



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00506-01 (48.615)

Actor: Sociedad JAVH S.A

Demandado: Distrito Capital

Asunto: Contractual

*Tema: Nulidad absoluta del contrato con base en la nulidad de los actos previos.
Falsa motivación.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual desestimó la objeción por error grave al dictamen pericial y negó las pretensiones de la demanda (fls. 398 a 407, c. ppal, 2ª instancia).

I. SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora pretende la nulidad absoluta del contrato de consultoría n.º 715 del 1 de septiembre de 2008, con fundamento en la nulidad de la resolución n.º 3052 del 22 de agosto del mismo año, por medio de la cual el Distrito Capital adjudicó el concurso de méritos n.º SED-CM-DC-001-2008, así como de las decisiones que negaron la solicitud de revocatoria directa de dicha resolución, por adjudicarlo a un proponente que no cumplía con los requisitos del pliego de condiciones.



II. ANTECEDENTES

A. Demanda

1. El 3 de octubre de 2008 (fl. 58 rev., c. ppal, 1ª instancia), la sociedad JAVH McGregor S.A. presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, en contra del Distrito Capital y formuló las siguientes pretensiones (fls. 10 a 12, c. ppal, 1ª instancia):

Primera: Se declare la NULIDAD ABSOLUTA del contrato suscrito entre la sociedad ATI Internacional Ltda y la Secretaría de Educación del Distrito, que tiene por objeto “la interventoría para el seguimiento y control de los beneficiarios en colegios privados y en concesión”, como consecuencia de la adjudicación del Concurso de Méritos n.º SED-CM-DC.001-2008, por ser ilegal y por sido expedido con falsa motivación.

SEGUNDA: Se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la resolución n.º 3052 del 22 de agosto de 2008, “Por la cual profiere el acto de adjudicación del Concurso de Méritos n.º SED-CM-DC.001-2008 de la Secretaría de Educación de Bogotá, Distrito Capital”, suscrita por el doctor Francisco Saboyá Vargas, Director de Cobertura, publicada en el SECOP el 26 de septiembre de 2008, por ser ilegal y por haber sido expedido con falsa motivación.

TERCERA: Se declare la nulidad absoluta del acta de audiencia de adjudicación del Concurso de Méritos n.º SED-CM-DC-001-2008 del 22 de agosto de 2008 (...), publicada en el SECOP el 8 de septiembre de 2008, por ser ilegal o por haber sido expedida con falsa motivación.

CUARTA: Se declare la nulidad absoluta del acto administrativo oficio n.º S-2008-112886 de fecha 29 de agosto de 2008 (...), mediante el cual se resolvió negativamente la solicitud de revocatoria de la resolución que adjudicó el concurso de méritos SED-CM-DC.001-2008, recibido el 9 de septiembre de 2008, por ser ilegal y por haber sido expedido con falsa motivación.

QUINTA: Se declare la nulidad absoluta de los informes de evaluación realizados por el Comité de Evaluación asignado para el Concurso de Méritos n.º SED-CM-DC-001-2008 y publicados en el SECOP el 29 de julio de 2008 y 8 de septiembre de 2008, por ser ilegales y por haber sido expedidos con falsa motivación.

SEXTA: Se declare que la oferta presentada por la sociedad JAHV MCGREGOR S.A., obtuvo el mayor puntaje (100 de 100 posibles) en la evaluación definitiva y objetiva de los factores de escogencia del concurso de méritos SED-CM-DC.001-2008, por lo que ha debido ser la adjudicataria del contrato resultante de ese proceso de selección, al ser la mejor propuesta para la entidad.

SÉPTIMA: Que, como consecuencia de lo anterior, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la demandada ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. indemnizar el daño causado a mi poderdante, sociedad JAHV MCGREGOR S.A. por tener interés directo en el contrato, daño que se estructura en la privación de la utilidad que habría obtenido si se les hubiera adjudicado el contrato y permitido su ejecución, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso, utilidades que ascienden a la suma de TRESCIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL



CIENTO SETENTA Y DOS PESOS (\$312.995.172), a la fecha de presentación de la oferta y que solicitamos desde ya sea indexada. [Las pretensiones octava a décima y décima segunda se limitaron a pedir el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y la condena en costas] (...).

DÉCIMA PRIMERA: Que, adicionalmente y como restablecimiento del derecho por igual causa, se condene a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C., al reconocimiento de los montos resultantes del lucro cesante, correspondiente a las sumas que mi poderdante dejó de percibir en razón de la declaratoria de adjudicación del concurso de méritos n.º SED-CM-DC.001-2008, de la cual han debido ser adjudicatarios.

2. En los hechos, JAHV McGregor señaló que la Secretaría de Educación del Distrito Capital abrió el concurso de méritos n.º SED-CM-DC-001-2008 para contratar los servicios de interventoría para el seguimiento y control de los beneficiarios en los colegios privados y en concesión.

2.1. Después de rendido el informe de evaluación por parte del Comité, la sociedad actora obtuvo 100 puntos, el máximo puntaje; sin embargo, formuló observaciones frente a la evaluación de la sociedad ATI Internacional Ltda., que finalmente resultó adjudicataria.

2.2. Los reparos de la parte actora se concretaron en el incumplimiento de los requisitos técnicos de la propuesta de ATI Internacional Ltda., como quiera que las certificaciones de experiencia del equipo de trabajo no fueron acompañadas del pago de seguridad social del último año, en particular, del coordinador del proyecto (Gloria Pastora Guzmán Gómez), del profesional en el manejo de base de datos (Rainer Pérez, quien además aportó una certificación de experiencia con anterioridad a la obtención de la tarjeta profesional) y el profesional del área financiera (Elsa Guzmán Gómez).

2.3. A raíz de los reparos de la parte actora, la Secretaría de Educación brindó una nueva oportunidad para subsanar los defectos arriba advertidos al considerarlos formales.

2.4. En la audiencia de adjudicación del 22 de agosto de 2008, la Secretaría de Educación del Distrito confirmó la evaluación y determinó un empate entre las propuestas de la actora y la firma ATI Internacional Ltda., razón por la cual procedió a realizar un sorteo con balotas neumáticas, en el que resultó favorecida la segunda de las mencionadas.



