⁶ Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, **sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos**, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)" (Destaca la Sala)

¹⁷ Ley 1474 de 2011, artículo 88. FACTORES DE SELECCIÓN Y PROCEDIMIENTOS DIFERENCIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CONTRATAR. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

"2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

"En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

"a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

"b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

"**PARÁGRAFO.** Adiciónese un párrafo 6o en el artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

"El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos".

En este sentido, todo lo que de manera concreta se regule, se consigne y se exija en el correspondiente pliego de condiciones acerca de la evaluación de las propuestas, resulta especialmente importante y exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, porque sólo así será posible cerrarle el paso a toda decisión arbitraria o caprichosa e incluso a toda clase de consideraciones discriminatorias o de favorecimiento por parte de las respectivas autoridades administrativas.

Pues bien, a propósito del principio constitucional (artículo 209 C.P.) y a la vez derecho fundamental (artículo 13 C.P.) a la igualdad, cuyos alcances resultan necesariamente asociados con los principios constitucionales de moralidad, de imparcialidad y de publicidad, de cuya efectiva observancia pende en gran medida la realización concreta de los principios de transparencia y de selección objetiva, cabe mencionar que son muchas y muy variadas las manifestaciones y actuaciones específicas en las cuales debe reflejarse, así: **i)** En la adopción de pliegos de condiciones que contengan disposiciones generales e impersonales que eviten tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos; **ii)** En la fijación de plazos suficientes y razonables que faciliten y permitan la libre concurrencia de los interesados; **iii)** En la imposibilidad para los oferentes de modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del procedimiento administrativo de selección; **iv)** En el deber que asume la entidad estatal contratante de evaluar todas las propuestas; **v)** En la obligación de la entidad estatal contratante de aplicar de manera rigurosa y estricta los criterios de selección establecidos libremente por ella; **vi)** En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras; y **vii)** En la imposibilidad, para la entidad estatal contratante, de variar los criterios establecidos para la evaluación de las ofertas y la ponderación de tales criterios¹⁸.

Como complemento fundamental de esa actuación que debe cumplirse de manera objetiva e imparcial, en las oportunidades que a título ilustrativo se dejan reseñadas, es claro que también la entidad estatal contratante se encuentra en el deber de observar a cabalidad el ya referido principio de publicidad, para cuyo propósito debe dar a conocer de manera completa y oportuna, entre otros, los informes comparativos de las evaluaciones de las ofertas recibidas, así como debe también atender y dar respuesta motivada a las observaciones que se formulen en relación con tales evaluaciones comparativas.

En este punto resulta de especial importancia para el análisis del caso concreto retomar las consideraciones que la Sala ha efectuado sobre la naturaleza y el contenido del pliego de condiciones.

2.2.- Pliego de condiciones.

2.2.1.- Definición.

Según ha establecido el Consejo de Estado, "el pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas¹⁹ y constituyen un todo lógico y

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad.”²⁰

A su vez, dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

De acuerdo con la anterior disposición normativa, las entidades estatales y los proponentes están sometidos al pliego de condiciones.

En desarrollo del principio de transparencia es obligatorio que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que constituye precisamente el pliego de condiciones y por consiguiente éste se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual²¹.

2.2.2.- Naturaleza jurídica.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza jurídica; (i) de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituyen en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los proponentes y, de otra parte, (ii) una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo.²²

²⁰ Reiteración de la jurisprudencia Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015, Exp: 30.161 y del 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510

²¹ Ver CONSEJO DE ESTADO Sentencias del 22 de mayo de 2013 y 12 de febrero de 2014. Exps. 25592 y 25751 respectivamente.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

Sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, la doctrina ha señalado²³:

(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación (...)

Componente importante de los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta es el que se relaciona con el establecimiento de factores y demás reglas pertinentes para permitir ofrecimientos coherentes dentro del respectivo procedimiento de escogencia de contratistas. Según el literal b del 24.5 de la Ley 80 de 1993, las variables que se deben utilizar para la escogencia de contratistas, que necesariamente deben ser el producto de toda la experiencia decantada en el proceso de planeación y fundamentalmente a partir del proyecto definido en este proceso, deben quedar expresas en estos documentos básicos del contrato estatal. Según la disposición enunciada, en los pliegos de condiciones o términos de referencia "Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...)

A más de la garantía de objetividad de las reglas y variables incorporadas en estos documentos, el legislador exige que las mismas sean: claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título. (...)

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar "... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...", esto es, los requerimientos en

²³ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones "... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella..."; citado en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, quince (15) de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).²⁴

Así, en atención al carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es claro que para que las propuestas presentadas por los oferentes sean seleccionadas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que la entidad se vea obligada a rechazar las ofertas correspondientes.

El desconocimiento de tal acto administrativo implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende, cualquier acto administrativo que lo viole queda afectado de nulidad.

Al respecto ha asegurado la doctrina:

El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa²⁵.

2.2.3.- Los límites de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones²⁶.

El principio de selección objetiva del contratista además de servir de garantía para los proponentes respecto de los criterios de selección, permite a la Administración Pública cumplir con el cometido de adjudicar el contrato a la oferta que realmente –según sus propios estudios previos, realizados en virtud del principio de planeación– le resulte más favorable. En este sentido, el pliego de condiciones que se debe confeccionar por la entidad pública antes de ordenar la apertura de un procedimiento administrativo de selección contractual, se erige en la base fundamental de este deber, pues permite concretar el concepto jurídico indeterminado de “favorabilidad” en la escogencia del ofrecimiento, comoquiera que en el pliego de condiciones se plasman tanto los criterios o factores de escogencia como la ponderación precisa y detallada de los mismos, los cuales constituyen

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

²⁵ “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados (...).”

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

las 'reglas de juego' que permitirán determinar objetivamente cuál es la oferta más ventajosa.

Tanto los criterios de selección como la ponderación precisa y detallada de cada uno de ellos se deben establecer y definir para cada procedimiento administrativo de selección contractual en función de una adecuada etapa de planeación²⁷ que efectúe la entidad a partir de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección y una ponderación de los mismos que le permitan a la entidad un grado de certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación.

2.2.4. Los límites que debe respetar la Administración al configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes²⁸.

Ahora bien, al ocuparse de los límites que no pueden ser transgredidos por las entidades estatales contratantes al confeccionar pliegos de condiciones, el Consejo de Estado se refirió a dos elementos:

i) Los elementos reglados, siempre existentes en toda decisión de la Administración que participe de la naturaleza de acto administrativo —y los pliegos de condiciones lo hacen, si bien la estirpe de los mismos, según se explicó, es mixta—:

“En relación con los **elementos reglados** siempre presentes en el acto administrativo —cuya naturaleza posteriormente muta, para convertirse, en lo pertinente, en cláusula contractual— contenido de los pliegos de condiciones o de su equivalente, siguiendo los planteamientos de Vedel son, como mínimo, tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa —los pliegos, entre ellas— está reglada: el primero, la competencia del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, la cual establece, de forma imperativa, las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los motivos, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, los cuales deben ser siempre «material y jurídicamente exactos», aún cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de la concurrencia de los mismos y, el tercero, el fin perseguido, el cual debe ser siempre de interés público.”²⁹

ii) Los principios generales del Derecho y en particular de los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo normado, con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, así como por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y, con carácter particular, por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993³⁰,

²⁷ En relación con los alcances, la importancia y los efectos del Principio de Planeación en materia de contratación estatal se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: agosto 31 de 2006, exp. 14287; agosto 29 de 2007, exp. 15469; agosto 29 de 2007, exp. 15324; febrero 25 de 2009, exp. 16103.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431.

³⁰ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “**Artículo 23.** De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. 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”.

circunstancia ésta que conduce a que más que a “principio”, deba hacerse referencia a la “regla general de la proporcionalidad”, como lo ha sostenido el Consejo de Estado:

El control por los principios generales del Derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al Derecho, incluyendo dentro de éste, como no podía ser de otra manera, la «(...) condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica» en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales³¹.

Lo dicho conduce a concluir que ante los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones —pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas—, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración Pública para establecer los factores de escogencia entre los ofrecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él llegare a considerar más apropiados o más convenientes para el interés general³², a no ser que aquellos que establezca la Administración incurran en error manifiesto de apreciación.

2.2.6. Incidencia de los principios en la configuración de los pliegos de condiciones o sus equivalentes³³.

Buena parte de las exigencias a que se ha venido refiriendo el Consejo de Estado se encuentran consagradas positivamente en la Ley 80 de la forma en que a continuación se expone:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación o concurso”, de acuerdo con la terminología empleada por la letra b) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993. Sobre el contenido de esta preceptiva legal, la Sección Tercera explicó:

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 13074.

³² Se estaría, en estos casos, en el terreno del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos o en el de lo que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”, asunto del cual se ocupó la Sala en reciente pronunciamiento en el cual fijó algunos parámetros relacionados con los alcances de la fiscalización judicial de este tipo de decisiones. Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., marzo catorce (14) de dos mil trece (2013). Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059).

En ese orden de ideas, las reglas que de manera **previa** a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación —toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato— han de ser reglas **justas**, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas **objetivas** en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes —principio de objetividad—.

Deben ser, así mismo, reglas **claras**, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas **completas**, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita “al estado del arte o de la ciencia” en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado.³⁴

En segundo lugar, los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su correspondiente ponderación precisa y detallada, para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia así lo determinan —artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2007 y 88 de la Ley 1474— por lo cual tales criterios de escogencia y su respectiva ponderación deben ser proporcionados, objetivos y razonables, comoquiera que sólo así resultarán respetuosos de los principios de imparcialidad e igualdad de trato para todos los oferentes, a la vez que contribuirán a que los ofrecimientos que se presenten correspondan a las condiciones y características que la entidad requiere para que el objeto contractual resulte cabalmente cumplido y responda a las necesidades identificadas por la contratante, esto es a los requerimientos derivados del propósito de servir a los intereses generales.

³⁴Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

Al respecto, el Consejo de Estado expuso algunos casos ilustrativos:

Así, por ejemplo, no resultarán proporcionados, objetivos, razonables y respetuosos de la igualdad e imparcialidad que han de gobernar el proceso de selección, previsiones en los pliegos que incluyan requisitos o factores de selección que, **de antemano, puede saberse que sólo serán asequibles para un único eventual proponente**; que respondan a consideraciones de orden político, racial o religioso —o cualquier otro constitucionalmente proscrito como sustento de tratamientos diferenciales para estos eventos—; que formulen exigencias técnicas, financieras, logísticas, entre otras, propias del contratista de una concesión de gran envergadura, verbigracia para la ejecución de una obra menor; que conduzcan a que la escogencia se efectúe con base en criterios irrelevantes —como lo proscriben los principios de razonabilidad y objetividad— de cara al cumplimiento del deber de selección objetiva; que defieran la elección del contratista a la interpretación subjetiva de la autoridad administrativa con competencia para decidir en cada caso y no al estricto acatamiento de las reglas fijadas en los pliegos mismos o que resulten tan vagos y etéreos que permitan el indebido direccionamiento del proceso de selección.³⁵

En tercer y último término, existen diversas prohibiciones que no pueden ser desconocidas por la entidad contratante al configurar el pliego de condiciones, no sólo por cuanto actualmente se encuentran consagradas, de forma expresa, en el Estatuto de Contratación Estatal —letras d) y e) del artículo 24-5 de la Ley 80 de 1993—, sino en consideración a que, de admitirse la inclusión, en los pliegos de condiciones, de previsiones que marchasen en contravía de las aludidas restricciones, sin duda se estaría avalando la consagración de reglas o de criterios manifiestamente arbitrarios, desproporcionados o irrazonables.

Se trata, entonces, de las prohibiciones consistentes en **(i)** introducir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento; **(ii)** prever exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministren las entidades; **(iii)** consignar reglas que induzcan en error a los proponentes y contratistas —especialmente cuando aquellas establezcan efectos o consecuencias contradictorios—; **(iv)** consagrar reglas que permitan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y/o **(v)** fijar reglas que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad contratante.

En esta misma línea se encuentran también aquellos otros eventos en los cuales las propias normas legales prohíben de manera expresa a las entidades estatales exigir determinados requisitos a los potenciales oferentes, a través de los correspondientes pliegos de condiciones, tal como ocurre, por ejemplo, con la disposición consignada en el inciso 2º del apartado 6.1³⁶ del artículo 6 de la Ley 1150, norma en la cual después de puntualizar que la certificación acerca de la calificación y clasificación de los inscritos en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio constituirá plena prueba de las circunstancias que en tal certificación se hagan constar y después de precisar que "... la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5º de la presente ley, se demostrará **exclusivamente** con el respectivo certificado del RUP en donde

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8.431

³⁶ Norma legal que a pesar de la modificación que a su texto introdujo el artículo 221 del Decreto-ley 19 de 2012, en el punto que aquí interesa destacar se mantuvo inalterada.

deberán constar dichas condiciones”, concluye de manera categórica que “[e]n consecuencia, **las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir**, ni los proponentes aportar **documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro**³⁷”.

