



Función Pública

Sentencia 21571 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012)

Proceso número: 19001233100019990011601(21571)

Actor: □ Empresa de Construcciones Civiles Ltda. "ECOCIVIL"

Demandado: □ Corporación Autónoma Regional del Cauca

Referencia: □ Acción contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, por la empresa de Construcciones Civiles Ltda. "ECOCIVIL" contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión Sede-Cali, el 31 de mayo de 2001, que declaró probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 26 de enero de 1999, la empresa de Construcciones Civiles Ltda. "ECOCIVIL", mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., presentó demanda en contra de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, fundada en que no fue favorecida en la Licitación Pública n.º CRC-01-06-98, con la adjudicación del contrato a pesar de haber presentado la propuesta más favorable -folio 64 del cuaderno principal-.

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1. La demanda

Conforme al texto de la demanda, la Sociedad Construcciones Civiles Ltda.-ECOCIVIL- pretende las siguientes declaraciones y condenas:

2.1. Se declare la nulidad parcial del Adendo No. 02, fechado en Popayán, julio 6 de 1.998, relativo a la Licitación Pública No. CRC-01-06-98, en cuanto introdujo [Numeral 10.- (fl. 30)] modificaciones al pliego de condiciones, en lo relacionado con la evaluación del factor precio, por cuanto dicha modificación vulnera las disposiciones de la contratación estatal.

2.2. Se declare la nulidad de estipulaciones aplicadas al momento de evaluar las propuestas, relativas a que "a los costos directos de cada ítem se les aplica el porcentaje de Administración, Utilidad e Imprevistos" (Ver folio 32, numeral 1), los cuales no se encontraban previamente establecidas en los pliegos de condiciones de la Licitación Pública No. CRC-01-06-98, ni en el Adendo 02.

2.3. Como consecuencia de la (o las) declaración anterior se declare la nulidad de la Resolución de Adjudicación No. 0825 de septiembre 28/98 por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública No. CRC-01-06-98 al ingeniero Adolfo León Valderrama, por cuanto para la selección de la mejor propuesta, el factor precio se evaluó de conformidad con lo establecido en el Adendo No. 02 que modificó el pliego de condiciones y se evaluó, también, de acuerdo a estipulaciones aplicadas al momento de evaluar las propuestas, relativas a la Administración, la Utilidad y los imprevistos.

2.4. Como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución de Adjudicación No. 0825 de septiembre 28/98, se declare la nulidad del Contrato de Obra Civil No. 095/98 celebrado entre la Corporación Regional del Cauca a través de su mandatario y representante Fiducolombia S.A., y el Ingeniero Adolfo León Valderrama cuyo objeto es la construcción de obras civiles en tramos de colectores de alcantarillado en la cabecera municipal de Popayán.

2.5. Se declare que de conformidad con los pliegos de condiciones y con las aclaraciones efectuadas, la propuesta que debió ser seleccionada

para la adjudicación de la Licitación Pública No. CRRC-01-06-98, fue la presentada por la sociedad EMPRESA DE CONSTRUCCIONES CIVILES LTDA.

2.6. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a la entidad CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA a reconocerle y pagarle a la sociedad EMPRESA DE CONSTRUCCIONES CIVILES LTDA. los daños y perjuicios causados por no haber sido favorecida con la adjudicación de la Licitación Pública No. CRC-01-06-98 a pesar de haber presentado la propuesta más favorable para la Entidad; daños y perjuicios evaluados como el valor de la utilidad que aspiraba a ganar la sociedad proponente, y que fue estimada en un cinco por ciento (5%) del valor de los costos directos de su propuesta, y cuya cuantía deberá ser actualizada en su valor según los términos consagrados en el artículo 178 del C.C.A.

2.7. Se condene a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA a reconocer y pagar al demandante el lucro cesante sobre la suma a que se refiere la petición 2.5. anterior, un vez ajustada o actualizada año por año; lucro consistente en el interés civil puro, esto es, el doce por ciento (12%) anual, desde la fecha de la notificación de esta demanda hasta cuando se produzca su resarcimiento.

2.8. Se condene en costas a la demandada de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446/98".

Para el efecto la sociedad demandante puso de presente los siguientes hechos:

1.- Mediante licitación pública n.º CRC-01-06-98, la Corporación Regional del Cauca -CRC- abrió concurso para la ejecución de obras civiles de un tramo del colector sector III del alcantarillado de Popayán zona norte y un tramo del Colector Interceptor izquierdo del río Molino, alcantarillado sanitario puente Tulcán, talleres municipales, en la cabecera municipal de Popayán.

2.- Conforme al pliego de condiciones, se estableció i) que los proponentes debían estar clasificados y calificados en el registro único de proponentes constructores de la Cámara de Comercio, ii) que la C.R.C. podía en cualquier momento y antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, modificar, ampliar o aclarar los documentos de la licitación, contrariando lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y iii) se consignaron los parámetros de evaluación.