2.5. El 22 de agosto de 2008, la demandada expidió la resolución n.º 3052, por medio de la cual adjudicó el concurso a la sociedad ATI Internacional Ltda. La anterior resolución fue publicada en el SECOP el 26 de agosto siguiente.

2.6. El 26 de agosto de 2008, la parte actora presentó ante la Secretaría de Educación Distrital la solicitud de revocatoria directa de la adjudicación, la cual fue denegada mediante el oficio n.º S-2008-112886 del 8 de septiembre de 2008.

3. En el concepto de la violación (fls. 34 a 62, c. ppal, 1ª instancia), la parte actora alegó la falsa motivación de los actos administrativos demandados y, por consiguiente la nulidad absoluta del contrato demandado, como quiera que las certificaciones de experiencia no fueron acompañadas del pago de la seguridad social del último año, en los términos explicados en los hechos resumidos en esta providencia y, además, brindó una oportunidad para subsanar requisitos sustanciales, lo que resultaba jurídicamente improcedente.

3.1. Igualmente, la demandada desconoció y desnaturalizó la exigencia del pago de seguridad social, cuando estimó que las pocas certificaciones allegadas por el proponente ganador, no las del año completo, daban cuenta de la relación laboral y, por tanto, de la experiencia que se pretendía acreditar. Lo anterior desconoce que los pliegos exigieron probar los últimos doce meses de aportes y no unos cuantos. De ser así, hubiera quedado al arbitrio de los proponentes cumplir con esa exigencia. En esa medida, se trataba de un requisito sustantivo y no meramente formal, como lo interpretó la demandada para el ganador y para los demás proponentes que tampoco lo cumplieron.

3.2. En estos términos, estimó violados los principios y fines constitucionales, tales como el principio de legalidad, transparencia y economía.

B. Trámite de primera instancia

4. Admitida la demanda, el Tribunal *a quo* ordenó notificar personalmente al Distrito Capital y a la sociedad ATI Internacional Ltda. (fl. 81, c. ppal, 1ª instancia).

5. El Distrito Capital, en su contestación de la demanda (fls. 94 a 104, c. ppal, 1ª instancia), sostuvo que la adjudicación se ciñó a las exigencias constitucionales y legales y que la parte actora en el proceso de selección tampoco puso de presente



alguna irregularidad, lo cual debió probar en esa oportunidad. En ese orden, propuso como excepciones la legalidad de los actos acusados, la validez del contrato, ausencia de requisitos para la prosperidad de la acción, inexistencia de perjuicios, buena fe y falta de causa para demandar.

5.1. Igualmente, propuso como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto *“la demandante pretende incoar dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, una acción contractual que tiene su oportunidad y ritualidad específica”*. Además, adujo que no tenía legitimación para pedir la nulidad absoluta, en la medida que dicha legitimación sólo la tenían el Ministerio Público y las partes.

6. ATI Internacional Ltda., en su contestación de la demanda (fls. 114 a 127, c. ppal, 1ª instancia), señaló que su vinculación era improcedente, por cuanto no resultaba afectada con la decisión que pudiera tomarse. En cuanto al fondo, se atuvo a las respuestas dadas por la entidad estatal demandada frente a las observaciones formuladas por la actora en el trámite del proceso contractual, las cuales reiteró en este proceso, como quiera que se ajustaban a derecho.

6.1. Sobre las planillas de enero y mayo de 2008 de la señora Gloria Guzmán Gómez, señaló que le informó a la Secretaría de Educación Distrital que estas se encontraban en los folios 040 al 058 de su propuesta, que aunque no se encontraban discriminadas, con la respuesta a la aclaración solicitada por la aludida Secretaría se precisaron dichos aportes. Frente a los aportes en pensión, explicó que como se trataba de una persona pensionada, tal como se demostró con la resolución n.º 001411 del 29 de enero de 2008, no había necesidad de aportar las planillas.

6.2. En todo caso, afirmó que el requisito de las planillas tenía como finalidad probar la vinculación, lo cual se lograba con los comprobantes allegados. Además, ATI prestó el mismo servicio con anterioridad al contrato cuestionado, razón por la cual la demandada tenía en su poder todos los informes mensuales de aportes de seguridad social de los empleados, que fueron los mismos de la propuesta, por lo que su aporte resultaba innecesario.

6.3. Sobre la señora María Elsa Guzmán afirmó que su aporte de mayo de 2008 se encontraba en el folio 134, que aunque no estaba discriminado, con la respuesta a



la aclaración solicitada por la demandada, el mismo sí se individualizó. Advirtió que si bien el aporte del mes de enero de 2008 de salud no se anexó, sí se hizo así con el de riesgos profesionales para ese mismo mes y año, con lo que se demostraba la vinculación, que era la finalidad que se pretendía al exigir que se allegaran esas planillas y, por lo tanto, se cumplió con lo requerido en el pliego.

6.4. En cuanto al señor Rainer Emil Pérez Campos señaló que se cumplió con su aportes, los cuales fueron allegados con la propuesta y aclarados a la demandada cuando así lo solicitó.

6.5. Sostuvo que el requisito de la experiencia en estudio resultaba habilitante y, por consiguiente, se podía sanear, como en efecto ocurrió. Además, la parte actora dentro del proceso de selección aceptó que la adjudicación, ante el empate, se hiciera por sorteo a través de balota neumática.

6.6. Finalmente, echó de menos el requisito de conciliación prejudicial, como requisito procesal para demandar, así como del agotamiento de la vía gubernativa; además, estimó inepta la demanda al señalar como demandada a la Alcaldía Mayor de Bogotá-Secretaría de Educación de Bogotá, a pesar de que la persona jurídica era el Distrito Capital.

6.7. Mediante auto del 4 de junio de 2010, el *a quo* abrió el proceso a pruebas (fls. 234 y 235, c. ppal, 1ª instancia).

7. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 314, c. ppal, 1ª instancia), las partes, con fundamento en las pruebas allegadas, reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 315 a 352, c. ppal, 1ª instancia).

8. El Ministerio Público conceptuó que se debía anular el contrato y la adjudicación del proceso cuestionado, toda vez que algunos de los miembros del equipo de personal ofrecido por el proponente ganador no aportaron los pagos de aportes de seguridad social, requisito necesario para acreditar la experiencia mínima exigida y, por lo tanto, esta omisión debió dar lugar al rechazo de la propuesta ganadora, como lo imponía el pliego (fls. 354 a 362, c. ppal, 1ª instancia).