2.3. - Actos administrativos.

2.3.1.- Definición.

El acto administrativo es definido por excelencia como la manifestación unilateral de voluntad de quien ejerce función administrativa, tendiente a la producción de efectos jurídicos.

Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado:

(...) en relación con la definición de **acto administrativo**, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido.

En consideración a lo anterior y en auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada:

“... luego se ha de definir el acto administrativo como TODA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD, JUICIO, COGNICIÓN O DESEO QUE SE PROFIERE DE MANERA UNILATERAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, Y PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS O DEFINITIVOS SOBRE UN ASUNTO DETERMINADO (...)”³⁸ (Mayúscula propia del texto original).

Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una **declaración unilateral de voluntad de la administración** y que aquella produzca de manera directa efectos jurídicos.³⁹

En cuanto a las características del acto administrativo son la presunción de legalidad, obligatoriedad, ejecutoriedad y efectividad (Art. 66 CCA), e irretroactividad. Y con respecto a los elementos esenciales del acto administrativo, debemos recordar que la jurisprudencia ha sostenido que en “todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma”

³⁷ El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150, norma a la cual hace expresa referencia el aludido inciso 2º del apartado 6.1 del artículo 6 de esa misma Ley, para efectos de prohibir a las entidades estatales la exigencia de documentos que deban utilizarse para efectuar la inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP–, es del siguiente tenor:

“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”. (Se deja subrayado).

³⁸ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, pág. 108.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00715-01(ACU)

El acto administrativo contractual (pre, durante o pos) está constituido, también, por elementos normativos cuya fuente formal son el pliego de condiciones y el contrato, por lo tanto, cuando se analiza cualquiera de los elementos esenciales de validez o eficacia tendrá que acudir a las reglas y exigencias estipuladas en dichos marcos normativos para poder saber si efectivamente se cumplen estrictamente y cuáles serían las consecuencias jurídicas en caso contrario.

La definición teórica del acto administrativo (general o particular) que usualmente se usa, para esta Sala resulta insuficiente si no se tiene en cuenta que el pliego de condiciones y el contrato son fuentes formales obligatorias e ineludibles para la formación del acto administrativo contractual. De esta forma, entonces, cuando se acusa la nulidad de cualquiera de dichos actos tendrá que tenerse en cuenta qué exigencias particulares y concretas, y de qué naturaleza, son las que los configuran, con el objeto de adecuar las causales de anulación consagrados en el artículo 84 del CCA, al caso particular y concreto. Así, cuando se acusa de falta o falsa motivación del acto administrativo que declaró desierto el proceso de licitación o el que adjudica a uno de los proponentes y no a otro, quien demanda, el juicio sobre la exigencia de las razones y motivos que fundamenten el acto administrativo contractual se encuentran en el pliego de condiciones. Lo mismo ocurre cuando se acusa de falta de competencia de quien suscribe el acto administrativo contractual que impone una multa, por ejemplo. Puede ser que dentro del contrato se haya señalado quién sea el delegado y bajo qué condiciones se puede ejercer aquella, lo cual permite evaluar la validez de dicho acto.

2.3.2.- Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La actividad de la administración contractual. El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como "la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,"⁴⁰ de tal manera que "la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento"⁴¹ y que todos sus pronunciamientos "deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados."⁴²

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se suspendan provisionalmente o declaren nulos, una vez queden en firme los actos que la comprenden, toda ella está conforme con el ordenamiento y por ende queda cobijada con la presunción de legalidad.

En otras palabras, "se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto."⁴³

⁴⁰ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo. Op. cit. p. 41.

⁴¹ Ibidem, p. 42.

⁴² Ibidem, p.43.

⁴³ Ibidem, p. 54-55.

Esta presunción de legalidad se encuentra desarrollada en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que disponen que "salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento" y que "salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo."

Así las cosas, quien pretenda la declaratoria de nulidad de un determinado acto administrativo no sólo tiene a su cargo la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

2.3.3.- Causales de anulación.

Previo a referirse sobre las causales de nulidad de los actos administrativos, es importante precisar la diferencia existente entre la existencia, eficacia y validez de los mismos, por lo que resulta pertinente traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de septiembre de 2015⁴⁴ precisa que el objeto de la anulación de los actos administrativos se refiere a la existencia, validez y eficacia de los mismos. El primero surge desde su expedición y se trata de la "constatación de su presencia en el mundo físico". El segundo, "alude a la oponibilidad" y se verifica desde su publicación o notificación, según sea un acto general o particular. En "cuanto a la validez de los actos administrativos, ya sean generales o particulares, esta se determina por los mismos factores que subyacen en las causales de nulidad, como son el respeto a las normas que lo gobiernan, la expedición por parte de autoridad competente, la garantía del derecho de defensa y la existencia de una motivación real y jurídicamente aceptable, así como ejercer la autoridad con el propósito de satisfacer el interés general de la administración".

En concordancia con lo anterior, en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se advierten las causales de anulación de los actos administrativos.

2.4.- Carga de la prueba en los procesos en los que se persigue la nulidad de actos administrativos y/o de contratos estatales.

Respecto a este tipo de normas, el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo estableció:

Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente.

En concordancia con lo anterior, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil señala:

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicado No.: 110010325000201000286 00 (2360-2010).

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

Así las cosas, forzoso es concluir que la carga de la prueba en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter contractual se encuentra a cargo del demandante, quien debe acreditar las causales de nulidad alegadas contra el acto administrativo demandado.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

Habiendo hecho las anteriores precisiones, a continuación se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en el proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

1.1. Expediente precontractual de la licitación objeto de litigio (CD, fl. 257, c. 1):

1.1.1. Resolución 82583 del 27 de noviembre de 2008, por la cual se ordenó suspender los términos de la etapa de proyecto de pliego de condiciones para la licitación pública No. 001 de 2008, en atención a que cursaba en el Congreso un proyecto de Ley que tenía por objeto modificar parcialmente la Ley 643 de 2001, que fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar y existía la posibilidad de que se trasladara la competencia de la explotación de las apuestas a los departamentos y al distrito capital conjuntamente y en coordinación con el gobierno nacional.

1.1.2. Resolución 82747 del 18 de diciembre de 2008, por la cual se reinició la etapa de proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública No. 001 de 2008.

1.1.3. Resolución 82797 del 22 de diciembre de 2008, por la cual se ordenó la apertura de la licitación pública 001 de 2008. Allí se estableció que el cierre de la licitación sería el 6 de febrero de 2009 a las 3:00 p.m.

1.1.4. Pliego de condiciones de la licitación pública No. 001 de 2008:

RECOMENDACIONES GENERALES

La Empresa Territorial para la Salud - ETESA se encuentra interesada en recibir propuestas para: "AUTORIZAR LA OPERACIÓN DE LAS APUESTAS QUE SE REALICEN SOBRE LOS RESULTADOS DE EVENTOS HIPICOS NACIONALES O EVENTOS HIPICOS

NACIONALES Y FORANEOS, A TODAS LAS PERSONAS JURIDICAS QUE REUNAN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN ESTE PLIEGO Y CON QUIENES SE SUSCRIBIRAN CONTRATOS DE CONCESION”, sin que por ello se entienda que los concesionarios o autorizados ostenten o adquieran la exclusividad en la operación del juego, ni que ETESA pierda la facultad de realizar posteriormente una nueva convocatoria pública.

(...) Los contratos de concesión se adjudicaran a solo dos (2) proponentes, que cumpliendo con los requisitos habilitantes obtengan el máximo puntaje para operar el hipódromo en dos (2) Departamentos (Entidades Territoriales) diferentes, los que podrán optar por las siguientes posibilidades:

- 1- OPERAR EXCLUSIVAMENTE APUESTAS NACIONALES.
- 2- OPERAR APUESTAS NACIONALES Y FORANEAS

(...) 1.5. CRONOGRAMA

AVISO A CÁMARA DE COMERCIO	09 de septiembre de 2008
PUBLICACIÓN VEEDURÍAS	10 de septiembre de 2008
PUBLICACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA	19 de diciembre de 2008
PUBLICACIÓN PROYECTO PLIEGOS EN LA PÁGINA WEB	Desde el 19 de septiembre hasta el 04 de noviembre de 2008
TERMINO RECIBO OBSERVACIONES PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES	Desde el 19 de septiembre al 04 de noviembre de 2008
ESTUDIO DE OBSERVACIONES	Desde el 07 al 14 de noviembre de 2008
PUBLICACIÓN 1ER AVISO	19 de septiembre de 2008
PUBLICACIÓN 2DO AVISO	23 de septiembre de 2008
PUBLICACION TERCER AVISO – PRORROGA PUBLICACION PROYECTO DE PLIEGOS	10 de octubre de 2008
ACTO DE SUSPENSIÓN TERMINOS DE LAS ETAPAS DEL PRE - PLIEGOS	14 de noviembre de 2008
PUBLICACION CUARTO AVISO – REINICIO DEL PROCESO ACTO DE REINICIACION DE LA ETAPA DE PREPLIEGOS	18 de diciembre de 2008.
RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGOS EN LA WEB	19 de diciembre de 2008
ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA APERTURA DEL PROCESO – PUBLICACION DE PLIEGOS DEFINITIVOS.	22 de diciembre de 2008.
AUDIENCIA PARA ALCANCE Y PRECISIÓN PLIEGOS, ASÍ COMO DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN.	15 de enero de 2009 a las 10:00 a.m. Sala de Juntas ETESA, Avda 15, No 103-37, 5º Piso, Bogotá.
TERMINO MÁXIMO PARA PRESENTAR SOLICITUDES DE MODIFICACIONES A LOS PLIEGOS DEFINITIVOS Y PARA EXPEDIR O PUBLICAR ADENDAS	02 de febrero de 2009 hasta las 03:00 p.m.
AUDIENCIA DE CIERRE DE LA LICITACION Y APERTURA DE LAS PROPUESTAS.	06 de febrero de 2008 a las 03:00p.m., Sala de Juntas de ETESA, 5º Piso, Avda. 15, No 103-37, Bogotá.
EVALUACIÓN PROPUESTAS	Desde el 09 al 24 de febrero de 2009
PUBLICACIÓN DE INFORMES DE EVALUACION Y TRASLADO	Desde el 02 al 06 de marzo de 2009

AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN	13 de marzo de 2009 a las 03:00 p.m., Sala de Juntas ETESA, 5º Piso, Avda. 15 No 103-35 Bogotá.
SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS	Desde el 16 al 31 de marzo de 2009

1.6. MODALIDAD DE SELECCIÓN Y FORMA DE ADJUDICACIÓN

Las apuestas en eventos hípicos es una modalidad de juego de suerte y azar regulada por la Ley 643 de 2001, especialmente en sus artículos 36 y 37.

La operación de conformidad con el artículo 7 de la Ley 643 de 2001, se realiza por intermedio de terceros, personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos estatales de concesión o contratación en términos de la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y complementarios en especial los Decretos 2170 de 2002 y 2474 de 2008, así como el Decreto 2482 del 2 de septiembre de 2003, Acuerdos 004 de 2004 y 008 de 2005 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, reglamentos de las apuestas en eventos hípicos, y el Reglamento de Carreras expedido por la Comisión Colombiana de carreras de Caballos P.S.I., que no sean contrarias a las normas legales antes mencionadas.

La modalidad de selección que considera la Empresa Territorial para la Salud - ETESA para autorizar la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicos nacionales y/o nacionales y foráneos, a todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos establecidos y con quienes se suscribirán contratos de concesión es la señalada en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, es decir: LICITACION PUBLICA, teniendo en cuenta que es la regla general de la contratación Estatal, con la cual, en atención a la naturaleza del objeto propuesto y su connotación en el Estado Colombiano, se asegura entre otros aspectos, el cumplimiento de los principios que rigen la contratación Estatal.

Dada la naturaleza del objeto de la Licitación Pública, se concederá la autorización para la operación, a solo los dos proponentes que obtenga los mayores puntajes según el departamento donde ofrezcan ubicar el hipódromo nacional, y que reúnan los requisitos establecidos en este pliego de condiciones, con quienes se suscribirán contratos de concesión, sin que por ello se entienda que los Concesionarios ostenten o adquieran la exclusividad en la operación del juego, ni que ETESA pierda la facultad de realizar posteriormente una nueva convocatoria pública. Las concesiones se otorgaran en Audiencia Pública de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2474 de 2008.

(...)

1.11. ADENDAS

Cualquier modificación del pliego de condiciones se efectuará a través de adendas, las cuales se publicarán en la página Web de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA y harán parte integral de la licitación.

En atención al artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, dichas Adendas solo se podrán

expedir hasta los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha prevista en el Pliego de Condiciones como de cierre de la Licitación Públicas.