3.- El 2 de julio de 1998 se llevó a cabo una audiencia para aclaración del pliego de condiciones, con la asistencia de los proponentes, en que se presentaron varias solicitudes relacionadas con la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas, la aclaración sobre el tipo de balance que debían presentar -comercial o fiscal-, la experiencia de algunos profesionales y lo relativo a la forma de calificación de las propuestas, para evitar que la licitación se declarara desierta.

4.- Los días 2 y 6 de julio de 1998 la Corporación expidió dos ADENDOS que modificaron el pliego de condiciones, el primero prorrogó el plazo de la licitación por seis días más y el segundo modificó el factor relativo a la calificación de las propuestas en cuanto a la experiencia de los profesionales y en lo relativo a las cantidades de obra y precios unitarios, además de dar a conocer el presupuesto oficial de la licitación, así como la evaluación del factor precio.

5.- La alteración del pliego modificó substancialmente el orden de elegibilidad y la propuesta presentada por la demandante, dejó de ser la mejor, según las condiciones originales, generando un daño antijurídico que la actora no está en la obligación de soportar.

6.- Según el informe elaborado por el Comité de Evaluación Técnica y Económica, se presentaron cinco proponentes, a saber: i) ADOLFO VALDERRAMA; ii) ECOCIVIL LTDA.; iii) CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES; iv) MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ y, v) EMACENTRO.

7.- Mediante Resolución n.º 0825 de 28 de septiembre de 1998 la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.R.C.- adjudicó la licitación al proponente ADOLFO LEON VALDERRAMA.

8.- El 5 de noviembre de 1998 se suscribió el contrato de obra n.º 095/98, entre FIDUCOLOMBIAS.A., en calidad de mandataria con representación de la Corporación Autónoma Regional del cauca -C.R.C.- y el ingeniero civil ADOLFO LEÓN VALDERRAMA.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante centra sus pretensiones en que la corporación demandada, en los términos del adendo 02, introdujo modificaciones al pliego de la licitación pública n.º 01-06-98 en la que la misma participaba, desconociendo los artículos 24.5, 25.12 y 30.2 y 4 de la Ley 80 de 1993.

A juicio de la empresa demandante las normas antes mencionadas dan lugar a colegir que la demandada no podía modificar el pliego de condiciones, sin que mediara la solicitud de los asistentes a la audiencia, pues ello comportó alterar el orden de elegibilidad y dio lugar a que la demandante ocupara el cuarto puesto, mientras que, de conformidad con los pliegos inicialmente expedidos, "habría obtenido el primer puesto".

En ese orden de ideas sostuvo que, conforme al artículo 30 numeral 4.º de la Ley 80 de 1993¹, si bien los pliegos pueden ser modificados, tiene que obedecer al resultado de la audiencia, no como ocurrió en el sublite, pues la demandada actuó por su propia decisión.

Señala que, además de la modificación introducida por la administración a los pliegos, mediante el adendo 02, la entidad recurrió a criterios subjetivos de evaluación, desconociendo las previsiones de la Ley 80 de 1993, de manera que tanto la evaluación del precio, como el puntaje, la adjudicación y por supuesto el contrato, tengan que anularse porque desconocen el ordenamiento.

Finalmente, agregó que la corporación autónoma demandada, en el ámbito de la licitación a la que se hace mención, desconoció los principios de transparencia, selección objetiva y economía que informan la contratación estatal, por cuanto i) en sus inicios, no dio a conocer el presupuesto oficial, como debía sino que incluyó la información en el adendo 02, ii) no fijó los precios que se debía comparar -costos directos o

administración, utilidad e imprevistos -AIU-, e iii) introdujo modificaciones en el curso del proceso, imponiendo a los participantes costos de tiempo y dinero adicionales a los que la sola presentación de la oferta comporta, que los mismos no tendrían que asumir.

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 Corporación Regional Autónoma del Cauca

La entidad estatal demandada aceptó unos hechos, negó otros y se abstuvo de pronunciarse respecto de aquellos que consideró atribuibles a la acción, transcripción e interpretación de la actora.

En lo que tiene que ver con la expedición del adendo 02, la entidad demandada sostuvo que la modificación fue acordada en la audiencia adelantada el 2 de julio de 1998, con el propósito de subsanar algunas irregularidades, concretamente para dar aplicación a lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 287 de 1996, sobre el conocimiento del presupuesto oficial por los proponentes y porque la evaluación del "Factor Precio" debía tener en cuenta los ítems representativos.

Sostuvo la corporación estatal demandada que los criterios para evaluar se conocieron desde los inicios, porque aparecen contenidos en el pliego de condiciones y en los adendos y que resulta posible modificar el pliego con posterioridad a la audiencia de aclaración, siempre que se "respete el principio de transparencia mediante la comunicación del adendo a todos y cada una de las personas que hayan adquirido pliegos, como efectivamente ocurrió en el adendo No. 02", sin que se formularan observaciones. Punto este sobre el que la demandante habría podido formular sus objeciones u apreciaciones antes del cierre de la licitación, empero, como no hizo uso de su derecho de disentir, dio a entender que convino en la modificación planteada.