C. La sentencia de primera instancia

9. El 27 de febrero de 2013, al dictar sentencia (fls. 398 a 407, c. ppal, 2ª instancia), el Tribunal *a quo* desestimó la excepción de indebida acumulación de pretensiones, como quiera que la acción contractual resultaba procedente para demandar en forma conjunta el contrato y los actos previos de la adjudicación, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

9.1. Igualmente, tuvo legitimado al Distrito Capital para ser demandado, como quiera que fue el responsable del proceso de selección cuestionado, así como a ATI Internacional Ltda., toda vez que, como adjudicatario del contrato en cuestión, la nulidad solicitada puede afectar sus intereses.

9.2. Precisó que el requisito de conciliación prejudicial se hizo obligatorio para este tipo de acciones con la expedición de la Ley 1285 de 2009 y como dicha norma no estaba vigente para cuando se presentó la demanda, tal requisito no era exigible.

9.3. De fondo consideró que el pago de parafiscales sí obraba en la propuesta y fueron las aclaraciones solicitadas al proponente ganador las que confirmaron tal cumplimiento. Por lo anterior, sostuvo que no se dio un mejoramiento de la propuesta, sino una simple aclaración; señaló improcedente anular los informes de evaluación, como quiera que eran simples actos de trámite, al igual que las decisiones de la revocatoria, como quiera que no se varió la decisión de adjudicación.

D. Recurso de apelación

10. La parte actora (fls. 412 a 435, c. ppal, 2ª instancia), insistió en la descalificación de la propuesta ganadora por la falta de los soportes del pago de los aportes a la seguridad social de los profesionales Gloria Guzmán, María Elsa Guzmán y Rainer Emil Pérez Campos, requisito que sirvió para puntuar la propuesta de la ganadora con el máximo puntaje, por lo que era insaneable, debido a su carácter sustancial y, en consecuencia, no debió aclararse lo que no existía en la propuesta y debió darse paso al rechazo de la propuesta¹; sin embargo, la demandada desconoció

¹ En la apelación se afirma: *“Como se evidencia, el Despacho consideró ajustado a derecho el que se presentara nueva documentación, partiendo del equívoco que era para la presentación de “algún otro”, con el fin de aclarar los ya existentes con la oferta. Se repite, NO fueron allegados con la oferta,*



esta naturaleza al permitirle al ganador aportar tales plantillas y tener este requisito como simple prueba de la experiencia, la que entendió cumplida con cualquier pago de seguridad social y no con los doce meses que exigía el pliego.

E. Trámite en segunda instancia

11. Después de que el *a quo* concedió la apelación (fl. 438, c. ppal, 2ª instancia), esta Corporación lo admitió (fl. 455, c. ppal, 2ª instancia) y corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 457 y 458, c. ppal, 2ª instancia), oportunidad en el que las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 460 a 474, c. ppal, 2ª instancia).

12. El Ministerio Público conceptuó que se debía revocar el fallo de primera instancia, por cuanto los respaldos de los aportes de seguridad social no fueron allegados a la propuesta ganadora, tal como lo aceptó el mismo Comité Evaluador, en forma contraria a lo afirmado por el *a quo*. Estimó que la experiencia, en la que se exigía acompañar los aportes de seguridad social, era un requisito sustancial para los concursos de méritos, dado el carácter de servicio intelectual de los mismos y, por lo tanto, resultaba improcedente sanearlos, como lo hizo la demandada al permitir que se aportaran tales documentos (fls. 475 a 486, c. ppal, 2ª instancia).

luego no estaban habilitados para aclarar lo que no existe. // Entonces, en forma injustificada la SED le concedió el máximo puntaje, a la oferta (sic) de ATI INTERNACIONAL LTDA., cuando se trataba de un aspecto determinante para valorar la experiencia profesional, útil para la futura celebración y ejecución del contrato de cuya adjudicación se trata y por ende se convierte en un aspecto sustancial no formal o nimio, y su carencia no permitía ser subsanado o aclarado. El fallo de primera instancia omite este análisis y conclusiones, lo cual genera la necesidad de solicitar su revocatoria en vía de apelación. // No obstante, lo anterior, ni siquiera con los documentos nuevo allegados con posterioridad al cierre, -de los cuales no existía ningún antecedente con la oferta- el proponente ATI INTERNACIONAL LTDA cumplió con el requisitos (sic) exigido en el pliego de condiciones. // Es decir, a pesar que con los documentos aportados con el oficio radicado bajo el n.º E-2008-128542 de agosto de 11 (sic) de 2008, mejoró la oferta, por cuanto arrió algunos de los pagos que estaban pendientes, no por ello cumplió con el requisito del pliego, razones de más para señalar que con la ilegalidad de aportarlos después del cierre, no por ello atendió las reglas de participación de la ley del concurso de méritos (principio de legalidad). // Síguese de lo anterior, la necesidad que se declare que para evaluar y calificar la experiencia profesional, era indispensable cumplir con los documentos que exigía el pliego, consistentes en allegar la copia de los pagos de seguridad social “DEL ÚLTIMO AÑO”, luego siendo tan clara la regla no podría el intérprete con posterioridad al cierre del concurso, proceder a modificar su alcance, so pena de considerarse una modificación al pliego de condiciones, actuación proscrita en contratación estatal por virtud del principio de legalidad e igualdad, de raigambre constitucional. (...) // El valorar la oferta y calificarla omitiendo la regla del pliego, incumplimiento (sic) con el deber de rechazar la oferta de ATI INTERNACIONAL LTDA, trajo como consecuencia que la SED la ubicó injustificadamente, en igualdad de condiciones a la propuesta de mi poderdante, y le otorgó infundadamente el derecho de acudir a la balota como forma de desempate. (...) // La única decisión válida de la SED por esta hoja de vida, era que el profesional “no cumple”, y por lo tanto le correspondía rechazar la propuesta de servicios, por incumplimiento de los requisitos técnicos, en aplicación del numeral 2.30.1 del mismo pliego (fl. 426, 427, 429, 432 y 433, c. ppal, 2ª instancia).