(...)

2.11 DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACIÓN.

Dentro del mismo término de adjudicación, la Empresa Territorial para la Salud – ETESA, por motivos o causas que:

- Impidan la escogencia objetiva del contratista (en este caso la verificación y cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones con el fin de obtener la autorización para poder operar y suscribir el respectivo contrato de concesión).
- Cuando no se presente ningún participante hábil que cumpla con los requisitos exigidos en la convocatoria.
- Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones.

Podrá declarar desierta la licitación, mediante acto administrativo motivado, conforme con lo previsto en el artículo 30, numeral 9o, Inciso 3o., de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el numeral 18 del artículo 25 de la misma norma.

(...)

3.3.5.7. EXIGENCIAS MINIMAS EN MATERIA DE SISTEMAS

En el documento Anexo Técnico se detalla y explica numeral por numeral cada una de las exigencias mínimas en materia de sistemas.

(...)

3.3.5.7.3.- TERMINALES FIJAS. Remitirse a anexo técnico.

3.3.5.7.4.- TERMINALES MOVILES. Remitirse a anexo técnico.

1.1.5. Anexo técnico definitivo (fl. 20 – 22, c. 8)

(...) TERMINALES FIJAS.

(...) Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos.

(...) Las terminales serán de propiedad del concesionario o de la red de distribución que contrate para el efecto. No se aceptarán ni permitirán terminales de propiedad del punto de venta.

TERMINALES MÓVILES.

(...) Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos.

(...) Las terminales serán de propiedad del concesionario o de la red de distribución que contrate para el efecto. No se aceptarán ni permitirán terminales de propiedad del punto de venta. (...)

- 1.1.6.** Audiencia para alcance y precisión de pliegos y distribución de riesgos de la contratación dentro de la licitación, realizada el 15 de enero de 2009, en la que no se hizo ninguna observación respecto a las exigencias para las terminales fijas y móviles.
- 1.1.7.** Respuesta a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Equus Comuneros S.A. y Empresas Afiliadas, dentro de las cuales se discutieron las exigencias para las terminales móviles y fijas:

(...)

PREGUNTA 24: Solicitamos excluir la obligación estipulada en el Anexo Técnico (páginas 21 y 22) para que las terminales fijas y móviles deban ser nuevas, **lo anterior, solo beneficia a algún proveedor y/o fabricante de las mismas, además, carga costos innecesarios al proyecto.** Las terminales deben cumplir los requerimientos exigidos, especialmente, los tiempos de respuesta solicitados independientemente de ser o no nuevas. En nuestro caso particular, la terminales que operaban el contrato de concesión que venció en febrero del año pasado, cumplen a cabalidad los requerimientos exigidos, por tanto, no tendría sentido, desecharlas sin ser necesario.

RESPUESTA: Los Anexos Técnicos Definitivo en las páginas anotada por el interesado, no estipula como obligación únicamente que los terminales deban ser nuevos, **se permite terminales que al momento de la publicación de estos pliegos de condiciones (22 de diciembre de 2008), se encuentren operando,** como lo estipula las paginas mencionadas.

PREGUNTA 25: Igualmente, en las mismas páginas del Anexo Técnico, para las terminales fijas y móviles, se solicita que éstas cuenten con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos. Respetuosamente, solicitamos precisar quién certifica tal aceptación y en qué condiciones lo haría. En su defecto, por ser un criterio ambiguo, solicitamos su exclusión.

RESPUESTA: Algunos laboratorios capaces de certificar las terminales fijas y móviles para juegos son, entre otros: GLI, TST, BMM.

GLI: Gammig Laboratories International, con sede principal en New Jersey, USA. GLI puede certificar el software de terminales de juego a través de UNLP, La Universidad Nacional de La Plata, Argentina. <http://www.gaminglabs.com>.

TST: Technical Systems Testing North America Incorporated, con sede principal en Vancouver, Canadá, es otro laboratorio dedicado a certificación de juegos.

<http://www.tstglobal.com>.

BMM: BMM North America, Inc: tiene presencia en Lima, Perú.

<http://www.bmm.com>.

(...)

- 1.1.8.** Solicitud de revisión de los términos de la licitación pública No. 001 de 2008 presentada el 2 de febrero de 2009 por Andrés Gil Escobar. Se solicitaba ampliar el plazo para presentar propuesta.
- 1.1.9.** Solicitud de modificación a los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 001 de 2008 presentada el 2 de febrero de 2009 por International Entertainment Turf S.A. Ninguna observación relacionada con las exigencias de las terminales móviles y fijas.
- 1.1.10.** Resolución No. 0095 del 2 de febrero de 2009, por medio de la cual se amplió el plazo y modificó el cronograma en el proceso de licitación pública No. 001 de 2008.

RESUELVE:

ARTICULO 1º. Ampliar el plazo del proceso de licitación pública No.001 de 2008, en consecuencia el cronograma a partir del término para presentar solicitudes de modificación a los pliegos quedará así:

ETAPAS	FECHA
TERMINO MÁXIMO PARA PRESENTAR SOLICITUDES DE MODIFICACIONES A LOS PLIEGOS DEFINITIVOS	02 de febrero de 2009 hasta las 03:00 p.m.
TERMINO MÁXIMO PARA EXPEDIR O PUBLICAR ADENDAS	18 de febrero de 2009
AUDIENCIA DE CIERRE DE LA LICITACION Y APERTURA DE LAS PROPUESTAS.	26 de febrero de 2009 a las 03:00p.m., Sala de Juntas de ETESA, 5º Piso, Avda. 15, No 103-37, Bogotá.
EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS	Del 27 de Febrero al 13 de Marzo de 2009
PUBLICACIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN, TRASLADO Y RECIBO DE OBSERVACIONES A LA EVALUACIÓN POR PARTE DE LOS PROPONENTES. ARCHIVO Y CORRESPONDENCIA. O CONTACTENOS@ETESA.GOV.CO	Del 16 al 20 de Marzo de 2009
ESTUDIOS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS A LOS INFORMES DE EVALUACIÓN	Del 24 al 27 de Marzo de 2009.
AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN	30 de marzo de 2009 a las 03:00 p.m., Sala de Juntas ETESA, 5º Piso, Avda. 15 No 103-35 Bogotá.
SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS	De 6 al 13 de Abril de 2009

ARTICULO 2º. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deberá publicarse en el SECOP así como en la página web de Etesa.

- 1.1.11.** Respuesta emitida el 11 de febrero de 2009 a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Andrés Gil Escobar. Ninguna observación relacionada con las exigencias de las terminales fijas y móviles.
- 1.1.12.** Adenda No. 1 al pliego de condiciones emitida el 18 de febrero de 2009. No se realizó ninguna modificación a las exigencias de las terminales fijas y móviles.
- 1.1.13.** Oficio del 19 de febrero de 2009 presentado por International Entertainment Turf S.A., en el que se le solicita a ETESA que dé respuesta a las observaciones hechas oportunamente, dado que venció el término para contestar observaciones y realizar adendas, sin que ello ocurriera.
- 1.1.14.** Respuesta emitida el 23 de febrero de 2009 a observaciones realizadas al pliego de condiciones por International Entertainment Turf S.A. Ninguna relacionada con las exigencias de las terminales móviles y fijas.
- 1.1.15.** Respuesta a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Luis Fernando García, Carlos Rojas, José Lemus Barria y Raimundo Vélez. Ninguna relacionada con las exigencias de las terminales móviles y fijas.
- 1.1.16.** Resolución No. 0174 del 25 de febrero de 2009, por medio de la cual se ordenó suspender el proceso de licitación por 15 días hábiles, en atención a que en el proceso de licitación se encontraban interesadas personas de otros países y requerían del trámite de documentos en su país de origen, para lo cual no alcanzarían a presentar la propuesta en la fecha inicialmente prevista.
- 1.1.17.** Respuesta emitida el 10 de marzo de 2009 a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Equus Comuneros S.A. y empresas afiliadas. Ninguna relacionada con las exigencias de las terminales móviles y fijas.
- 1.1.18.** Respuesta sin fecha a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Equus Comuneros S.A. y empresas afiliadas, dentro de las cuales se señaló lo siguiente respecto a las exigencias de las terminales móviles y fijas:

(...) RESPUESTA: Es de manifestarle que respecto de las observaciones planteadas por usted de fecha 16 de Febrero del 2009 las mismas se encontraban por fuera del término establecido en el cronograma que se encuentra en la resolución No 0095 del 2009, por medio de la cual " Se amplía el plazo y se modifica el cronograma del proceso de licitación pública 001 de 2008" , motivo por el cual, en el transcurso de este proceso se han venido dando respuestas a todas sus observaciones, las cuales fueron presentadas en varios escritos, algunas dentro del término para efectuar modificaciones a los pliegos y otras no.

En el día de hoy en todo caso se da respuesta a su comunicación del 16 de Febrero de 2009, haciendo las aclaraciones que requieren sus inquietudes. Por lo tanto, consideramos que tanto las respuestas a sus observaciones como el tiempo concedido son suficientes y necesarios para efectuar los ajustes pertinentes, entre ellos sus estándares tecnológicos que es hacia donde se dirigen todos los juegos de competencia de ETESA y el cual no puede ser ajeno a las apuestas en eventos Hípicos Nacionales y Nacionales y Foráneos.

(...)

SÉPTIMA: Sobre la precisión dada en la respuesta a la pregunta 25 referente al aspecto de la certificación técnica de las terminales fijas y móviles queremos se precise que aspecto de las terminales debe ser certificado, la relación de laboratorios capaces de realizar la certificación por sí sola no precisa nuestra inquietud. Igualmente, queremos dejar expuesto que todos los laboratorios se encuentran por fuera del país, aspecto que conlleva un trámite adicional y complejo para su cumplimiento.

RESPUESTA: En respuesta pasada se le manifestó cuales eran los laboratorios que pueden expedir certificaciones entre ellos GLI, TST Y BMM, si bien es cierto todos se encuentran por fuera del país es un requisito indispensable que tienen que cumplir, a más de ello se le informa que no necesariamente tienen que enviar todas las terminales fijas o móviles, se envía una muestra de cada una, la cual por casos presentados con nuestras máquinas tragamonedas efectúan la certificación de manera rápida, eficiente y a un costo moderado. La certificación como tal hace relación a todos los aspectos de la terminal de acuerdo con las condiciones establecidas en el anexo técnico de la presente licitación.

(...)

NOVENA: Respecto de la pregunta 24 y su respuesta que versa sobre la condición de que las terminales fijas y móviles **sean nuevas o se encuentren en operación al 22 de diciembre de 2008** es claro que el requerimiento se compone de dos posibilidades y, por tanto, restringe otras razonablemente posibles, generando sobre costos innecesarios al proyecto.

Fundamentamos nuestra apreciación en el hecho que, como es de conocimiento de ETESA, las terminales utilizadas por nosotros en operación del contrato No. 059 de 2000, son óptimas para operar el contrato que resulte de la posible adjudicación de la licitación en cuestión. Al respecto, es importante tener en cuenta que las terminales, por un lado, **no están obsoletas y;** por otro, no se encuentran en operación porque hasta el inicio del proceso licitatorio 01 de 2008 era imposible hacerlo.

Entonces, el requerimiento, en nuestro caso particular, nos obligaría a trabajar en dos caminos. El primero, reemplazarlas realizando una cuantiosa inversión innecesaria pues como se mencionó nuestras terminales están lejos de su obsolescencia. El segundo, obligados a tener que utilizar algunas que se encuentre en operación al 22 de diciembre de 2008, ETESA sabe con precisión que las únicas actualmente en operación están al servicio del contrato en ejecución por parte de International Entertainment Turf, opción absolutamente inviable.

Por lo anterior, de manera respetuosa, solicitamos nuevamente a ETESA se reconsidere el requerimiento sobre este particular y nuestra solicitud.

RESPUESTA: Cuando se manifiesta que las terminales fijas y móviles deben ser nuevas o se encuentren en operación al 22 de diciembre del 2008, es necesario aclarar la importancia que juegan los laboratorios certificadores de las terminales tales como GLI, TST Y BMM, y en el país por parte de las Universidades que tengan la capacidad de certificar las condiciones Técnicas requeridas en los pliegos, como la Universidad Católica, entre otras,

pues son ellos quienes verificaran y darán fe que las terminales que serán utilizadas en las apuestas, se encuentran en óptimas condiciones y no sean obsoletas.

Ahora bien si una terminal, es enviada a un laboratorio certificador y la misma al no cumplir con los requisitos, implica un cambio en alguna de sus piezas se considerara para tal efecto que la misma ha sido renovada en su tecnología considerándose para tal efecto nueva, igualmente si una la terminal que es certificada por el laboratorio porque la misma es eficiente y apta para las apuestas, si es de años anteriores la misma debe ser actualizada en su programa y entonces la misma será considerada renovada o nueva.