Formuló, además, la excepción de caducidad de la acción propuesta, fundada en que, a la luz del artículo 87 del C.C.A. y conforme a la modificación introducida en la norma por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el ámbito de un trámite contractual se conocen tres acciones i) la radicada en "(...) cualquiera de las partes contratantes" para que se declare la nulidad del contrato y se hagan las declaraciones o condenas consecuenciales del caso, con un término de caducidad de "dos años"; ii) la de nulidad establecida para que el ministerio público o cualquier persona interesada formule la nulidad absoluta del contrato, también en los dos años siguientes y iii) la de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista para que, quien demuestre interés formule la nulidad e invoque a su favor la reparación del daño, en los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicidad del acto de que se trate, última que invoca la actora y oportunidad que la misma no cumplió.

Sostuvo la entidad demandada que, conforme a lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., "ECOCIVIL LTDA" i) en cuanto no funge como parte, el actor no puede accionar en contra del contrato y por la misma razón si invoca la acción de nulidad del contrato, no le reportaría ninguna contraprestación y ii) si bien puede invocar la acción de nulidad y restablecimiento, porque participó en el proceso licitatorio, su derecho caducó el "día 28 de noviembre de 1998"; toda vez que el representante legal de la demandante conoció de la decisión que controvierte, pues asistió a la audiencia pública adelantada el 28 de septiembre del mismo año, en la que la demandada se pronunció sobre la adjudicación.

1.2.2 Litis consorte necesario

El señor Adolfo León Valderrama, adjudicatario y contratista fue vinculado e intervino en la litis. Sostuvo que algunos de los hechos relacionados en la demanda son ciertos y que otros no le constan. Sobre la adjudicación puso de presente que resultó beneficiado en un proceso de licitación pública, sujeto a las previsiones y requisitos exigidos por la Ley 80 de 1993. Formuló las excepciones de inexistencia de los derechos pretendidos por el actor; falta de legitimación en la causa por activa, al tiempo que se adhirió a cualquiera que se encuentre probada en el proceso.

Para el efecto el contratista vinculado a la actuación destacó i) que la demanda se basa en que la corporación modificó el pliego de condiciones, mediante el adendo 02 vulnerando la Ley 80 de 1993, cuando precisamente el artículo 30 numeral 4 inciso 2 de dicha ley permite las modificaciones, siempre que las mismas resulten convenientes y ii) que, si bien funge como contratista de la demandada, no ostenta legitimación para concurrir al sub lite, pues la acción no se dirige contra él sino en contra de la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.R.C. a través de su director general.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1 Parte demandante

ECOCIVIL LTDA. se opuso a las excepciones formuladas por la entidad estatal y por el contratista vinculado en calidad de litis consorte i) porque la "legalidad del Adendo 2" es un asunto que se dirime en la sentencia, en razón de que la entidad demandada no podía cambiar las reglas establecidas en el pliego, una vez abierta la licitación; ii) dado que el llamamiento a la tercera interesada es un presupuesto procesal que tiene que ver con la debida integración del contradictorio, en consecuencia el contratista favorecido con el contrato ostenta legitimación y debe ser vinculado al proceso y iii) debido a que la acción de controversias contractuales puede ser interpuesta por cualquiera de las partes del contrato o por el tercero que demuestre interés directo, durante los dos años previstos en el artículo 136 del C.C.A.

Destacó, además que, estando demostrado como lo está que la demandante i) participó en la licitación pública abierta para la construcción de obras civiles del alcantarillado de Popayán, ii) que el pliego fue modificado efectivamente a través de los adendos 1 y 2 y iii) que los participantes efectivamente solicitaron a la entidad que se cumpliera con lo ordenado por la Ley 80/93, dando a conocer el presupuesto oficial, es dable concluir la nulidad de las modificaciones.

Según la demandante, si bien la falta de conocimiento del presupuesto oficial no impide que se evalúe el precio ofrecido, la omisión vulnera los principios de transparencia y selección objetiva porque, con fundamento en éste, la entidad fija los criterios y procede en consecuencia como lo preceptúa el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente señaló que su propuesta estuvo ajustada a los requisitos del pliego de condiciones y que debió ocupar el primer lugar, pues ello se deduce de la "comparación objetiva" de la suya con todas las presentadas, antes de las modificaciones introducidas por el numeral 10 del adendo 2, el que indebidamente alteró el orden inicial trasladándola del primero al cuarto puesto.

1.3.2. Demandado

La Corporación Autónoma Regional del Cauca, a través de apoderado, en la oportunidad para alegar de conclusión -fol. 181 a 186 cdno 1- manifestó que, en la audiencia realizada el 2 de julio de 1998, los proponentes mostraron inquietud por la fórmula que se aplicaría para la evaluación, al punto que todos estuvieron de acuerdo en que se acoja "(...) una repartición lineal. Un rango lineal para mayores posibilidades (...)", y que, como resultado de lo planteado expidió el Adendo 2 el que puso en conocimiento de los proponentes, para que se tuviera como presupuesto oficial, en aplicación del Decreto 287 de 1996.

Aseguró que, conocido por los proponentes el presupuesto oficial y acorde con las previsiones del artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993, resultaba imperativo proferir el Adendo 2, además, en respuesta a las objeciones planteadas por los proponentes, cumpliendo así con cada uno de los parámetros establecidos en la ley para los procesos licitatorios.