III. CONSIDERACIONES

F. Jurisdicción, competencia y acción procedente

13. Atendiendo a la naturaleza pública del Distrito Capital², es claro que esta controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, vigente para cuando se presentó la demanda.

14. Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en atención a su cuantía³, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

15. La acción contractual es la procedente, como quiera que para la fecha en la que se presentó la demanda, 3 de octubre de 2008, el contrato de consultoría n.º 715 del 1 de septiembre de 2008, aquí cuestionado por nulidad absoluta, ya se encontraba suscrito, razón por la cual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la nulidad de los actos previos demandados debía pedirse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato consecuencial, como en efecto ocurrió.

G. La legitimación en la causa

16. Las partes se encuentran legitimadas, en tanto expidieron y fueron destinatarios de los actos administrativos demandados. Igualmente, para demandar la nulidad absoluta del contrato, esta Corporación ha considerado legitimado a los proponentes vencidos⁴.

² Entidad territorial de carácter especial, en los términos de los artículos 322 Superior y 2 del Decreto 1421 de 1993.

³ La cuantía del proceso asciende a la suma de \$312.995.172, a título de utilidad dejada de percibir, según la estimación razonada de la cuantía hecha en la demanda (fls. 65 y 66, c. ppal, 1ª instancia).

⁴ En otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, exp. 19.880, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



H. Oportunidad de la acción

17. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 y la jurisprudencia de esta Corporación⁵, si se tiene en cuenta la fecha de finalización de la audiencia pública de adjudicación (en la que participó la parte actora y en la que se dio lectura al acto administrativo de adjudicación), el 22 de agosto de 2008 (fls. 322 a 346, c. 5), es claro que la demanda presentada el 3 de octubre siguiente fue oportuna, con mayor hay lugar a predicar esa conclusión con respecto a las pretensiones de nulidad absoluta del contrato de consultoría n.º 715 del 1 de septiembre de 2008.

I. Plan de solución del caso

18. Para resolver el fondo del presente asunto, la Sala iniciará por analizar los hechos probados, para luego emprender el análisis del cargo de falsa motivación propuesto. En este último marco se definirá el cumplimiento de la exigencia que se echa de menos, su naturaleza y la posibilidad de saneamiento.

J. Hechos probados

19. Con las pruebas legalmente decretadas y practicadas⁶ se tiene demostrado lo siguiente

20. El 20 de mayo de 2008, mediante la resolución n.º 1591, la Secretaría de Educación de Bogotá abrió el concurso de méritos n.º SED-CM-DC-001-2008 para contratar los servicios de interventoría para el seguimiento y control de los beneficiarios en colegios privados y en concesión (fl. 317, c. 5, parte considerativa de la resolución n.º 3052 del 22 de 2008, que adjudicó el referido concurso).

⁵ Sobre la forma de computar la caducidad en vigencia del referido artículo, entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2014, exp. 30.250, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, las copias simples se valorarán de conformidad con el criterio establecido por la Sección y el Pleno de la Corporación: Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.



21. En el pliego de condiciones del referido concurso, se definió su alcance y se precisó que se concretaba en efectuar las labores de verificación del número de estudiantes efectivamente atendidos en los establecimientos educativos privados en convenio con la SED y en los colegios en concesión, por medio de visitas a los establecimientos educativos que permitan el control de la asistencia, la actualización oportuna de los estudiantes del proyecto 4248 “*Subsidios a la Demanda Educativa*”, la liquidación para los colegios privados del servicio prestado y, en general, todas las obligaciones del referido convenio (numeral 2.3., alcance del objeto, fl. 8, c. 5). También se definieron, en lo que aquí interesa, los siguientes requisitos para la selección:

21.1. El proceso constaba de dos etapas: (i) la conformación de una lista corta y (ii) la selección del contratista de esa lista (fls. 17 a 19, c. 5, cronograma del concurso de méritos, numeral 2.8).

21.2. En la primera etapa, 17 proponentes manifestaron interés para participar (fls. 128 y 129, c. 5). Después de evaluadas esas manifestaciones, la lista corta quedó conformada por seis proponentes, entre ellos, la actora y la ganadora, ATI Internacional Ltda. (fl. 258, c. 5).

21.3. En la segunda etapa, en la que se presentó la controversia objeto de este proceso, el 1 de julio de 2008, además de publicar la lista corta, se les invitó a sus seis integrantes para que presentaran propuestas técnicas simplificadas (fl. 38, c. 5, numeral 2.26 y fl. 260, c. 5). El cierre para presentar propuestas se produjo el 17 de julio de 2008 (fl. 319, c. 5). Las propuestas de la actora y de ATI Internacional fueron allegadas al proceso y se analizarán al resolver el cargo de nulidad, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

21.3.1. En esta etapa se evaluaba, pero sin puntuación, un personal mínimo, y sería causal de rechazo de la propuesta, en caso de no cumplirse las siguientes condiciones (fls. 41 a 43, c. 5):

2.30. EVALUACIÓN TÉCNICA DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS SIMPLIFICADAS (PTS) (...)

2.30.1. PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO

El proponente deberá ofrecer en su propuesta el personal que participará en el proyecto y que debe constar de:



- Un (1) coordinador de proyecto: un profesional en economía, ingeniería industrial, administración de empresas o administración pública con experiencia mínima de 5 años en coordinación o dirección de proyectos de recolección de información.
- Dos (2) profesionales para el área de manejo de bases de datos: un profesional de ingeniería de sistemas y un estadístico o ingeniero de sistemas, con experiencia profesional mínima de 2 años en el manejo de base de datos.
- Un (1) profesional para el área financiera: Profesional contador, con experiencia profesional mínima de 2 años en liquidación de pagos.

El proponente deberá adjuntar las hojas de vida con las respectivas certificaciones académicas y laborales del personal propuesto para trabajar en el desarrollo del contrato. En caso de necesidad de reemplazo, el reemplazante deberá tener el perfil requerido en los presentes pliegos de condiciones y obtener el mismo puntaje del profesional a reemplazar y ser aprobado por el interventor.

NO SE PODRÁ CAMBIAR MÁS DE UN PROFESIONAL DEL PERSONAL INICIAL PROPUESTO.

Para la acreditación del personal cada uno de los profesionales deberá anexar: (...)