Para la administración y de conformidad con los pliegos, en su análisis integral de los acápite "TERMINALES FIJAS" y "TERMINALES MOVILES" se evidencia que lo que prima es que estas cumplan las condiciones técnicas y tecnológicas, además de las especificaciones establecidas en los pliegos: Se aclara que lo expresado en cuanto a que sean terminales nuevas o en operación sólo es un parámetro o criterio de orientación y no es una condición necesaria o excluyente para participar en la Licitación, y que los aspectos fundamentales son; como ya se dijo; el cumplimiento y demostración de las condiciones técnica, tecnológicas y todas las especificaciones de las terminales consignadas en los pliegos (Anexos Técnicos).

(...)

Observaciones respecto al anexo técnico:

(...)

SEPTIMO: Finalmente, respetuosamente recordamos a la Entidad que el día 20 de febrero de 2009 radicamos un comunicado con observaciones y solicitudes que aún no han sido respondidas. Las precisiones sobre las mismas son absolutamente necesarias para la correcta construcción de propuestas para cualquier posible proponente. Al respecto queremos reiterar las siguientes:

- a. Reconsiderar el requerimiento de exigir que las terminales fijas y móviles sean nuevas. **Sí bien el requerimiento también permite terminales actualmente en operación, este requerimiento, como es de pleno conocimiento de ETESA, sólo puede cumplirlo International Entertainment Turf.** Por tanto la única opción es realizar una innecesaria inversión reemplazando terminales que están lejos de su obsolescencia.

RESPUESTA: En el presente documento se da respuesta a todas las inquietudes presentadas en su comunicación de fecha 20 de febrero de 2008.

1.1.19. Respuesta sin fecha a observaciones realizadas el 16 de marzo de 2009 al pliego de condiciones por Promesa de Sociedad Futura HIPODROMO SAN ANTONIO DE BOGOTA S.A.S.:

(...) **EN LA NUMERO 8:** "...8. En cuanto a las respuestas dadas en relación con nuestra solicitud para modificar el requerimiento que exigía que las terminales fijas y móviles fueran

nuevas, independientemente de si la modificación indicada en la respuesta requiere o no adenda modificatoria, **se establecen dos procedimientos que de ninguna manera podemos cumplir faltando menos de tres días hábiles para el cierre del proceso.** También importante dejar constancia que la solicitud la realizamos desde el día 28 de enero de 2008 y la respuesta dada por la Entidad el 18 de febrero no fue suficiente para establecer con precisión, la forma correcta de cumplir con la exigencia estipulada en el pliego de condiciones. Sólo hasta la publicación de respuestas del 13 de marzo de 2009 se logró la precisión requerida para cumplir la exigencia en cuestión.”.

RESPUESTA: Los requisitos en relación con la terminales en los pliegos tiene dos variables o alternativas que vienen establecidas desde los prepliegos y todos los interesados las conocían, y bien podían haber acudido a una de las dos. En principio usted planteó su inquietud en relación con una sola de ellas, que fue en cuanto a los laboratorios o entidades que les permitieran acreditar una de las opciones y ETESA le dio una orientación sobre el particular porque es claro que a los interesados les corresponde averiguar en el mercado que entidades públicas o privadas nacionales o internacionales que tienen la capacidad, experiencia o posibilidad de hacerlo. Etesa en este tema se limitó a señalarle al interesado algunas de las opciones existentes en el mercado, pero es claro que contó desde el principio con las dos opciones y en particular frente a una de ellas (La primera) contó con el tiempo suficiente para hacer las gestiones sobre el particular.

EN LA NUMERO 9: “...9. Para precisar lo anterior, el nuevo requerimiento establece dos caminos de acción para las terminales. Uno para las terminales nuevas y otro para las terminales no nuevas que deben ser “actualizadas”. En nuestro caso particular, para cumplir el plan de expansión estimado, utilizaremos terminales nuevas y “no nuevas”.

RESPUESTA: Se insiste en que no existe un nuevo requerimiento que se desprenda de la respuesta dada al interesado, pues lo planteado por el interesado en relación con las terminales viene establecido desde los prepliegos.

EN LA NUMERO 10 y 11: “...10. Según las respuestas dadas, para que se acepten terminales “no nuevas” cada una de ellas debe ser entregada a un laboratorio en el exterior de los referenciados ó a una Universidad con capacidad para certificar terminales, se referencia la Universidad Católica, para que se establezca sí para cada una de ellas debe ser reemplazada alguna de sus piezas y/o debe ser actualizado su programa, en caso afirmativo a lo anterior, ésta se entenderá “renovada” y ETESA la considerará como nueva. **Será que tal procedimiento necesario para cumplir el requerimiento se puede realizar en menos de tres días hábiles. Será qué podremos entregar más de 100 terminales a la Universidad Católica, hoy 16 de marzo de 2009, ésta última realizar la respectiva evaluación, cambio de elementos y/o actualización de programas, expedir las certificaciones necesarias y nosotros adjuntarla a nuestra propuesta en menos de tres días hábiles.** La respuesta es: No, es absolutamente imposible cumplir el requerimiento.

“...11. Para las terminales nuevas se establece que se debe enviar a algún laboratorio de los referidos, en el exterior, una de las terminales para que sea certificada. Se indica que en la experiencia con máquinas tragamonedas, el proceso es rápido, eficiente y a un costo moderado. Será tan rápido y eficiente para podamos comprar una terminal nueva, que ésta llegue a nuestras manos, que enviemos al exterior la terminal para su certificación, que el

laboratorio la reciba y la certifique; que el laboratorio expida la respectiva certificación, que recibamos la certificación y que la anexemos a nuestra propuesta en menos de tres días hábiles (como es claro, nadie, razonablemente, compraría equipos hasta obtener la respectiva adjudicación por qué sí), hoy con la precisión dada, estamos obligados a comprar, al menos, una terminal para enviar al exterior. Cómo sea, la precisión/modificación del requerimiento es **imposible** de cumplir en el tiempo disponible. Sí la modificación se hubiera establecido con precisión desde el día 18 de febrero de 2009 de pronto el tiempo para cumplir el requerimiento sería suficiente. ..”

RESPUESTA: (...)

1. En la propuesta DE CONFORMIDAD CON LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y EL ANEXO TÉCNICO se expresa que se deben especificar detalladamente las características técnicas de las terminales, tales como marca, tipo, velocidad, modelo, memoria interna, precio, y demás aspectos básicos, entre ellos, su calidad en cuanto a condición de nuevas o ya operadas. Este requerimiento está claramente especificado en el anexo técnico de los pliegos de condiciones.
2. Si bien se debe certificar la aceptación tecnológica de las terminales en el mercado de los juegos, **esta certificación en los pliegos y en el anexo técnico no se exige que debe presentarse como requisito para la evaluación lo que evidencia que puede acreditarse para la ejecución de la concesión;** de tal manera que el proponente cuenta con el tiempo suficiente para certificar sus terminales.
3. El procedimiento de certificación sugerido por Etesa, y examinado en detalle por ustedes, para la certificación de las terminales, en ningún modo es el único posible. Por ejemplo, si las terminales a usar son nuevas, es muy fácil exigir al fabricante, importador o distribuidor la certificación del modelo a adquirir en materia de especificaciones técnicas, seguridad y protección contra fraude, entre otros aspectos, por parte de laboratorios certificadores de terminales de juego. Si, a pesar de las comodidades ofrecidas por el uso de terminales nuevas, como garantía, soporte, bajo consumo de energía, certificación tramitada por el fabricante, dimensiones y peso eficientes, posibilidad de actualización, etcétera, el proponente insiste en utilizar terminales ya operadas, deberá, antes de certificar el modelo de terminal, garantizar la autenticidad u originalidad de cada terminal específica. Una vez avalada o garantizada la originalidad de las terminales podrá acudir al fabricante o distribuidor para solicitar la certificación del laboratorio o acudir directamente a este. No está de más señalar que el uso de terminales ya operadas conlleva un riesgo de obsolescencia, que afecta directamente la seguridad de la máquina.

1.1.20. Resolución No. 267 de 18 de marzo de 2009 por la cual se reactivó el proceso de licitación pública, por haber concluido el término de suspensión.

1.1.21. Acta de cierre y apertura de propuestas realizada el 18 de marzo de 2009, en el que consta que presentaron propuesta: (i) International Entertainment Turf S.A. y (ii) Proyecto de Sociedad Futura Hipódromo de San Antonio de Bogotá S.A.S. Se realizaron las siguientes observaciones:

- El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica manifestó que se estudiaría la posibilidad de que International Entertainment Turf S.A. pudiera participar en el proceso y presentar propuesta, teniendo en cuenta que para ese momento tenía contrato vigente con ETESA.

- La Sociedad en promesa Promotora Hípica de Colombia S.A.S. alegó que existía nulidad en el proceso y que por eso no había presentado propuesta. Argumentos a los que se adhirió Promotora Hipódromo Región Capital S.A., quien tampoco presentó propuesta por considerar que había nulidad en el proceso.
- Otro posible oferente informó que el 10 de marzo de 2009 había radicado queja en la Procuraduría por las irregularidades que había en dicho proceso de selección, particularmente en lo que se refiere a la transparencia, imparcialidad y moralidad.
- También se puso de presente que aunque el término para presentar observaciones había terminado el 2 de febrero de 2009, ETESA había contestado a observaciones realizadas el 12 y 16 de marzo de 2009 y había hecho aclaraciones al pliego de condiciones, que en realidad eran modificaciones que debieron haberse hecho por adenda oportunamente. Esta última respuesta fue dada tan sólo 1 día hábil antes del cierre del proceso.

1.1.22. Propuesta presentada por International Entertainment Turf S.A. (c. 9 – 12, 21).

1.1.23. Propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Hipódromo San Antonio de Bogotá Sociedad por Acciones Simplificada S.A.S. (c. 17 – 19, 22<).

1.1.24. Resolución 0398 del 3 de abril de 2009, por medio de la cual se declara desierta la licitación pública No. 001 de 2008:

CONSIDERANDO: (...)

Que tal y como lo preceptúa el inciso 3º del artículo 3º del Decreto 2474 de 2006, "en desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ~~los~~ *estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone...*" (negrilla y cursiva fuera de texto).

Por otra parte el Artículo 6º del citado decreto establece del "Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, *el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta...*" (negrilla fuera de texto).

Que el artículo 25 de la ley 80 de 1993, en su numeral 18 reza:

"ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

... 18. La declaratoria de desierta de la licitación 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..."

Que de conformidad con las normas precitadas las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y sus anexos, deben ser claras, objetivas e imparciales que permitan a la entidad realizar una selección dentro de los parámetros de igualdad, sin elementos subjetivos que permitan la pluralidad de oferentes y la escogencia en igualdad de condiciones.

Que tal y como figura en el anexo técnico en los acápites TERMINALES FIJAS y TERMINALES MOVILES en que se establece una condición con relación a las mismas que reza: "*TERMINALES FIJAS....Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos.... TERMINALES MOVILES....Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos....*" sobre la cual han existido cuestionamientos por parte de los oferentes en cuanto a su redacción, sentido y alcance, así como en cuanto a las aclaraciones que la entidad intentó hacer dentro del presente proceso.

Que por lo anterior, se puede colegir evidentemente la absoluta imposibilidad de dar aplicación a una regla condicionante que no guarda congruencia al factor técnico como tal y que podría conllevar a varios modos de interpretación y a la vez, establecer limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende y a las necesidades básicas de la misma, que podría vulnerar el principio de transparencia conforme al referente establecido en Sentencia C-508 de 2002, en donde se expresa lo siguiente: "*(...) Así las cosas en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa;... la selección del contratista mediante la licitación pública o concurso, como lo señala este tribunal, es uno de los aspectos que merece especial interés en el estatuto de contratación pública (...), pues se garantiza que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia del contratista serán claros, nítidos, transparentes en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del estado social de derecho (Art. 1º C.P.).*"

El literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece que en los términos de referencia " se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso".

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 denominado selección objetiva establece que es objetiva la selección en la cual " la escogencia se hace 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".

El Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha señalado que el pliego de condiciones o términos " es un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los participantes en el proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones en las oportunidades previstas en el estatuto de contratación, que lo son exclusivamente con antelación al cierre del proceso, y finalmente que la declaratoria de desierto únicamente procede por motivos o causas que impidan una selección objetiva; que debe ser elaborados previamente de manera completa sin expresiones ambiguas o confusas que conduzcan a decisiones de carácter subjetivo".