Sostuvo que, en todo caso, la evaluación de las propuestas se desarrolló con criterios objetivos, garantizando la selección adecuada del contratista.

Finalmente reiteró que la acción iniciada por la parte actora, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se encuentra caducada, en razón de que la demandante tenía treinta días para acudir a la justicia, contados desde que conoció, se notificó y publicó la resolución de adjudicación, en audiencia pública adelantada el 28 de septiembre del mismo año, con la presencia del representante de la demandante.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo Sede Cali negó las pretensiones de la demanda, por caducidad de la acción.

Señaló el a quo, respecto de la procedencia y oportunidad para instaurar controversias contractuales, a la luz del artículo 87 del C.C.A. modificado por la Ley 446 de 1998 i) que la acción contractual no puede instaurarse sino por el directamente interesado y que la actora no ostenta la calidad de parte en el Contrato de Obra Civil No.095 de 1998, cuya nulidad demanda, precisamente por no haber sido adjudicataria y ii) que la acción de nulidad y restablecimiento, única que la actora podía interponer contra los actos expedidos antes de la celebración del contrato, caducó, pues en la demanda se controvierte la legalidad del adendo 2 y de la resolución de adjudicación, transcurridos más de 30 días, contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del último acto.

Se destaca en la providencia i) que la resolución de adjudicación fue proferida el 28 de septiembre de 1998, en el ámbito de la audiencia pública convocada para tal fin a la que asistió el representante de la parte actora e intervino en el debate, por conducto de su apoderada, de lo que se sigue su notificación por conducta concluyente y ii) que los treinta días siguientes transcurrieron en silencio, pues la demanda que se resuelve fue presentada el 9 de diciembre del mismo año.

Ahora, en cuanto a la validez del adendo 2 del 6 de julio de 1998 que modificó el pliego de condiciones en lo relativo a la evaluación de las propuestas y de la resolución de adjudicación encontró el a quo i) que la expedición del adendo 2 aconteció en la oportunidad legal fijada para el efecto, sin que ninguno de los proponentes manifestara inconformidad por la modificación que dicha expedición introdujo al pliego de la licitación y ii) que las estipulaciones aplicadas al momento de evaluar las propuestas no desconocieron los derechos de los proponentes, pues la calificación resultó de sumar los costos directos de la obra a los calculados por concepto de administración, utilidad e imprevistos.

1.5. SEGUNDA INSTANCIA

1.5.1 Recurso de apelación

La sociedad demandante apela la decisión para que se revoque y, en su lugar, se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Para el efecto señala que se declaró probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acogiendo lo expuesto por la demandada y desconociendo que lo que se pretende en la demanda es la nulidad absoluta del contrato de obra civil 095/98, en ejercicio del artículo 87 del C.C.A. y en concordancia con los artículos 136 y 168 del mismo ordenamiento -fol. 226 a 243 cdno. 1-, a cuyo tenor el proponente en calidad de interesado puede interponer la acción contractual dentro de los dos años siguientes a la celebración del contrato.

Llama la atención, además, porque el tribunal a quo, al tiempo que declaró la caducidad, se pronunció sobre el fondo de las pretensiones para negarlas, desconociendo i) que la modificación de los pliegos no surgió en la audiencia adelantada el 2 de julio de 1998, como equívocamente se afirma en la decisión y ii) que la resolución de adjudicación se profirió de conformidad con los dictados del Comité Evaluador, adoptados con fundamento precisamente en lo estipulado en el adendo; empero al margen del pliego de condiciones -folio 292 del cuaderno principal-.

Afirma el recurrente que, conforme a la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, la nulidad del contrato puede ser pedida por las partes,

el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo, el mismo que conlleva la posibilidad de un resarcimiento económico, de donde colige que se encuentra habilitado para demandar la nulidad absoluta del contrato y del proceso, dentro de los dos años siguientes a la celebración del contrato.

En lo relativo a la nulidad del adendo n.º 2 sostiene que la modificación del factor precio no surgió de la iniciativa de los proponentes, en la audiencia realizada el 2 de julio de 1998, sino de la entidad, quien procedió por su mera liberalidad desconociendo el ordenamiento y sin necesidad pues, a pesar de que no se conocía el presupuesto oficial, el pliego se ajustaba a las disposiciones legales, si se considera que ninguno de los proponentes tuvo acceso a la información, es decir se enfrentaban en igualdad de condiciones, lo contrario habría quebrantado la igualdad de oportunidades.