- Certificaciones de experiencia. En el caso que la certificación la genere la misma empresa que está participando en el concurso, **se deberá anexar copia de los pagos de seguridad social del último año.** (...)

NOTA: La experiencia profesional del contador público y de los profesionales que establezca la ley, **será válida a partir de la expedición de la matrícula o tarjeta profesional.**

EL NO CUMPLIMIENTO DEL PERFIL DEL EQUIPO DE TRABAJO (FORMACIÓN Y EXPERIENCIA) DE LA TOTALIDAD DEL PERSONAL REQUERIDO, SE EVALUARÁ COMO RECHAZADO TÉCNICAMENTE.

[Adicionado por la adenda n.º 2 del 30 de mayo de 2008] Solo se aceptará el cambio de personal bajo las siguientes condiciones:

1. Por muerte o incapacidad física permanente del profesional.
2. Por fuerza mayor o caso fortuito, plenamente demostrado por el contratista (se destaca).

21.3.2. Se definió el factor técnico como único factor de puntuación, con un puntaje máximo de 100 puntos, en el que se puntuaban la experiencia adicional del proponente (40 puntos, fl. 43, c. 5, numeral 2.30.3) y los estudios de postgrado del equipo de trabajo (60 puntos, fl. 98, c. 5, adenda n.º 4), así:

2.30. EVALUACIÓN TÉCNICA DE LAS PROPUESTAS TÉCNICAS SIMPLIFICADAS (PTS) (...)

2.30.3. EXPERIENCIA ADICIONAL DEL PROPONENTE (40 PUNTOS)



Por cada año de experiencia adicional a las certificaciones mínimas requeridas en proyectos de consultoría, relacionados con la recolección de información y manejo de bases de datos, de contratos iniciados y terminados, en los 10 años anteriores con respecto a la fecha de cierre del presente concurso, se asignarán DIEZ (10) puntos, hasta un máximo de CUARENTA (40) puntos. (...)

2.30.5 [modificado por la adenda n.º 4 del 14 de julio de 2008] Estudios de postgrado del equipo de trabajo (60 PUNTOS):

Se otorgarán TREINTA (30) puntos al coordinador que certifique postgrado en cualquier área de estudio.

Se otorgarán DIEZ (10) puntos por cada uno de los profesionales para el área de manejo de bases de datos que certifique postgrado en cualquier área de estudio, para un total de VEINTE (20) puntos.

Se otorgarán DIEZ (10) puntos al profesional financiero que certifique postgrado en cualquier área de estudio.

2.33 [modificado por la adenda n.º 4 del 14 de julio de 2008] CRITERIOS DE EVALUACIÓN PROPUESTA TÉCNICA:

El Comité emitirá su concepto, previo análisis comparativo de las propuestas, sobre un puntaje total de 100 puntos que se calificarán con base en los siguientes criterios:

FACTOR	CRITERIO	PUNTAJE
TÉCNICA	Experiencia adicional del proponente	40
	Estudios de postgrado del equipo de trabajo	60

21.3.3. En caso de empate en la evaluación de las propuestas técnicas, se procedía así (fls. 49 y 50, c. 5):

2.39. DESEMPATE DE PROPUESTAS TÉCNICAS

En caso de que exista empate en la calificación técnica, se seleccionará al proponente que haya obtenido mayor puntaje en la experiencia adicional del proponente, de persistir el empate seleccionará a quien haya obtenido mayor puntaje en estudios de postgrado del equipo de trabajo.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional. Lo anterior de conformidad con la Ley 816 de julio 7 de 2003.

En caso de presentarse empate entre los proponentes nacionales, se preferirán en condiciones de igual precio, calidad y capacidad a las MIPYMES nacionales, de conformidad con la Ley 905 de 2004. En caso de proponentes asociativos, el miembro del líder deberá ser MIPYMES para que se aplique esta preferencia. Para tal efecto con la propuesta se deberá acreditar la condición de empresa MIPYMES, so pena de no tenerse en cuenta en caso de empate.

Si con la aplicación de los criterios de desempate continúan empatados, se seleccionará al proponente mediante sorteo a través de balotera neumática, en presencia de los participantes del proceso que quedaron en dicha situación, mediante el siguiente procedimiento: Se colocan dentro de una balotera neumática, el número de balotas correspondientes al número de proponentes



cuyas propuestas se encuentren en empate, escogidas por cada uno de los proponentes; el número de cada balota será el que identifique a cada uno de los proponentes; seguidamente uno de los asistentes a la reunión accionará la balotera y permitirá la salida de una balota con la cual se establece el nombre del adjudicatario, según el número que lo identifica.

21.3.4. Finalmente, una vez desempatado, se abrió el sobre económico y se evaluaba en los términos de los numerales 2.32 y 2.40 (fls. 45, 50 y 51, c. 5).

22. En la evaluación técnica, las propuestas de la parte actora y de ATI Internacional Ltda. quedaron habilitadas y con un puntaje de 100 puntos, cada una (fls. 262 y 263, c. 5).

23. El 31 de julio de 2008, la actora presentó observaciones a la evaluación, entre otras, de ATI Internacional Ltda., en similares términos a los expuestos en la demanda (fls. 186 a 190, c. 2).

24. El 12 de agosto de 2008, el Comité Evaluador dio respuesta a las observaciones de la parte actora y otros. Confirmó su evaluación en relación con la actora y la propuesta ganadora, cada una con 100 puntos y también precisó que ambas propuestas cumplieran con la certificación de MYPIMES, para efectos del desempate. En punto, a lo que aquí interesa señaló (fls. 293 a 298 y 316, c. 5):

4) JAHV MCGREGOR S.A.

a) El coordinador propuesto por ATI INTERNACIONAL, doctora Gloria Pastora Guzmán allega certificación de experiencia de ATI, en la que acredita 12 años y 2 meses de experiencia, al respecto como la certificación la acredita el mismo proponente, debía adjuntar los pagos de seguridad social del último año, sobre este aspecto la propuesta no cuenta con la totalidad de pagos.