El doctrinante JOSÉ PINO RICCI, en su tratado "*Régimen Jurídico de los contratos estatales - pagina 256 señala: Cuando un proceso selectivo público resulta fallido, es decir, no culmina con la adjudicación del contrato en razón a la imposibilidad de garantizar el deber de selección objetiva, se generan dos hipótesis de contratación directa. Estas causales están previstas en los literales g y h numeral 1 del artículo 24 E.C. En el literal g se incorporó la declaratoria de una licitación o concurso, y en el literal h de la declaratoria de desierto de un proceso de contratación directa que se realiza por convocatoria pública...*

Es claro que el evento de contratación directa que se deriva de la declaratoria de desierto no surge si las razones que le permiten a la entidad adoptar la determinación son imputables a errores u omisiones en los que ha incurrido o que ha cometido, o a la incorporación de reglas inconstitucionales o ilegales. Las entidades podrán utilizar este evento de contratación directa si los motivos en los que se poya la declaratoria de desierto del proceso corresponden a la no presentación de ofertas a sus defectos, es decir, a circunstancias imputables a los mismos oferentes, o en general, a factores ajenos a la voluntad de la administración. Si la entidad declara fallido el proceso selectivo público por sus propios errores, no podrá acudir al mecanismo de la contratación directa sino que

✍

deberá tramitar, en debida forma, una nueva licitación, concurso o convocatoria pública."
 (Cursiva fuera de texto).

Se destaca que si bien existió error en los términos de referencia, este yerro no fue evidenciado por los oferentes en su oportunidad y tampoco por parte de la administración, razón por la cual no procede la modificación a tales términos, en la etapa para ello previsto y no es esta la oportunidad para realizar algún tipo de modificación o precisión, lo que da lugar a que la administración tome una decisión sobre el particular a efectos de preservar la selección objetiva.

RECOMENDACIÓN

El comité de Contratación celebrado en fecha 02 de abril de 2009 a las 10:00 a.m., en la Sala de Juntas de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA, recomienda *al ordenador del gasto*, declarar desierto el proceso de Licitación Pública No 001 de 2008 cuyo objeto es la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicos nacionales o nacionales y foráneos a todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos establecidos en este pliego y con quienes se suscriban contratos de concesión de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 5 Del Decreto 2474 del 2008, al ser confusa, imprecisa y ambigua la condición consignada en los acápites de TERMINALES FIJAS y TERMINALES MOVILES y por ende, resultar imposible evaluar de manera objetiva las propuestas presentadas dentro del proceso.

Que para tal efecto deberá expedirse acto administrativo motivado que declare desierto el proceso, el cual se comunicará a los oferentes.

De igual manera se recomienda que en el proceso de selección a iniciar por el mismo objeto, esta condición desaparezca y quede redactado de la siguiente manera:

"Las terminales deben cumplir con las condiciones y requerimientos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones".

Igualmente se recomienda examinar los pliegos a efectos de establecer que todas las condiciones o requisitos señalados tanto en los anexos técnicos como en los pliegos de condiciones permitan una selección objetiva.

~~Que~~ después de analizar la recomendación del Comité de Contratación, se concluye que esta es acertada y razonable al resultar imposible la selección objetiva de las propuestas presentadas, y 

Por todo lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Declarar desierto el Proceso de Licitación No. 001 de 2008, cuyo objeto es el de autorizar la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicos en hipódromos nacionales o nacionales y foráneos, a todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos establecidos en el pliego y con quienes se suscribirán contratos de concesión, aperturado mediante Resolución No. 82797 del 22 de diciembre de 2008.

1.1.25. Resolución 948 de 19 de junio de 2009, por la cual se confirmó la resolución No. 398 de 3 de abril de 2009, dentro de la licitación pública No. 001 de 2008.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD:

En principio el tema de las terminales fijas y móviles durante el desarrollo del proceso presentó confusiones, para los interesados en lo relacionado con la certificación de las mismas y para la entidad en el aspecto de la condición que llevó a la declaratoria de desierto al momento de clarificarla, en relación con su interpretación a la hora de calificar y finalmente frente a todo el contexto de una condición ambivalente que abarcaba el aspecto de que las terminales

eventualmente fuesen nuevas y que en el otro extremo estuviesen operando en el país al momento de la publicación de los pliegos, lo que obligó a ETESA a tomar una decisión en aras de proteger la objetividad de la selección, dentro del marco de lo justo, amparada en la lógica, en un sano juicio y con toda convicción jurídica para un caso como el que se examina como es la declaratoria de desierto.

Se limita el recurrente a cuestionar el aspecto que tiene que ver con el término nuevo y reduce su debate a este término centrando su censura únicamente a su definición y centra todo en este elemento, cuando para la administración la condición que no le permite "...realizar una selección dentro de los parámetros de igualdad, sin elementos subjetivos que permitan la pluralidad de oferentes y la escogencia en igualdad de condiciones...", tal como se expresó en el acto administrativo está contenida en todo el texto de la misma, es decir, en el texto completo que la compone, el cual manifiesta textualmente: "**...TERMINALES FIJAS... Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el mercado de juegos... TERMINALES MOVILES... Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación en el mercado de juegos...**".

Afirma el recurrente que el único proponente que no quiso atender la condición de terminales nuevas fue aquel quien indujo a la administración, según él a tomar la decisión fuera alejada de los supuestos normativos, afirmación esta descomedida y apartada de la realidad, máxime cuando en la propuesta presentada por la firma INTURF, se evidencia que las terminales que ofrece no son nuevas.

Luego el recurrente confunde la regla contenida en los pliegos, que es la que se cita completa en el acto administrativo, con la eventual aclaración que de uno de sus aspectos se intentó hacer por parte de la administración, la regla como tal es todo el texto de la condición contenido en los pliegos, que es diferente a la aclaración que se cita, que solo toca un aspecto de ella. La regla del pliego se expresa en todo un párrafo que se ha transcrito en el acto administrativo no en una expresión o un solo término de la misma, pues es una proposición condicionante compuesta de dos extremos que en ninguno de los mismos permite la selección objetiva y la administración la tomó como tal, y así fue que tomó su decisión al declarar desierto el proceso. El recurrente incurre en el error de mirar el árbol y pierde de vista el bosque.

No le asiste razón al apoderado de la impugnante al alegar la falsa motivación del acto administrativo, pues son claros los tres aspectos se resaltaron en la resolución impugnada:

1. "...la absoluta imposibilidad de dar aplicación a una regla que no guarda relación con el aspecto técnico como tal...".

ETA

2. Una regla que "...podría llevar a varios modos de interpretación..", y
3. Una regla que lleva a "...establecer una limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende...".

El interés público de la contratación, que está ínsito en los fines del estado frente a la licitación No. 001 de 2008 en cuanto al contar con unas terminales para la operación del juego es que dichas terminales estén en óptimas condiciones de funcionamiento y que reúnan las condiciones técnicas que señalan los pliegos, por ello cualquier limitante que eventualmente se establezca frente a las mismas debe guardar relación lógica, objetiva, razonable y ser coherente con estos fines. Resaltándose una vez más que toda la condición como tal está incluida dentro de un anexo técnico y que en sí misma no hace relación a aspectos técnicos. La administración cayó en la cuenta que no es dable limitar la libre participación de oferentes en un aspecto que no satisface la necesidad de la contratación, como es la exigencia excluyente y subjetiva de que por un lado las terminales fijas y móviles fuesen nuevas o por el otro de que estas estuviesen operando al momento de la publicación de los pliegos a esto es lo que se refiere el acto administrativo cuando expresa que es una regla *"...regla condicionante que no guarda relación con el hecho técnico como tal y que podría llevar a varios modos de interpretación..."* y se resalta por demás que *"...a la vez, establecer una limitante injustificada que no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende y a las necesidades básicas de la misma..."*, siendo así las cosas, al observar el riesgo se tomó a tiempo la decisión de declaratoria de desierta que todos conocen con sus respectivos fundamentos.

No existe falsa motivación del acto administrativo, pues la decisión se funda en la ausencia de objetividad en la selección del contratista, la cual consiste en que en un extremo se exige que las terminales sean nuevas para los que no estén operando en la actualidad, pero a quienes estén operando al momento de la publicación de los pliegos se les favorece siendo los únicos que podrían proponer terminales usadas, vulnerando el principio de igualdad, al establecer una condición que injustificadamente favorece a quienes estén operando apuestas en eventos hípicas lo cual en definitiva vulnera el principio de transparencia. A este aspecto es lo que se refiere la resolución impugnada cuando se manifiesta dentro de su motivación, la existencia de *"...una limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende..."*.

Así, de sostenerse esta condición, la cual no es objetiva ni justa, que restringe la pluralidad de oferentes, la cual beneficia solamente a una sociedad, excluyendo automáticamente a las demás no se estarían acatando los mandatos del estatuto de contratación, norma legal de obligatorio cumplimiento como lo consagran el inciso 3 del decreto 2474 del 2006, el artículo 6 del mismo decreto, el 25 de la ley 80 de 1993, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y sus anexos las cuales deben ser claras, objetivas

que sean imparciales que permitan a la entidad realizar una selección dentro de los parámetros de igualdad, sin elementos subjetivos que permitan pluralidad de oferentes y escogencia en igualdad de condiciones, igualmente, los cuestionamientos por parte de los oferentes en cuanto a su redacción, sentido y alcance, así como las aclaraciones que la entidad intento hacer dentro del presente proceso, que podría conllevar a varios modos de interpretación y a la vez, establecer limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación estatal que se pretende y a las necesidades básicas en la misma, que podría vulnerar el principio de transparencia se recomendó la Presidenta de esta entidad, en comité directivo de fecha 2 de abril imposibilidad de dar aplicación a una regla condicionante que no guarda congruencia al factor técnico como tal.

LA INTERPRETACION REALIZADA DENTRO DE LA LICITACION:

Ahora bien, respecto de la interpretación dada por esta entidad a la condición de las terminales fijas y móviles en las aclaraciones efectuadas dos días antes del cierre de la licitación 001 de 2008, se hace necesario destacar lo ha interpretado por el Honorable Consejo de Estado, cuando manifestó que los pliegos de condiciones pueden ser objeto de interpretación por parte de la entidad licitante, procurando que durante el proceso licitatorio, se logre obtener propuesta posible, tanto en precio como en condiciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones, por lo que tal fin resulta valido, que la entidad licitante realice interpretación teleológica de los preceptos que rigen los pliegos de condiciones que rigen el proceso licitatorio, en tal aspecto ha dicho el alto tribunal de lo contencioso:

" El pliego de condiciones, en razón de las normas de derecho que contiene, reguladoras del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever con absoluta exactitud todas las circunstancias que se van presentando en el desarrollo del concurso, para tal albor, el interprete estará bien guiado, si acude con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de la exigencia que consagran los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración, solo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o accidentales que revisten tales requerimientos, o permitirá deducir, si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada (...) si el proponente que resulto favorecido había sido conocida con anterioridad, y de modo directo, por la entidad por la entidad licitante la cual, por lo mismo, estaba en capacidad de certificar su seriedad idoneidad, no se ve obstáculo alguno para que utilizara ese conocimiento en la evaluación de las ofertas, sin que por ese solo hecho se pueda apreciar quebranto al principio de igualdad de los licitantes"

Finalmente, como se observa si el mencionado proceso licitatorio fue declarado desierto es porque contiene una regla inequitativa y discriminadora, que

establece condiciones desiguales para la participación y selección de los proponentes, en ella igualmente existían expresiones ambiguas y subjetivas, en ambos extremos de la regla que se ha citado, considerando su texto y sentido como un todo, que impedían la escogencia objetiva que fue lo que llevó a la declaratoria de desierta de la licitación, aún cuando dentro del proceso los interesados cuestionaron uno de los aspectos o extremos de la condición, a la administración le correspondía en aras del interés general considerar la regla en toda su extensión, así esta entidad analizó con sano juicio y de manera responsable consideró que no era procedente calificar las propuestas, y por ello se determinó no efectuar evaluación alguna frente a la declaratoria de desierta de la licitación.

En cuanto a la aclaración que se hizo a los pliegos, cabe decir, que en ningún momento tuvo lugar una modificación sustancial de los mismos, la administración lo que hizo fue efectivamente fue proferir una manifestación con base en el sentido gramatical del vocablo "Nuevo" o "nueva", lo que implica aclarar el alcance de la palabra.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 28 establece:

"...ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos comutativos..."

Esta aclaración se hizo dando alcance a la definición gramatical numero "3." y "5" de la palabra nuevo, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, segunda edición, que señala:

nuevo, va.

(Del lat. *novus*).

1. *adj.* Recién hecho o fabricado.

2. ...

3. *adj.* Repetido o **reiterado para renovarlo**.

4.

5. *adj.* **Que sobreviene o se añade a algo que había antes.**

6.

La administración procedió "dentro del plazo de la licitación" a dar respuesta a una solicitud de uno de los proponentes con fundamento en la parte final del numeral 4º. del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que derogó el numeral 4. Del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual expresa:

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

RTA

4c. <Aparte tachado derogado por el artículo 33 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008> ...

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia."

(Negrillas y subrayado fuera de texto).