1.6. ALEGATOS FINALES

1.6.1. De la demandante

En este estado la sociedad demandante insiste en que el fallo impugnado sea revocado y en que se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para el efecto echa de menos la aplicación de la jurisprudencia de ésta Corporación respecto de las previsiones de la Ley 80 de 1993 y a manera de interrogantes señala i) que no puede ser legal modificar los pliegos de condiciones, ad portas de la adjudicación, ii) que para dar a conocer el presupuesto oficial no se requiere modificar el factor de evaluación y iii) que sí resulta posible preservar la objetividad de la selección, al margen del presupuesto oficial sobre los ítems representativos -fol. 256 a 259 cdno. 1-.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un asunto contractual en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988.²

2. Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en orden a resolver sobre la nulidad absoluta del contrato de obra n.º 095/98, celebrado entre la Corporación Regional del Cauca y el Ingeniero Adolfo León Valderrama, así como de la resolución de adjudicación y los perjuicios causados a la sociedad demandante, quien asegura ocupaba el primer puesto de elegibilidad, antes de la indebida modificación del pliego.

Cuestión previa

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora la Sala abordará en su orden i) los hechos probados, ii) la acción procedente y la caducidad de la acción y iii) el pliego y las modificaciones introducidas.

Hechos probados

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, se pueden dar por ciertos los siguientes hechos:

1.- Mediante Licitación Pública n.º CRC-012-06-98 la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.R.C.- invitó a firmas contratistas constructoras nacionales y extranjeras, inscritas clasificadas y calificadas en el registro único de proponentes, a presentar propuestas para la construcción de tramos de los colectores -sector III del alcantarillado de Popayán zona norte del colector interceptor izquierdo del río Molino, alcantarillado sanitario puente Tulcán-, en la cabecera municipal de Popayán -folio 6 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

2.- Del pliego de condiciones se destacan i) el numeral 2.2.3., a cuyo tenor quedó a salvo la facultad de la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.R.C. para, en cualquier momento y antes de que se venciera el plazo para la presentación de ofertas, modificar, ampliar o aclarar los documentos de la licitación, mediante enmiendas de obligatorio cumplimiento y se dispuso que las propuestas debían mantenerse vigentes por un periodo de ocho (8) meses calendario, a partir de la fecha de cierre de la licitación, ii) el numeral 2.3.12., que permitió prorrogar el plazo de cierre de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles, iii) el numeral 2.6.4., según el cual la licitación se adjudicaría al proponente cuya oferta se ajustara a los documentos de la licitación y, iv) lo relativo a la metodología que seguiría para evaluar el factor precio. Señala al respecto:

1.- FACTOR PRECIO

Para la selección por precios, se aplicará la tabla de puntajes que se describe a continuación:

PORCENTAJE DEL PUNTOS

PRESUPUESTO OFICIAL ASIGNADOS

$P_i > 101\% P_c$ 0

$101\% P_c \geq P_i \geq 99\% P_c$ 70

99% $P_c = P_i \geq 98\%$ P_c 20

98% $P_c = P_i \geq 97\%$ P_c 15

97% $P_c = P_i \geq 96\%$ P_c 10

96% $P_c = P_i \geq 95\%$ P_c 5

95% $P_c > P_i$ 0

Donde:

P_i = Presupuesto de la propuesta a calificar

P_o = Presupuesto oficial que será introducido en las urnas en sobre cerrado, antes de la fecha y hora fijadas para el del cierre de la licitación y apertura de las urnas.

n = Es el número de propuestas a calificar

P_c = Presupuesto de comparación que se calcula aplicando la siguiente formula:

$$P_c = [(P_o)^{(n+1)} \times (P_1) \times (P_2) \times (P_3) \times \dots \times (P_n)]^{1/(2n+1)}$$

Las propuestas que estén por fuera de este rango tendrán como puntaje de calificación cero (0).

Por último, el numeral 2.6.5., previó i) que la adjudicación del contrato tendría lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de cierre de la licitación en audiencia pública, con la participación del representante legal de la entidad y los proponentes; ii) en el acta se dejaría constancia de las deliberaciones y decisiones que en desarrollo de la misma se hubieren producido y iii) la adjudicación se haría mediante resolución motivada, notificada personalmente al proponente favorecido.

3.- Consta que en la audiencia de aclaraciones de 2 de julio de 1998 se abordaron los siguientes temas: i) el término de validez de la oferta, ii) la determinación del presupuesto oficial, iii) las inconsistencias observadas en el numeral 10 relativo al puntaje sobre el plazo de ejecución, pues según la página 16 este daría diez puntos y de acuerdo con la página 17 quince puntos, iv) presentación de balances –comercial o fiscal- y fórmula de calificación. Al respecto de esta última se propuso y acordó "un rango lineal para mayor posibilidades y no declarar la licitación desierta" -folio 91 del cuaderno de pruebas n.º 1-.

4.- Mediante el adendo n.º 1 de 3 de julio de 1998 la Corporación Autónoma Regional –C.R.C. prorrogó el plazo de la licitación o concurso por el término de seis (6) días hábiles, que vencería el catorce (14) de julio de 1994 a las 4 p.m., sin perjuicio de "que cualquier posible proponente que haya comprado los pliegos pueda solicitar aclaraciones sobre los documentos de la licitación mediante comunicación escrita a LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA C.R.C., o mediante telex o facsímil a la dirección postal indicada en el llamado a licitar, LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA C.R.C., dará respuesta por escrito a las solicitudes de aclaración relevantes que reciba antes de tres (3) días calendario de la fecha de cierre de la licitación" -folio 28 del cuaderno principal-.