Rta: Verificada nuevamente la documentación, el comité evaluador solicitó copia de las planillas de pago por concepto de seguridad social y pensión no allegadas dentro de la propuesta, las cuales fueron remitidas mediante radicado n.º E-2008-128542 de agosto 11 de 2008, así mismo anexa copia de la resolución 1411 de 2003, expedida por el seguro social donde consta que la doctora Guzmán se encuentra pensionada y por tal motivo no está obligada de realizar este aporte. De acuerdo con lo expuesto el coordinador cumple con lo establecido en el pliego de condiciones.

b) El profesional para el manejo de bases de datos propuesto por ATI INTERNACIONAL, Rayner Pérez allega certificación de experiencia de ATI, al respecto como la certificación la acredita el mismo proponente, debía adjuntar los pagos de seguridad social del último año, sobre este aspecto la propuesta no cuenta con la totalidad de los pagos, de igual forma las certificaciones de experiencia correspondiente al Convenio Andrés Bello, Hospital Fontibón y Hospital Chapinero, corresponden a labores desarrolladas con antelación a la



fecha de obtención de la tarjeta profesional y en consecuencia no puede ser válida para este concurso.

Rta: Verificada nuevamente la documentación, el comité evaluador en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el numeral 2.35 de los pliegos de condiciones, solicitó copia de las planillas de pago por concepto de salud y pensión no allegadas dentro de la propuesta, las cuales fueron remitidas mediante radicado n.º E-2008-128542 de agosto 11 de 2008, cumpliendo con lo establecido en el pliego de condiciones.

Respecto a las certificaciones de experiencia del profesional, la SED solo tuvo en cuenta las certificaciones de ATI INTERNACIONAL Y ASESORÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA INFORMÁTICA AS&C, con las cuales cumple con lo establecido en el pliego de condiciones.

c) El profesional para el área financiera propuesto por ATI INTERNACIONAL, ELSA Guzmán Gómez allega certificación de experiencia de ATI, al respecto como la certificación la acredita el mismo proponente, debía adjuntar los pagos de seguridad social del último año, sobre este aspecto la propuesta no cuenta con la totalidad de los pagos.

Rta: Verificada nuevamente la documentación, el comité evaluador en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el numeral 2.35 de los pliegos de condiciones, solicitó copia de las planillas de pago por concepto de seguridad social y pensión no allegados dentro de la propuesta, los cuales fueron remitidos mediante radicado n.º E-2008-128542 de agosto 11 de 2008, cumpliendo con lo establecido en el pliego de condiciones.

25. En el acta de audiencia de adjudicación que inició el 19 de agosto de 2008 y terminó el 22 siguiente, la actora reiteró sus observaciones frente a la propuesta de ATI Internacional Ltda., en particular, sobre los profesionales Gloria y Elsa Guzmán y Rayner Pérez (fls. 322 a 346, c. 5). El demandado respondió esas observaciones en el mismo sentido del Comité Evaluador, para lo cual sostuvo (fls. 330 y 331, c. 5):

JAHV MCGREGOR S.A.

OBSERVACIONES CON (sic) RELACIÓN CON EL PROPONENTE ATI INTERNACIONAL

Observación: Solicitamos se rechace la experiencia acreditada a través de las certificaciones expedidas por el mismo proponente ATI INTERNACIONAL, para los miembros del equipo de trabajo (Gloria Guzmán, Rayner Pérez y Elsa Guzmán) en aplicación del contenido del numeral 2.30.1 personal mínimo requerido de los pliegos de condiciones, por cuanto el requisito de documentar los pagos de seguridad social del último año hace parte de las exigencias de la acreditación del equipo de trabajo, entonces, su omisión obliga al rechazo técnico de la propuesta en lo que hace referencia al profesional que tenga esta falencia y por lo tanto no se debe asignar puntaje por este concepto, por cuanto así lo estableció el pliego de condiciones. (...)

RESPUESTA: Verificada la propuesta por parte del comité técnico, no se encontró la totalidad de los soportes de pagos de los aportes realizados a seguridad social, sin embargo, para la SED estos documentos demuestran la relación laboral existente entre el proponente y los profesionales propuestos, constituyéndose estos como soporte de las certificaciones aportadas, de



acuerdo con lo anterior la SED solicitó dicha documentación, la cual fue allegada dentro del plazo establecido para tal fin, evidenciando que los mismos fueron presentados con anterioridad al cierre del presente concurso.

Cabe aclarar que el numeral 2.30.1 del pliego de condiciones, establece como única causal de rechazo “EL NO CUMPLIMIENTO DEL PERFIL DEL EQUIPO DE TRABAJO (FORMACIÓN Y EXPERIENCIA) DE LA TOTALIDAD DEL PERSONAL REQUERIDO, SE EVALUARÁ COMO RECHAZADO TÉCNICAMENTE” razón por la cual el proponente cumple con lo establecido en el pliego de condiciones.

Observación: Con relación a la experiencia del profesional en el manejo de datos Rayner Pérez, al ser certificada por la entidad ATI INTERNACIONAL, no tendría validez y solo se tendrían en cuenta las certificaciones suscritas por AS&C, CON LAS CUALES ACREDITA SOLAMENTE 22 MESES DE EXPERIENCIA Y SIENDO 24 meses el requisito establecido en el pliego de condiciones, debe ser rechazada la hoja de vida de este profesional.

RESPUESTA: Con base en la respuesta anterior, la certificación expedida por la firma ATI para el profesional Rayner Pérez corresponde a 12 meses para un total de 34 meses de experiencia profesional, razón por la cual cumple con lo requerido en el pliego de condiciones.

25.1. Después de agotar el procedimiento de desempate, la demandada determinó que había lugar al sorteo por balota neumática, que favoreció a la firma ATI Internacional Ltda. A continuación, verificó la propuesta económica de ATI y determinó que cumplía con este factor. Finalmente, procedió a leer el acto administrativo de adjudicación (fls. 338 346, c. 5).

26. El mismo 22 de agosto de 2008, la Secretaría Distrital de Bogotá expidió la resolución n.º 3052, por la cual se adjudicó el concurso en estudio a la firma ATI Internacional Ltda., a quien ordenó notificarle personalmente el acto (fls. 317 a 321, c. 5).

27. El 26 de agosto de 2008, la parte actora presentó ante la Secretaría de Educación Distrital la solicitud de revocatoria directa de la adjudicación (fls. 238 a 252, c. 2), la cual fue denegada mediante el oficio n.º S-2008-112886 del día 29 siguiente (fls. 184 y 185, c. 2).