En consecuencia, no se ha desvirtuado por parte del recurrente que la condición o regla que llevó a la declaratoria de desierto del proceso licitatorio, no permite la selección objetiva, lo cual es en esencia lo que conllevó a la decisión de la entidad, por lo tanto no encuentra este Despacho argumento alguno para acceder a la petición del impugnante en el sentido de revocar la resolución No. 0398 del 3 de abril del 2009, toda vez que es evidente que tiene plena aplicación el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

"ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

18. La declaratoria de desierto de la licitación o concurso 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.

(...):

En cuanto a las otras solicitudes del recurrente ya se encuentran plasmadas en el contenido de la presente parte motiva aquellas adiciones que se consideraron pertinentes.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la resolución 0398 del 3 de Abril del 2009, por medio de la cual se declara desierto la licitación pública No 001 del 2009, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Disponer que a los asuntos que no guardan relación con el presente recurso se les de respuesta por separado, de conformidad como viene expuestos en los considerandos del presente acto administrativo. 

1.2. Contrato de fiducia mercantil No. 3-1-29216 suscrito entre Fiduprevisora S.A. y ETESA en liquidación, en el cual se estableció que la fiduciaria administraría los recursos de ETESA en liquidación para pagar todas las sentencias judiciales que le correspondieran (fl. 209 – 223, c. 1).

2. Análisis probatorio.

A partir de los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, la Sala negará las pretensiones de la demanda porque no se acreditó en el proceso que las resoluciones demandadas fueron expedidas mediante falsa motivación o violación del debido proceso, conforme a las siguientes razones:

2.1.- La licitación se declaró desierto porque la regla establecida en el pliego de condiciones impedía una selección objetiva e imparcial y la modificación que se

hizo para ampliar esta regla, se realizó de manera extemporánea, por lo que no podía tener aplicación.

Mediante resolución 0398 del 3 de abril de 2009, ETESA declaró desierta la licitación pública No. 001 de 2008, con fundamento en los artículos 3 y 6 del Decreto 2474 de 2006 que exigían que el pliego de condiciones tuviera las reglas y exigencias claras, objetivas e imparciales de tal suerte que los proponentes pudieran valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que señalaba que la licitación debía declararse desierta cuando no fuera posible la selección objetiva (1.1.24).

Ello en atención a que, en criterio de la entidad, a lo largo del proceso de licitación se presentaron cuestionamientos por parte de los proponentes sobre la redacción de las exigencias de las terminales fijas y móviles, regla que dada su redacción ambigua y que no guarda congruencia con el factor técnico como tal, podría llevar a una selección parcializada y subjetiva. Expresamente se dijo:

Que de conformidad con las normas precitadas las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y sus anexos, deben ser claras, objetivas e imparciales que permitan a la entidad realizar una selección dentro de los parámetros de igualdad, sin elementos subjetivos que permitan la pluralidad de oferentes y la escogencia en igualdad de condiciones.

Que tal y como figura en el anexo técnico en los acápite **TERMINALES FIJAS** y **TERMINALES MOVILES** en que se establece una condición con relación a las mismas que reza: *"TERMINALES FIJAS...Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos... TERMINALES MOVILES...Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos..."* sobre la cual han existido cuestionamientos por parte de los oferentes en cuanto a su redacción, sentido y alcance, así como en cuanto a las aclaraciones que la entidad intentó hacer dentro del presente proceso.

Que por lo anterior, se puede colegir evidentemente la absoluta imposibilidad de dar aplicación a una regla condicionante que no guarda congruencia al factor técnico como tal y que podría conllevar a varios modos de interpretación y a la vez, establecer limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende y a las necesidades básicas de la misma, que podría vulnerar el principio de transparencia conforme al referente establecido en Sentencia C-508 de 2002, en donde se expresa lo siguiente: *"(...) Así las cosas en*

(...)

Se destaca que si bien existió error en los términos de referencia, este yerro no fue evidenciado por los oferentes en su oportunidad y tampoco por parte de la administración, razón por la cual no procede la modificación a tales términos, en la etapa para ello previsto y no es esta la oportunidad para realizar algún tipo de modificación o precisión, lo que da lugar a que la administración tome una decisión sobre el particular a efectos de preservar la selección objetiva.

RECOMENDACIÓN

El comité de Contratación celebrado en fecha 02 de abril de 2009 a las 10:00 a.m., en la Sala de Juntas de la Empresa Territorial para la Salud – ETESA, *recomienda al ordenador del gasto, declarar desierto el proceso de Licitación Pública No 001 de 2008 cuyo objeto es la operación de las apuestas que se realicen sobre los resultados de eventos hípicas nacionales o nacionales y foráneos a todas las personas jurídicas que reúnan los requisitos establecidos en este pliego y con quienes se suscriban contratos de concesión de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 5 Del Decreto 2474 del 2008, al ser confusa, imprecisa y ambigua la condición consignada en los acápite de TERMINALES FIJAS y TERMINALES MOVILES y por ende, resultar imposible evaluar de manera objetiva las propuestas presentadas dentro del proceso.*

Que para tal efecto deberá expedirse acto administrativo motivado que declare desierto el proceso, el cual se comunicará a los oferentes.

De igual manera se recomienda que en el proceso de selección a iniciar por el mismo objeto, esta condición desaparezca y quede redactado de la siguiente manera:

"Las terminales deben cumplir con las condiciones y requerimientos técnicos establecidos en los pliegos de condiciones".

Igualmente se recomienda examinar los pliegos a efectos de establecer que todas las condiciones o requisitos señalados tanto en los anexos técnicos como en los pliegos de condiciones permitan una selección objetiva.

~~Que~~ después de analizar la recomendación del Comité de Contratación, se concluye que esta es acertada y razonable al resultar imposible la selección objetiva de las propuestas presentadas, y *RA*

En resolución 948 de 19 de junio de 2009 ETESA confirmó su decisión por considerar que la regla de exigir que las terminales fijas y móviles fueran nuevas o estuvieran operando al momento de la licitación era una exigencia que no guardaba relación con el aspecto técnico, podía llevar a varios modos de interpretación dadas las aclaraciones hechas durante el proceso y era una limitante injustificada, la cual no se ajustaba a los fines de la contratación que se pretendía (1.1.25).

En la resolución 948 de 19 de junio de 2009 ETESA aclaró que no había falsa motivación en tanto la decisión se había fundado en la ausencia de objetividad en la selección del contratista, la cual consiste en que en un extremo se exige que las terminales sean nuevas para los que no estén operando en la actualidad, pero a quienes estén operando al momento de la publicación de los pliegos se les favorece siendo los únicos que podían proponer terminales usadas, vulnerando el principio de igualdad, al establecer una condición que injustificadamente favorece a quienes estén operando apuestas en eventos hípicas, lo cual vulneraba además el principio de transparencia.

2.1.1.- Es cierto que la modificación que se hizo a la referida regla era extemporánea, por lo que no podía tener aplicación en la licitación, pues en todo caso no le daba la oportunidad a los demás oferentes de ajustar sus propuestas a las últimas exigencias para poder presentarse al proceso.

La Sala observa que el 22 de diciembre de 2008 ETESA profirió acto administrativo mediante el cual abrió la licitación pública 001 de 2008 (1.1.3), por lo que se publicó el pliego de condiciones correspondiente (1.1.4).

En el pliego de condiciones se estableció que el término máximo para presentar solicitudes de modificaciones a los pliegos definitivos y para expedir adendas era el 2 de febrero de 2009 a las 3:00 p.m. Así, la audiencia de cierre de la licitación y de apertura de propuestas sería el 6 de febrero de 2009 (1.1.4).

Sin embargo, el 2 de febrero de 2009, mediante resolución 0095 se estableció que el término máximo para presentar solicitudes de modificaciones a los pliegos definitivos sería hasta el 2 de febrero de 2009 a las 3:00 p.m., el término máximo para expedir o publicar adendas sería hasta el 18 de febrero siguiente y la audiencia de cierre de la licitación sería el 26 de febrero de 2009 (1.1.10).

No obstante, el 25 de febrero de 2009 se profirió la resolución 0174 mediante la cual se suspendió el proceso de licitación por 15 días hábiles atendiendo a una observación que señalaba que el plazo para presentar propuesta era muy corto, teniendo en cuenta todas las certificaciones y exigencias que se pedían (1.1.16).

El 12 de marzo siguiente, con posterioridad al término para presentar observaciones y dar respuesta a las mismas, ETESA se pronunció respecto a observaciones hechas por Equus Comuneros S.A. ampliando la regla del pliego de condiciones relacionada con las terminales fijas y móviles, señalando que las terminales no necesariamente debían ser nuevas sino que también podían ser renovadas, esto es, haberlas reparado y que una entidad competente certificara que estaban en perfecto estado (1.1.18).

Ante esta observación, el proponente interesado presentó nueva observación señalando que era imposible cumplir con el requisito de "renovar" y certificar las terminales 4 días antes del cierre del proceso, a lo que la entidad, nuevamente, de manera extemporánea, el 16 de marzo de 2009 contestó que tal certificación no se verificaría con la propuesta, sino al momento de iniciar la ejecución del contrato que se hubiese adjudicado (1.1.19).

Y el 18 de marzo de 2009 se emitió la resolución 267 a través de la cual se reactivó el proceso de licitación, por haber concluido el término de suspensión (1.1.20).

El mismo 18 de marzo de 2009 se realizó el acta de cierre y apertura de las propuestas (1.1.21). En dicha diligencia varios de los proponentes que estaban interesados en el proceso señalaron que no habían presentado propuesta por las irregularidades que habían ocurrido en el proceso de selección, pues la regla inicialmente prevista en el pliego de condiciones respecto a las terminales móviles y fijas era parcializada y subjetiva en tanto sólo beneficiaba al proponente que para ese momento tenía suscrito contrato con ETESA y, cuando la entidad accedió a modificar tal regla para ampliar y que fuera objetiva, se hizo de manera extemporánea, lo que en todo caso no le garantizaba a los proponentes el tiempo suficiente para cumplir con los requerimientos y formular la propuesta correspondiente.

2.1.2.- Es cierto que la regla inicialmente establecida en el pliego de condiciones, aunque era clara, era absolutamente restrictiva y sólo favorecía a un proponente (al demandante). También es cierto que en el curso del proceso de licitación hubo

observaciones y debate sobre las exigencias respecto a las terminales móviles y fijas, hasta 2 días antes del cierre del proceso. Y es cierto que la entidad intentó ampliar tal regla, pero lo hizo apenas 6 días antes del cierre del proceso y sin la claridad suficiente, lo que igual impedía que los demás proponentes se presentaran al proceso.

En el pliego de condiciones se aclaró que el objeto de la licitación era recibir propuestas para autorizar a los dos mejores proponentes la operación de las apuestas que se realizaran sobre los resultados de eventos hípicas nacionales o eventos hípicas nacionales y foráneos (1.1.4).

En el pliego de condiciones también se señaló que cualquier modificación al mismo se realizaría a través de adendas, las cuales se publicarían en la página web de la entidad. También se resaltó en el pliego de condiciones que, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, las adendas sólo podrían expedirse hasta 5 días hábiles antes del cierre de la licitación (1.1.4).

Asimismo, en el pliego de condiciones se estableció que la licitación sería declarada desierta en caso de que no fuera posible la escogencia objetiva del contratista o no se presentara ningún participante que cumpliera con los requisitos (1.1.4).

Finalmente, se aclaró en el pliego de condiciones que todas las exigencias mínimas técnicas, en materia de sistemas, estarían en el anexo técnico definitivo, dentro de las cuales se encuentran las exigencias relacionadas con las terminales fijas y móviles, las cuales son objeto de este litigio (1.1.4).

Así, en el anexo técnico, respecto a las terminales fijas y móviles se dijo lo siguiente (1.1.5):

TERMINALES FIJAS. (...) Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos. (...) Cada terminal debe tener pantalla, impresora para producir los boletos, (ticket), recibos de pago, informes y cualquier otro tipo de mensajes. Los terminales deben tener un lector óptico y el teclado debe tener capacidad de ser programable para varias funciones.

TERMINALES MÓVILES. (...) Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos.

Aunque el 15 de enero de 2009 se realizó la audiencia para alcance y precisión de pliegos y distribución de riesgos, allí no se hizo ninguna observación respecto al requerimiento de las terminales fijas y móviles establecido en el anexo técnico del pliego de condiciones (1.1.6).