5.- En los términos del adendo n.º 2 de 6 de julio de 1998, la Corporación Autónoma Regional del Cauca –C.R.C.- introdujo modificaciones al pliego de condiciones -folio 29 del cuaderno principal-, se destaca:

(...)

2.- Al punto 2.3.09., página 10, "Las propuestas deberán mantenerse vigentes y válidas por un periodo de ocho (8) meses calendario contados a partir de la fecha de cierre de la licitación.", queda así: "las propuestas deberán mantenerse vigentes y válidas por un periodo de cuatro (4) meses calendario contados a partir de la fecha de cierre de la licitación".

3.- A la solicitud, de que se incluya un ítem para entibados, se aclara que en los CUADROS ANEXOS DE CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS, Capítulo 2. MOVIMIENTOS DE TIERRA, ítem 2.1. Excavación para zanjas, se incluye suministro, colocación y retiro de entibados, se aclara que los entibados ya están incluidos en las excavaciones.

4.- La entidad no suministrará estudio de suelos para su clasificación, pues en los "CUADROS ANEXOS DE CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS, Capítulo 2. MOVIMIENTO DE TIERRAS" se hace una clasificación de acuerdo a los estimativos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán y los pagos se harán de acuerdo con las clasificaciones que se obtengan en el terreno.

5.- Dándole cumplimiento al artículo 1 del Decreto 287 de 1996, el presupuesto oficial es de QUINIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON 00/100 MCTE. (\$524'138.278,00), sin incluir IVA.

6.- De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, inciso 2, parte final, el plazo será materia de evaluación; en consecuencia, en el punto

2.6.4., página 17, "2 - FACTOR PLAZO", el cuadro de puntajes queda así...

10.- Con relación al punto 2.6.4., numeral 1.- FACTOR PRECIO, página 16, teniendo en cuenta que el factor precio tiene el 70% de ponderación en la calificación, se modifica de la siguiente manera:

1.- FACTOR PRECIO:

Se calificará teniendo en cuenta solamente los ítems representativos y que se relacionan a continuación:

SECTOR PUENTE TULCÁN-TALLERES MUNICIPALES

ITEM DESCRIPCIÓN UND. CANT.

2.1.2. Excavación en material común bajo agua hasta 2.5 m. de prof. M³ 1.900

3.2.1. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=80 cms. MI 287

3.2.2. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=90 cms. MI 251

SECTOR III

ITEM DESCRIPCIÓN UND. CANT.

3.1.2. Suministro e instalación de tubería Novafort D=200 mm. (8") MI 1.000

3.1.3. Suministro e instalación de tubería Novafort D=250 mm. (10") MI 800

3.1.4. Suministro e instalación de tubería Novafort D=450 mm. (18") MI 1.000

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 1.80 Un 28

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 2.50 Un 35

Se les aplicara un análisis de desequilibrio, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- El precio de un ítem se considera desequilibrado cuando presente un costo por exceso o por defecto, mayor al 15% del ítem correspondiente del valor nominal de comparación.

- El desequilibrio de una propuesta es la suma de los costos de los ítems representativos desequilibrados, dividido por el valor total de la respectiva propuesta corregida.

El valor nominal de comparación se calcula aplicando la siguiente fórmula:

$$P_c = [(P_o)^{(n+1)} \times (P_1) \times (P_2) \times (P_3) \times \dots \times (P_n)]^{1/(2n+1)}$$

Donde:

P_i= Presupuesto de la propuesta a calificar

P_o= Presupuesto oficial que será introducido en las urnas en sobre cerrado, antes de la fecha y hora fijadas para el del cierre de la licitación y apertura de las urnas.

n= Es el número de propuestas a calificar

P_c= Presupuesto de comparación.

Dependiendo del grado de desequilibrio, en porcentaje, que presente la correspondiente propuesta, se aplicará la tabla de puntajes que se describe a continuación:

PORCENTAJE DE PUNTOS

DESEQUILIBRIO (D) ASIGNADOS

D <= +- 1% 70

+ -1% < D <= +-2% 50

+ -2% < D <= +-4% 30

+ -4% < D <= +-6% 20

+ -6% < D <= +-8% 10

+ -8% < D <= +-10% 5

+ -10% < D 0

Las propuestas que estén por fuera de este rango tendrán como puntaje de calificación cero (0).

11.- Con relación al punto 2.6.4., numeral 4 – CAPACIDAD FINANCIERA, Literal a.- página 18, la tabla de puntuación se modifica de la siguiente manera:

a.- PATRIMONIO: En salarios mínimos mensuales legales vigentes, se aplicará la siguiente tabla de puntajes:

DESDE HASTA PUNTOS

0 10.1 41

10.2 17.2 84

17.3 34.4 126

34.5 68.9 168

69.0 137.8 210

137.9 344.5 252

344.6 861.2 294

861.3 1.550.2 336

1.550.3 5.167.2 378

5.167.3 Mayores 420

12.- Con relación a los balances que deben acompañar la licitación, de acuerdo con el numeral 2.6.1., penúltimo párrafo, debe entenderse como balances fiscales.