28. En las declaraciones rendidas por los señores Gildardo Tijaro Galindo, quien para la fecha en que rindió la declaración se desempeñaba como gerente de la parte actora, y Joaquín Fernando Díaz Monroy, revisor fiscal de la accionante, señalaron sus percepciones sobre lo ocurrido dentro del proceso de selección en estudio, en similares términos a los expuestos por la parte actora en su demanda (fls. 571 a 578, c. 2). Por su parte, el testigo Carlos Gilberto Alonso Cañón, contador,



rindió explicaciones de cómo se calcula la utilidad en este tipo de concursos (fls. 580 a 582, c. 2).

K. Estudio de fondo: falsa motivación

29. Para iniciar, la Sala se ocupará de determinar si ATI Internacional Ltda. cumplió o no con el requisito de experiencia del personal mínimo requerido, según el cual las certificaciones de experiencia que provinieran del mismo proponente debían acompañarse de los pagos de seguridad social del último año, numeral 2.30.1. del pliego.

30. Para el Tribunal *a quo* este requisito fue cumplido por la propuesta ganadora, mientras que para la parte actora y para la parte demandada, así como para el litisconsorte necesario, como se desprende de sus actuaciones precontractuales, como en sus defensas, fue todo lo contrario.

31. En efecto, para la parte actora no se anexaron los pagos de seguridad social del último año del personal mínimo exigido, en particular de Gloria y Elsa Gómez y Rainer Pérez, razón por la cual la propuesta ganadora debió rechazarse. Por su parte, la demandada en sus actuaciones precontractuales, a través de su comité evaluador y en la audiencia de adjudicación, confirmaron que los anexos de los referidos pagos no se allegaron con la propuesta de ATI, pero que, por tratarse de un requisito no sustancial, permitieron que se aportara, una vez se efectuaron las observaciones de la parte actora. En igual sentido se pronunció el litisconsorte necesario.

32. El *a quo* consideró que en los folios 724, 725, 768 a 773, 778, 779, 782, 785, 788 del cuaderno 5A se encontraban los pagos de seguridad social exigidos. En consecuencia, la Sala procederá a verificar esta afirmación.

33. Al revisar la propuesta de ATI Internacional Ltda. se advierte que para el profesional del área de manejo de bases de datos, Rainer Pérez, se anexó una certificación de experiencia laboral del referido profesional con ATI, desde el 16 de julio de 2007 hasta el 15 de junio de 2008 (fls. 722 y 723, c. 5A). En consecuencia, se requería anexar los pagos de seguridad social para poder valorar esta experiencia.



33.1. Sin embargo, en los folios 724 y 725 del c. 5A, a diferencia de lo afirmado por el *a quo*, lo que se anexó en la propuesta de ATI fue la información de los periodos compensados por concepto de salud, por parte del señor Pérez, en los que se observan cumplidos los meses de diciembre de 2000 hasta mayo de 2008, consecutivamente, sin ninguna interrupción. Igualmente, en el folio 726 del c. 5 se observa el pago de pensión de junio de 2008. No hay más anexos de pago de pensión, riesgos o caja de compensación familiar. En consecuencia, contrario a lo sostenido por el *a quo*, los anexos del pago de seguridad del último año para este profesional no estaban incluidos en la propuesta, tal como lo aceptó el proponente ganador en su defensa y la entidad en sus actuaciones precontractuales.

33.2. La experiencia del ingeniero Pérez se contaba desde la expedición de su matrícula o tarjeta profesional, según el numeral 2.30.1 del pliego, lo cual se produjo el 21 de abril de 2005 (fl. 713, 5A). Según las certificaciones de experiencia y su resumen (fls. 710, 727 y 728, c. 5A), sin contar con la certificación de experiencia de ATI, el referido profesional alcanzaba a completar 21 meses y 12 días, mientras que lo exigido en el pliego eran 24 meses. De suerte que resultaba fundamental computar la experiencia certificada por ATI Internacional Ltda.

34. En relación con la señora Elsa Guzmán Gómez, en la propuesta de ATI se aportó una certificación para acreditar la experiencia mínima de esta profesional, de dos años, expedida por la misma firma, que comprendía el periodo desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 15 de julio de 2008 (fl. 767, c. 5A). A folios 768 a 788 del c. 5A se anexaron los pagos de pensión, salud, riesgos y caja de compensación de la referida profesional, de los meses de julio hasta diciembre de 2007. Para el 2008, se acreditó el pago de salud de febrero, marzo, abril, junio y julio, es decir, faltaron los meses de enero y mayo. Respecto del pago de pensiones de 2008, en el período de enero a julio, solo faltó el mes de mayo. Vale precisar que hay un comprobante de pago del mes de mayo de salud y pensión, pero sin que se pueda precisar de su contenido que la mencionada profesional estaba allí incluida (fl. 781, c. 5A). No hay anexos sobre los pagos de riesgos y caja de compensación del año 2008.

35. Por último, con relación a la señora Gloria Guzmán Gómez, ATI certificó una experiencia de más de 12 años y 2 meses para el cumplimiento del mínimo exigido en ese punto (fl. 653, c. 5); sin embargo, también se aportó una certificación del Fondo Nacional Hospitalario, en el cargo de Directora de Proyectos Internacionales,



en el que se consignaron funciones de coordinadora de proyectos y del banco de proyectos para el sector salud, desde noviembre de 1985 hasta septiembre de 1991, es decir, por más de cinco años, que superaba lo exigido como mínimo en el numeral 2.30.1 del pliego, razón suficiente para desestimar el cargo de la demanda frente a esta profesional; con todo, se observa que faltaban algunas certificaciones de salud, pensiones, riesgos y caja de compensación, que fueron aportadas por el proponente a solicitud de la demandada, como lo aceptó el comité evaluador y quedó consignado en la adjudicación.

36. De lo hasta aquí expuesto se concluye que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, los anexos de pagos de seguridad social del último año no estaban aportados con la propuesta. Ahora, lo que queda por determinar es si esos documentos faltantes podían ser requeridos y allegados por ATI Internacional Ltda., como en efecto lo permitió la entidad demandada.

37. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el proceso en estudio se abrió el 20 de mayo de 2008 (fl. 317, c. 5), fecha para la cual se encontraba vigente el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que, en su versión original y aquí aplicable, disponía:

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

38. Como se observa, la norma se refiere a la “ausencia de requisitos o la falta de documentos” para la futura contratación. En esa medida, se pueden subsanar aquellos requisitos o documentos que no se aportaron con la propuesta, pero que el proponente cumple. Además, equipara a los requisitos puntuables como aquellos necesarios para la comparación de las propuestas y, por consiguiente, como insubsanables. De lo anterior se sigue que los requisitos habilitantes (no puntuables), no son necesarios para la comparación y, por consiguiente, son saneables, es decir, que la entidad podrá pedir que se aporten los requisitos o documentos que faltan en la propuesta.



39. Los Decretos 66 y 2474 de 2008, aplicables al presente asunto, reglamentaron el párrafo en cuestión en el sentido de precisar que no se podían subsanar requisitos de capacidad para presentar la oferta, ni acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y que la propuesta que no anexara los documentos requeridos sería objeto de rechazo. En efecto, dichas normas disponían:

Decreto 66 de 2008	Decreto 2474 de 2008
Artículo 10. Reglas de subsanabilidad En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización. En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.	Artículo 10. Reglas de subsanabilidad En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, <u>o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones</u>⁷, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla. Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto. En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

40. En suma, los requisitos o documentos habilitantes o no puntuables faltantes en la propuesta se podían pedir, siempre que no se pretendiera probar la capacidad

⁷ El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por esta Corporación mediante auto del 27 de mayo de 2009, exp. 36.054, confirmado mediante providencia del 6 de agosto de 2009. Posteriormente, fue declarado nulo mediante sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 36.054B.



para presentar ofertas ni para acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Es preciso aclarar que todas las normas en cita se refieren a los requisitos no necesarios para la comparación y a requisitos puntuables para efectos de la subsanabilidad, pero no así a los requisitos sustanciales o formales, como se adujo en la demanda y la apelación. Todos los requisitos dentro de un proceso de selección son sustanciales para la adjudicación, por cuanto su no satisfacción genera consecuencias de fondo, el rechazo o la reducción de puntos. Distinto es que unos sean habilitantes y otros sean puntuables. Es esto último lo que define si se subsanan o no.

41. El numeral 2.30.1 del personal mínimo, en el que se exigía que las certificaciones de experiencia mínima que provinieran del mismo proponente debían acompañarse de los anexos de pago de seguridad social del último año, era un requisito habilitante, como quiera que su incumplimiento daba lugar al rechazo de la propuesta.

42. No obstante, vale aclarar que ese mismo requisito tenía una doble connotación, como requisito habilitante y requisito puntuable:

43. Lo primero, toda vez que se establecieron unos mínimos en el personal exigido y su experiencia, que de no cumplirse daban lugar al rechazo de la propuesta. Es en este marco que la entidad demandada actuó legalmente al no rechazar la propuesta de ATI, toda vez que era posible pedirle requisitos habilitantes no aportados con la propuesta, como quedó expuesto, por cuanto de esa forma no se afectaba la calificación.

44. Lo segundo, como quiera que la experiencia adicional se puntuaba, incluso, para este fin las certificaciones aquí cuestionadas se tuvieron en cuenta (fls. 268 a 271, c. 5); sin embargo, esta actuación no se objetó ni en la demanda ni en la apelación. Efectivamente, la parte actora se limitó a señalar que la propuesta ganadora debió ser descalificada o rechazada por no allegar los soportes de seguridad social del último año, pero no se alegó si las certificaciones de experiencia de ATI podían tenerse en cuenta para la asignación de puntos, lo cual, como máximo, daban lugar a la reducción de estos, pero no a su descalificación, como se dejó expuesto en la demanda y en la apelación.



45. Se trata de una cuestión sustancial, por cuanto para el efecto debía determinarse si la exigencia de los anexos de pagos de seguridad social operaba tanto para la experiencia mínima del personal mínimo requerido, como para la experiencia adicional regulada en el numeral 2.30.3, en el que simplemente se señaló que por *“cada año de experiencia adicional a las certificaciones mínimas requeridas (...) se asignarán DIEZ (10) puntos, hasta un máximo de CUARENTA (40) puntos”* (fl. 43, c. 5). Es altamente probable que estas certificaciones debieran cumplir con el requisito que aquí se echa de menos, pero, se insiste, esto daba lugar a la reducción de puntos, que es una cuestión que no fue planteada por la parte actora, por lo que mal haría la Sala en ocuparse de ella, so pena de vulnerar las garantías procesales de la contraparte.

46. Tampoco se desconoce que la cuestión que se plantea en el *sub lite* es que la selección fue errada, pero, se reitera, los argumentos se concretaron en que los pagos de seguridad social del último año eran una exigencia de la experiencia y que ésta al ser sustancial no podía sanearse y, por lo tanto, debió rechazarse la propuesta ganadora, cuestión que, como quedó visto, no era procedente.

47. De otro lado, ni en la demanda ni en la apelación se cuestionó que los documentos aportados acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre, ni tampoco está probado así. Igualmente, se trató de exigencias distintas a la capacidad para presentar la oferta, toda vez que se refería a exigencias para probar un mínimo de experiencia del personal exigido.

48. Por último, vale precisar que la Sala tampoco respalda la interpretación de la demandada, de entender que con algunos anexos se cumplía con la exigencia de la seguridad social, por cuanto así quedaba probada la experiencia; sin embargo, el pliego era claro en exigir que fueran los del último año anterior al cierre del proceso. En consecuencia, más allá de esta desafortunada fundamentación, lo cierto es que era procedente jurídicamente pedir dichos anexos, como en efecto ocurrió, toda vez que eran parte de un requisito habilitante. En esa medida, dicha motivación tampoco constituye una razón suficiente para anular la adjudicación, como quiera que la actuación de la demandada se ajustó de fondo al ordenamiento jurídico. Distinto es que la entidad se hubiera equivocado al momento de puntuar este requisito, cuestión que, se insiste, no fue planteada en la demanda.

En los términos expuestos, la Sala confirmará la decisión del *a quo*.



Radicación número: 25000232600020080050601 (48.615)

Actora: JAHV McGregor S.A.

Demandada: Distrito Capital

Referencia: Apelación sentencia-Contractual

L. Condena en costas

49. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia del 27 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

VF