No obstante, en las observaciones y la respuesta a las observaciones presentadas con posterioridad a tal audiencia, sí se generó observación o debate respecto a las exigencias para las terminales fijas y móviles que debía garantizar el proponente, así:

- Respuesta a observaciones realizadas al pliego de condiciones por Equus Comunereros S.A. y Empresas Afiliadas (1.1.7):

PREGUNTA 24: Solicitamos excluir la obligación estipulada en el Anexo Técnico (páginas 21 y 22) para que las terminales fijas y móviles **deban ser nuevas**, lo anterior, **solo beneficia a algún proveedor y/o fabricante de las mismas**, además, **carga costos innecesarios al proyecto**. Las terminales deben cumplir los requerimientos exigidos, especialmente, los tiempos de respuesta solicitados independientemente de ser o no nuevas. En nuestro caso particular, la terminales que operaban el contrato de concesión que venció en febrero del año pasado, cumplen a cabalidad los requerimientos exigidos, por tanto, no tendría sentido, desecharlas sin ser necesario.

RESPUESTA: Los Anexos Técnicos Definitivo en las páginas anotadas por el interesado, no estipula como obligación únicamente que los terminales deban ser nuevos, se permite terminales que al momento de la publicación de estos pliegos de condiciones (22 de diciembre de 2008), se encuentren operando, como lo estipula las páginas mencionadas.

PREGUNTA 25: Igualmente, en las mismas páginas del Anexo Técnico, para las terminales fijas y móviles, se solicita que éstas cuenten con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos. Respetuosamente, solicitamos precisar quién certifica tal aceptación y en qué condiciones lo haría. En su defecto, por ser un criterio ambiguo, solicitamos su exclusión.

RESPUESTA: Algunos laboratorios capaces de certificar las terminales fijas y móviles para juegos son, entre otros: GLI, TST, BMM.

GLI: Gaming Laboratories International, con sede principal en New Jersey, USA. GLI puede certificar el software de terminales de juego a través de UNLP, La Universidad Nacional de La Plata, Argentina. <http://www.gaminglabs.com>.

TST: Technical Systems Testing North America Incorporated, con sede principal en Vancouver, Canadá, es otro laboratorio dedicado a certificación de juegos. <http://www.tstglobal.com>.

BMM: BMM North America, Inc: tiene presencia en Lima, Perú. <http://www.bmm.com>.

Ahora, con posterioridad al término para presentar observaciones y dar respuesta a las mismas, ETESA se pronunció respecto a observaciones hechas por Equus Comunereros S.A. el 12 de marzo de 2009 en la que indicó (1.1.18):

Mediante la presente damos respuestas a sus inquietudes tendiéndose como aclaraciones dentro del proceso así:

A. Del adendo No. Uno (1) y las respuestas a algunas de nuestras observaciones y solicitudes.

PRIMERO, como lo manifiesta las respuestas publicadas atienden las solicitudes realizadas por nosotros con fechas del 23 de enero de 2009 y 28 de

enero de 2009. Lamentablemente, ninguna de las realizadas en el comunicado del 15 de febrero de 2009 (recibida por ustedes el 16 de febrero de 2009) fueron atendidas. No obstante, la parte motiva del adendo se manifiesta: "La **EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD (ETESA)**, informa a todos los interesados en la presente licitación pública, que en virtud de la atribución concedida por la ley 80 de 1993, el Decreto 1150 del 2007 y 2474 del 2008, en atención a la conveniencia, con el fin de garantizar de mejor manera la intervención de los interesados, así como la participación ciudadana en la formulación de aclaraciones a los pliegos, y teniendo en cuenta las observaciones presentadas por el señor JOSE LEMUS BARRIA (Presidente EQUUS COMUNEROS S.A. y Empresas Afiliadas), mediante comunicaciones enviadas vía correo electrónico los días dieciséis (16) de Febrero de 2009, al igual que lo manifestado en la audiencia para el alcance de precisión de pliegos, así como la distribución de los riesgos de la contratación, se modificarán los pliegos de condiciones de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 – 2008 de la siguiente manera:..." (subraya fuera de texto original). (...)

NOVENA: Respecto de la pregunta 24 y su respuesta que versa sobre la condición de que las terminales fijas y móviles **sean nuevas o se encuentren en operación al 22 de diciembre de 2008 es claro que el requerimiento se compone de dos posibilidades y, por tanto, restringe otras razonablemente posibles, generando sobre costos innecesarios al proyecto.**

Fundamentamos nuestra apreciación en el hecho que, como es de conocimiento de ETESA, las terminales utilizadas por nosotros en operación del contrato No. 059 de 2000, son óptimas para operar el contrato que resulte de la posible adjudicación de la licitación en cuestión. Al respecto, es importante tener en cuenta que las terminales, por un lado, **no están obsoletas y**; por otro, no se encuentran en operación porque hasta el inicio del proceso licitatorio 01 de 2008 era imposible hacerlo.

Entonces, el requerimiento, en nuestro caso particular, nos obligaría a trabajar en dos caminos. El primero, reemplazarlas realizando una cuantiosa inversión innecesaria pues como se mencionó nuestras terminales están lejos de su obsolescencia. El segundo, obligados a tener que utilizar algunas que se encuentre en operación al 22 de diciembre de 2008, ETESA sabe con precisión que las únicas actualmente en operación están al servicio del contrato en ejecución por parte de International Entertainment Turf, opción absolutamente inviable.

Por lo anterior, de manera respetuosa, solicitamos nuevamente a ETESA se reconsidere el requerimiento sobre este particular y nuestra solicitud.

RESPUESTA: Cuando se manifiesta que las terminales fijas y móviles deben ser nuevas o se encuentren operación al 22 de diciembre del 2008, es necesario aclarar la importancia que juegan los laboratorios certificadores de las terminales tales como GLI, TST Y BMM, y en el país por parte de las Universidades que tengan la capacidad de certificar las condiciones Técnicas

requeridas en los pliegos, como la Universidad Católica, entre otras, pues son ellos quienes verificarán y darán fe que las terminales que serán utilizadas en las apuestas, se encuentran en óptimas condiciones y no sean obsoletas.

Ahora bien si una terminal, es enviada a un laboratorio certificador y la misma al no cumplir con los requisitos, implica un cambio en alguna de sus piezas se considerara para tal efecto que la misma ha sido renovada en su tecnología considerándose para tal efecto nueva, igualmente si una la terminal que es certificada por el laboratorio porque la misma es eficiente y apta para las apuestas, si es de años anteriores la misma debe ser actualizada en su programa y entonces la misma será considerada renovada o nueva.

Para la administración y de conformidad con los pliegos, en su análisis integral de los acápite "TERMINALES FIJAS" y "TERMINALES MOVILES" se evidencia que lo que prima es que estas cumplan las condiciones técnicas y tecnológicas, además de las especificaciones establecidas en los pliegos: **Se aclara que lo expresado en cuanto a que sean terminales nuevas o en operación sólo es un parámetro o criterio de orientación y no es una condición necesaria o excluyente para participar en la Licitación,** y que los aspectos fundamentales son; como ya se dijo; el cumplimiento y demostración de las condiciones técnica, tecnológicas y todas las especificaciones de las terminales consignadas en los pliegos (Anexos Técnicos). (...)

También, con posterioridad al término para presentar observaciones y dar respuesta a las mismas, ETESA se pronunció respecto a observaciones hechas por la promesa de sociedad futura Hipodromo San Antonio de Bogotá S.A.S. el 16 de marzo de 2009 en la que indicó (1.1.19):

(...)

EN LA NUMERO 8: "...8. En cuanto a las respuestas dadas en relación con nuestra solicitud para modificar el requerimiento que exigía que las terminales fijas y móviles fueran nuevas, independientemente de si la modificación indicada en la respuesta requiere o no adenda modificatoria, se establecen dos procedimientos que de ninguna manera podemos cumplir faltando menos de tres días hábiles para el cierre del proceso. También importante dejar constancia que la solicitud la realizamos desde el día 28 de enero de 2008 y la respuesta dada por la Entidad el 18 de febrero no fue suficiente para establecer con precisión, la forma correcta de cumplir con la exigencia estipulada en el pliego de condiciones. Sólo hasta la publicación de respuestas del 13 de marzo de 2009 se logró la precisión requerida para cumplir la exigencia en cuestión."

RESPUESTA: Los requisitos en relación con la terminales en los pliegos tiene dos variables o alternativas que vienen establecidas desde los prepliegos y todos los interesados las conocían, y bien podían haber acudido a una de las dos. En principio usted planteo su inquietud en relación con una sola de ellas, que fue en cuanto a los laboratorios o entidades que les permitieran acreditar una de las opciones y ETESA le dio una orientación sobre el particular porque es claro

que a los interesados les corresponde averiguar en el mercado que entidades públicas o privadas nacionales o internacionales que tienen la capacidad, experiencia o posibilidad de hacerlo. Etesa en este tema se limitó a señalarle al interesado algunas de las opciones existentes en el mercado, pero es claro que contó desde el principio con las dos opciones y en particular frente a una de ellas (La primera) contó con el tiempo suficiente para hacer las gestiones sobre el particular.

EN LA NUMERO 9: "...9. Para precisar lo anterior, el nuevo requerimiento establece dos caminos de acción para las terminales. Uno para las terminales nuevas y otro para las terminales no nuevas que deben ser "actualizadas". En nuestro caso particular, para cumplir el plan de expansión estimado, utilizaremos terminales nuevas y "no nuevas".

RESPUESTA: Se insiste en que no existe un nuevo requerimiento que se desprenda de la respuesta dada al interesado, pues lo planteado por el interesado en relación con las terminales viene establecido desde los prepliegos.

EN LA NUMERO 10 y 11: "...10. Según las respuestas dadas, para que se acepten terminales "no nuevas" cada una de ellas debe ser entregada a un laboratorio en el exterior de los referenciados ó a una Universidad con capacidad para certificar terminales, se referencia la Universidad Católica, para que se establezca sí para cada una de ellas debe ser reemplazada alguna de sus piezas y/o debe ser actualizado su programa, en caso afirmativo a lo anterior, ésta se entenderá "renovada" y ETESA la considerará como nueva. **Será que tal procedimiento necesario para cumplir el requerimiento se puede realizar en menos de tres días hábiles. Será qué podremos entregar más de 100 terminales a la Universidad Católica, hoy 16 de marzo de 2009, ésta última realizar la respectiva evaluación, cambio de elementos y/o actualización de programas, expedir las certificaciones necesarias y nosotros adjuntarla a nuestra propuesta en menos de tres días hábiles.** La respuesta es: No, es absolutamente **imposible** cumplir el requerimiento.

"...11. Para las terminales nuevas se establece que se debe enviar a algún laboratorio de los referidos, en el exterior, una de las terminales para que sea certificada. Se indica que en la experiencia con máquinas tragamonedas, el proceso es rápido, eficiente y a un costo moderado. Será tan rápido y eficiente para podamos comprar una terminal nueva, que ésta llegue a nuestras manos, que enviemos al exterior la terminal para su certificación, que el laboratorio la reciba y la certifique; que el laboratorio expida la respectiva certificación, que recibamos la certificación y que la anexemos a nuestra propuesta en menos de tres días hábiles (como es claro, nadie, razonablemente, compraría equipos hasta obtener la respectiva adjudicación por qué sí), hoy con la precisión dada, estamos obligados a comprar, al menos, una terminal para enviar al exterior. Cómo sea, la precisión/modificación del requerimiento es **imposible** de cumplir en el tiempo disponible. Sí la modificación se hubiera establecido con precisión desde el día 18 de febrero de 2009 de pronto el tiempo para cumplir el requerimiento sería suficiente. .."

RESPUESTA: (...)

Hemos leído con atención sus observaciones y consideramos adecuado manifestar que:

1. En la propuesta DE CONFORMIDAD CON LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y EL ANEXO TÉCNICO se expresa que se deben especificar detalladamente las características técnicas de las terminales, tales como marca, tipo, velocidad, modelo, memoria interna, precio, y demás aspectos básicos, entre ellos, su calidad en cuanto a condición de nuevas o ya operadas. Este requerimiento está claramente especificado en el anexo técnico de los pliegos de condiciones.
2. Si bien se debe certificar la aceptación tecnológica de las terminales en el mercado de los juegos, esta certificación en los pliegos y en el anexo técnico no se exige que debe presentarse como requisito para la evaluación lo que evidencia que puede acreditarse para la ejecución de la concesión; de tal manera que el proponente cuenta con el tiempo suficiente para certificar sus terminales.
3. El procedimiento de certificación sugerido por Etesa, y examinado en detalle por ustedes, para la certificación de las terminales, en ningún modo es el único posible. Por ejemplo, si las terminales a usar son nuevas, es muy fácil exigir al fabricante, importador o distribuidor la certificación del modelo a adquirir en materia de especificaciones técnicas, seguridad y protección contra fraude, entre otros aspectos, por parte de laboratorios certificadores de terminales de juego. Si, a pesar de las comodidades ofrecidas por el uso de terminales nuevas, como garantía, soporte, bajo consumo de energía, certificación tramitada por el fabricante, dimensiones y peso eficientes, posibilidad de actualización, etcétera, el proponente insiste en utilizar terminales ya operadas, deberá, antes de certificar el modelo de terminal, garantizar la autenticidad u originalidad de cada terminal específica. Una vez avalada o garantizada la originalidad de las terminales podrá acudir al fabricante o distribuidor para solicitar la certificación del laboratorio o acudir directamente a este. No está de más señalar que el uso de terminales ya operadas conlleva un riesgo de obsolescencia, que afecta directamente la seguridad de la máquina.