6.- El 14 de julio de 1998 –fecha de cierre de la licitación-, la sociedad ECOCIVIL LIMITADA-INGENIEROS CONTRATISTAS a través de su representante legal acompañó la propuesta con una carta de presentación, –folio 242 del cuaderno de pruebas n.º 1- que señala:

"De acuerdo con la invitación a proponer, que se publicó en el diario "EL LIBERAL" los días 20 y 25 de Junio de los corrientes, para participar en la Licitación de la Referencia.

La suscrita Empresa de Construcciones Civiles Ltda. ECOCIVIL, por medio de la presente ofrece suministrar los materiales requeridos, la mano de obra y las maquinarias y herramientas para efectuar todas las obras. Así mismo la Suscrita Sociedad se compromete a ejecutar los trabajos de acuerdo con los documentos del contrato y a firmar y legalizar el contrato dentro de un plazo de cinco (5) días después de ser notificado por escrito que ha sido favorecido con la adjudicación de este Contrato, basado en las estipulaciones del Pliego de Condiciones, los precios y demás documentos de Licitación y a otorgar la garantía única de cumplimiento prescritas en ellos.

La Empresa de Construcciones Civiles Ltda. ECOCIVIL, declara:

1.- Que conoce el Pliego de Condiciones, sus adendos, anexos y adiciones, los planos, las especificaciones y demás documentos de Licitación, relacionados con la obra y acepta todos los requisitos de ella exigidos.

2.- Que ha visitado los sitios de las obras y tomado nota cuidadosamente de sus características, vías de acceso, sitios de botaderos de sobrantes de excavaciones, instalaciones entregadas existentes en el sitio de la obra, disponibilidad de energía eléctrica, agua, etc., calidades del terreno para excavar y en general todas las circunstancias que indiquen la definición de los precios propuestos.

3.- Que acepta las cantidades de obra contenidas en la relación de precios adjunta, entendiendo que son aproximadas y que podrán aumentar o disminuir en el desarrollo del Contrato y que ofrece ejecutar todo el trabajo necesario y suministrar todos los elementos requeridos para la realización de la obra, a los precios unitarios y a los valores globales, que proponen en la misma relación de precios.

4.- Que en caso de que se adjudique la construcción de la obra se compromete a comenzar los trabajos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de comunicación escrita por medio de la cual la Corporación Autónoma Regional del Cauca "C.R.C." da la orden de comenzar la obra.

5.- La Suscrita Sociedad, acusa recibo de los siguientes anexos o adendos a los documentos de la Licitación:

Adendo No. 01 de Julio 03 de 1.998.

Adendo No. 02 de Julio 06 de 1.998.

6.- Que las aclaraciones y excepciones que anexa solo serán válidas cuando la Entidad Licitante las acepte por escrito y queden incluidas en la minuta del Contrato.

7.- Si se adjudica el Contrato, la Suscrita Sociedad propone otorgar garantía única de cumplimiento requerida por conducto de la siguiente

entidad: Seguros La Confianza póliza No. 0773122.

7.- Previo informe elaborado por el Comité de Evaluación Técnica y Económica, en audiencia pública se seleccionó el oferente según el orden de elegibilidad de las propuestas-folio 33 del cuaderno principal- del cual se destaca:

"La licitación se cerró el día 14 de junio de 1998 a las 4:00 P.M., en la sala de juntas de la Corporación....

Las firmas cuyos representantes asistieron al acto de apertura de las urnas, que presentaron propuestas se relacionan y resumen en el siguiente cuadro.

PROPONENTE VALOR (\$) SIN IVA PLAZO

No. NOMBRE SECTOR III POMONA TOTAL DÍAS

1 ADOLFO VALDERRAMA 325.291.139,00 172.711.238,00 498.002.377,00 120

2 ECOCIVIL LTDA. 328.063.371,45 186.227.190,37 514.290.561,82 90

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 328.579.830,00 180.129.852,00 508.709.682,00 90

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 330.983.751,00 168.272.918,00 499.256.669,00 118

5 EMACENTRO 344.574.531,48 184.507.570,27 529.082.101,75 120

6 PRESUPUESTO OFICIAL 343.737.800,00 180.400.478,00 524.138.278,00 117

3.- REVISIÓN ARITMÉTICA

De Acuerdo con lo estipulado en los pliegos de condiciones, sección II, artículo 2.5, numeral 2.5.5. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS, se procedió a revisar aritméticamente las propuestas presentadas.

El procedimiento empleado para las correcciones aritméticas, fue aplicar al formulario de cantidades y precios unitarios, los precios unitarios de cada ítem que aparece en los respectivos formularios de análisis de precios unitarios.

Revisada cada una de las propuestas de la licitación No. CRC-01-06-98 para la construcción de las obras civiles de un tramo del COLECTOR SECTOR III DEL ALCANTARILLADO DE POPAYÁN ZONA NORTE y un tramo del COLECTOR INTERCEPTOR IZQUIERDO DEL RIO MOLINO ALCANTARILLADO SANITARIO PUENTE TULCAN, TALLERES MUNICIPALES EN LA CABECERA MUNICIPAL DE POPAYÁN, se obtuvo la siguiente tabla.