2.1.3.- Es cierto que incluso en la diligencia de cierre de las propuestas, los interesados efectuaron reclamaciones respecto a las exigencias de las terminales móviles y fijas y respecto a las respuestas a las observaciones hechas de manera extemporánea.

En el acta del cierre y apertura de las propuestas del 18 de marzo de 2009 (1.1.21), los proponentes realizaron las siguientes manifestaciones:

El Dr. Henry Valencia Ángel Vocero de la Sociedad en promesa Promotora Hípica de Colombia S.A.S lee una carta enviada por la Empresa que representa, en la que expone que en su criterio existe una eventual nulidad dentro del proceso y por ello se

abstiene de presentar propuesta. La carta fue radicada en el archivo de la ETESA y será tramitada según sea el caso.

El Dr. ESTEBAN GARCIA JIMENO. Apoderado Promotora Hipódromo Región Capital S.A. se adhiere a los argumentos esbozados por el Dr. Henry Valencia y aclara que también radico carta en el archivo de la Entidad.

El Sr Douglas Enrique Lorduy Montañez Identificado con C.C. 79.531.894 de Bogotá, obrando según poder especial otorgado por la Sra. Beatriz Mejía representante Legal de Internacional Entertainment Turf S.A. según poder que se exhibe y entrega debidamente autenticado. En primer lugar. Solicita formalmente a ETESA revisar si la presentación de las propuestas y la intervención en esta audiencia por parte de quienes formularon propuestas, se encuentra acreditada según poderes debidamente suscrito de acuerdo con el pliego de condiciones.

La Entidad no considera procedente la solicitud planteada por el ilustre apoderado, toda vez que los folios 21 y 22 de los pliegos de condiciones se refieren a que la propuesta debe ser suscrita por el Representante Legal, persona autorizada apoderado y no se incluye la exigencia de que sea presentada o radicada personalmente por el Representante Legal.

El Dr Lorduy Montañez hace uso de la palabra para poner de presente que el pasado 10/03/2009 se radicó en la Procuraduría General de la Nación una queja por las irregularidades que se han encontrado en el desarrollo de este proceso licitatorio violatoria de los principios que orientan la Contratación Estatal y la Función Pública, según lo establecido en el artículo 209 de la carta política, particularmente en lo que se refiere a la transparencia, imparcialidad y moralidad. Presenta copia autentica de esta queja a ETESA.

Ahora bien, conforme a lo previsto en el numeral 2.6 del pliego de condiciones quiero expresar que de acuerdo con el cronograma correspondiente a la Licitación Pública 01 de 2008, los términos para presentar observaciones al pliego de condiciones culminaron el día 2/02/2009 según la Resolución 0095 y encontramos con sorpresa que ante solicitud elevada a ETESA el día 12/03/2009 por parte de Equus

Comuneros S.A. la Entidad se pronunció realizando modificaciones sustanciales al pliego de condiciones, disfrazándolas de "notas aclaratoria".

Para el efecto ETESA procedió a incorporar en el portal de Contratación el día 16/03/2009, las respuestas a una "solicitud de aclaración" formulada por la firma Equus Comuneros S.A. que en realidad no es mas que la petición para que la administración modificara nuevamente los pliegos de condiciones, claro está sin el debido trámite, es decir sin que se realizara mediante adenda al pliego de condiciones, como es lo legalmente previsto y de lo cual tiene pleno conocimiento la Entidad, en la medida en que dicha situación fue claramente contemplada en los pliegos de condiciones, el cual dice: "cuando las aclaraciones, correcciones o adiciones den lugar a la modificación del pliego de condiciones, estas serán consignadas en adendas, que formarán parte integral de los mismos".

Mas aun resulta irregular el actuar de la administración en la medida de que dicho documento es publicado mediando tan solo un día hábil para la presentación de ofertas, lo que parecería descubrir una inclinación por favorecer a la firma solicitante, y dejando de lado los supuestos que rigen los principios de transparencia e imparcialidad y el interés que le asiste a los demás proponentes por conocer lo modificado por ETESA, en un punto tan determinante para el proceso como es el tema de las terminales.

Nótese cómo el anexo técnico definitivo, en el tema de las terminales fue preciso en establecer que las mismas debían ser nuevas, tanto las fijas como las móviles. Dice textualmente el mencionado anexo: "Página 21 terminales fijas. Los terminales deben ser nuevos a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos". "Página 22 terminales móviles. Los Terminales deben ser nuevos, a menos que se encuentren operando al momento de la publicación de los pliegos en el país, además contarán con aceptación tecnológica en el mercado de los juegos".

Ante tal situación el proponente Equus comuneros S.A. planteó su inconformidad en el sentido de que resultaba altamente oneroso cumplir con tal requerimiento y lo hizo en los siguientes términos: "Noveno: respecto de la pregunta 24 y su respuesta que versa sobre la condición de que las terminales fijas y móviles sean nuevas o se encuentren en operación al 22 de diciembre de 2008 es claro que el requerimiento se compone de dos posibilidades y, por tanto restringe otras razonablemente posibles, generando sobrecostos innecesarios al proyecto".

Y a lo cual la administración en un actuar muy singular y extraño procedió a dar respuesta trayendo a colación una serie de supuestas variantes del termino "nuevo", según se lee en el documento de respuesta que se mencionó.

Vale la pena entonces remitirse al significado del termino "nuevo" según el diccionario de la Real Academia significa "Recién hecho o fabricado", luego no se alcanza a comprender cómo la administración de manera tajante inicialmente pone la condición de nuevo para los terminales en los pliegos de condiciones, para posteriormente sostener fuera de tiempo y lugar mediante una nota aclaratoria en donde da respuesta a uno solo de los oferentes que en caso de que las maquinas sean de años anteriores deben ser actualizadas para que sean consideradas como renovadas. Se pregunta: ¿Acaso la administración equipara en igualdad de condiciones el adjetivo nuevo a renovado?, o simplemente en aras de favorecer al solicitante procedió a dar por hecho un análisis integral de los pliegos, para efecto de cumplimiento y factores de evaluación, en donde las interpretaciones amplias se encuentran restringidas.

En caso de que ello sea así resulta procedente advertir que dicha conclusión en manera alguna podía ser incorporada a través de una respuesta a uno de los proponentes en particular, pues se altera así las proyecciones de costos de los otros proponentes que asumieron el término "nuevo" en su sentido natural y obvio como lo ordena la ley.

En efecto si para la administración los equipos no nuevos podían ser equiparados o tenidos como renovados, dicha determinación debió ser incorporada al proceso licitatorio mediante adenda, a fin de que formara parte integral del pliego, y con ello los demás interesados pudieran sujetarse a dicha concepción y competir así en igualdad de condiciones, de donde se resalta que esta situación recientemente conocida constituye una sorpresa y por lo mismo un asalto a la buena fe, pues semejante modificación sustancial tenía incidencia directa en los aspectos económicos y financieros de este proceso y de las propuestas.

2.1.5.- Conclusión.

La Sala negará las pretensiones de la demanda, pues considera que no se acreditó en el proceso que las resoluciones demandadas fueron expedidas mediante falsa motivación o violación del debido proceso.

Se considera ajustada a derecho la decisión de la demandada de haber declarado desierta la licitación, en virtud de que la regla inicialmente establecida en el pliego de condiciones respecto a las terminales móviles y fijas, aunque era clara, únicamente favorecía a un

proponente (al demandante), lo que impedía a la entidad realizar una selección objetiva e imparcial. Y las aclaraciones que se hicieron al pliego de condiciones para intentar ajustar tal regla fueron extemporáneas, por lo que impidieron que los demás proponentes tuvieran el tiempo suficiente para presentar la propuesta correspondiente y, en todo caso, siendo aclaraciones extemporáneas, no podían tener aplicación en el proceso.

Así, el pliego contradijo abiertamente la ley aplicable al proceso de selección y en virtud de lo anterior, el Estatuto Contractual permitió a la entidad declarar desierta la licitación, ya que en los términos de su artículo 25 (numeral 18⁴⁵), la regla establecida inicialmente en el pliego y las modificaciones o aclaraciones extemporáneas hechas al mismo impedían la selección objetiva.

La Sala concluye, tal y como lo ha hecho el Consejo de Estado en anteriores ocasiones en casos similares a este⁴⁶, que la declaratoria de desierta estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, debido a que las reglas del pliego contravinieron lo dispuesto por la legislación aplicable e impidieron a la entidad realizar una selección objetiva. Así lo señaló la entidad demandada en la resolución No. 948 de 2009, en la cual confirmó la decisión de declarar desierta la licitación:

En principio el tema de las terminales fijas y móviles durante el desarrollo del proceso presentó confusiones, para los interesados en lo relacionado con la certificación de las mismas y para la entidad en el aspecto de la condición que llevó a la declaratoria de desierta al momento de clarificarla, en relación con su interpretación a la hora de calificar y finalmente frente a todo el contexto de una condición ambivalente que abarcaba el aspecto de que las terminales eventualmente fuesen nuevas y que en el otro extremo estuviesen operando en el país al momento de la publicación de los pliegos, lo que obligó a ETESA a tomar una decisión en aras de proteger la objetividad de la selección, dentro del marco de lo justo, amparada en la lógica, en un sano juicio y con toda convicción jurídica para un caso como el que se examina como es la declaratoria de desierta.

(...) No le asiste razón al apoderado de la impugnante al alegar la falsa motivación del acto administrativo, pues son claros los tres aspectos se resaltaron en la resolución impugnada: 1. La absoluta imposibilidad de dar aplicación a una regla que no guarda relación con el aspecto técnico como tal, 2. Una regla que podría llevar a varios modos de interpretación, y 3. Una regla que lleva a establecer una limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende.

(...) la decisión se funda en la ausencia de objetividad en la selección del contratista, la cual consiste en que en un extremo se exige que las terminales sean nuevas para los que no estén operando en la actualidad, pero a quienes estén operando al momento de la publicación de los pliegos se les favorece siendo los únicos que podrían proponer terminales usadas, vulnerando el principio de igualdad, al establecer una condición que injustificadamente favorece a quienes

⁴⁵ "18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso 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".

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA. Bogotá D. C., tres (03) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 41001-23-31-000-2002-00601-01(56353).

estén operando apuestas en eventos hípicos lo cual en definitiva vulnera el principio de transparencia. A este aspecto es lo que se refiere la resolución impugnada cuando se manifiesta dentro de su motivación, la existencia de una limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación que se pretende.

Así, de sostenerse esta condición, la cual no es objetiva ni justa, que restringe la pluralidad de oferentes, la cual beneficia solamente a una sociedad, excluyendo automáticamente a las demás no se estarían acatando los mandats del estatuto de contratación, norma legal de obligatorio cumplimiento como lo consagran el inciso 3 del Decreto 2474 de 2006, el artículo 6 del mismo Decreto, el 25 de la Ley 80 de 1993, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y sus anexos las cuales deben ser claras, objetivas e imparciales que permitan a la entidad realizar una selección dentro de los parámetros de igualdad, sin elementos subjetivos que permitan pluralidad de oferentes y escogencia en igualdad de condiciones, igualmente, los cuestionamientos por parte de los oferentes en cuanto a su redacción, sentido y alcance, así como las aclaraciones que la entidad intentó hacer dentro del presente proceso, que podría conllevar a varios modos de interpretación y a la vez, establecer limitante injustificada la cual no se ajusta a los fines de la contratación estatal que se pretende y a las necesidades básicas en la misma, que podría vulnerar el principio de transparencia (...)

Así, no hay lugar a que la Sala estudie la evaluación de las ofertas a fin de determinar si la propuesta de la demandante era la mejor, ya que las reglas del pliego contravenían el ordenamiento jurídico aplicable. Por otra parte, la pretensión de restablecimiento del daño inexorablemente está atada a la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos y, ya que no se desvirtuó su presunción de legalidad, tampoco prosperará la pretensión de restablecimiento.

Por último, la Sala aclara que, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en casos similares a este⁴⁷, en eventos como el ocurrido en el caso concreto, en los cuales la administración debe declarar desierta una licitación por errores imputables a la entidad contratante, deberán reconocerse los gastos incurridos por los proponentes en la presentación de sus ofertas ("*interés negativo*"), siempre que estos se acrediten debidamente. En este caso, sin embargo, el actor no pidió la referida condena en sus pretensiones, por lo que la Sala no se pronunciará al respecto.

3. Costas.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena y que se ejerció la acción de manera leal y razonable.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA. Bogotá D. C., tres (03) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 41001-23-31-000-2002-00601-01(56353).

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Protección Social.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y su posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.