PROPUESTA VALOR TOTAL (\$) DIFERENCIA

No. NOMBRE PRESUPUESTO CORREGIDO \$ %

1 ADOLFO VALDERRAMA 498.002.377,00 498.002.377,44 (0.44) (0.00)

2 ECOCIVIL LTDA. 514.290.561,82 514.290.513,10 48.72 0-00

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 508.709.682,00 499.235.052,29 9.474.629,71 1.90

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 499.256.669,00 499.256.668,30 0.70 0.00

5 EMACENTRO 529.082.101,75 529.082.103,60 (1.85) 0.00

Las propuestas No. 1 - 2 - 4 - y 5, presentan errores aritméticos muy pequeños, que en porcentaje son igual a cero, esto se debe a las aproximaciones en los decimales.

4.- EVALUACIONES DEL PRECIO

De acuerdo con lo estipulado en los pliegos de condiciones, sección II, artículo 2.6, numeral 2.6.4. CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN. "A las propuestas que no se eliminan por correcciones aritméticas" y cuyo valor se encuentra dentro del rango comprendido entre el noventa y cinco por ciento (95%) y ciento cinco por ciento (105%) del presupuesto oficial P_0 se les efectuará una nueva evaluación de acuerdo a los criterios y puntajes de calificación", se procede a determinar la desviación en porcentaje con respecto al presupuesto oficial como se detalla en la siguiente tabla:

PROPONENTE VALOR (\$) VARIACIÓN

No. NOMBRE PROPUESTO OFICIAL \$ %

1 ADOLFO VALDERRAMA 498.002.377,44 524.138.278,00 - 26.135.900,56 95.01

2 ECOCIVIL LTDA. 514.290.513,10 524.138.278,00 - 9.847.764,90 98.12

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 499.235.952,29 524.138.278,00 - 24.903.225.71 95.25

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 499.256.668,30 524.138.278,00 - 24.881.609,70 95.25

5 EMACENTRO 529.082.103,60 524.138.278,00 4.943.825,60 100.94

Todas las propuestas están dentro del rango especificado, por lo tanto todas pasan al siguiente proceso de evaluación.

5.- DETERMINACIÓN DE PUNTAJES

Como lo estipulan los pliegos de condiciones, en la sección II, capítulo 2.6., numeral 2.6.4. CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN "A las propuestas que no se eliminan por correcciones aritméticas" y cuyo valor se encuentra dentro del rango comprendido entre el noventa y cinco por ciento (95%) y ciento cinco por ciento (105%) del presupuesto oficial P_o se les efectuará una nueva evaluación de acuerdo a los siguientes criterios y puntajes de calificación.

FACTOR PUNTAJE MÁXIMO

1.- PRECIO 70

2.- PLAZO DE EJECUCIÓN 10

3.- CALIDADES 13

4.- CAPACIDAD FINANCIERA 5

5.- VISITA A LA OBRA 2

TOTAL 100

6. FACTOR PRECIO

De acuerdo a lo planteado en los pliegos de condiciones sección II, capítulo 2.6., numeral 2.6.4., punto 1 FACTOR PRECIO y el adendo No. 2 en su numeral 10 que dice:

(...)

De acuerdo a los desequilibrios calculados, los puntajes obtenidos por los proponentes es el siguiente:

PROPUESTA DESEQUILIBRIO PUNTOS

No. NOMBRE % OBTENIDOS

1 ADOLFO VALDERRAMA 0.00 70.00

2 ECOCIVIL LTDA. 20.92 0.00

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 18.44

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 15.16 0.00

5 EMACENTRO 0.00 70.00

6.- FACTOR PLAZO

Aplicando los pliegos de condiciones sección II, capítulo 2.6., numeral 2.6.4., FACTOR PLAZO y el Adendo No. 2, en su numeral 6, que dice:

(...)

Aplicando la tabla de puntajes para el factor precio, se tiene la siguiente clasificación obtenida por cada uno de los proponentes:

PROPUESTA VARIACIÓN PUNTOS

No. NOMBRE % OBTENIDOS

1 ADOLFO VALDERRAMA 7.00 0.00

2 ECOCIVIL LTDA. -19.75 0.00

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES -19.75 0.00

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 5.22 0.00

5 EMACENTRO 7.00 0.00

8.- FACTOR CAPACIDAD FINANCIERA

Aplicando los pliegos de condiciones sección II, capítulo 2.6, numeral 2.6.4., punto 4.- CAPACIDAD FINANCIERA y el Adendo No. 2, en su numeral 11, que dice:

(...) Ver Adendo Número Dos (2) de este trabajo

Tomando los valores consignados en los formatos para los balances correspondientes al año de 1997, se logra la siguiente tabla que contienen además, el cálculo de las relaciones financieras y la determinación de puntajes por cada concepto.

PUNTAJES OBTENIDOS

CONCEPTO

PROPONENTE No. 1 2 3 4 5

POR PATRIMONIO 294.00 420.00 336.00 378.00 336.00

POR LIQUIDEZ 200.00 200.00 200.00 200.00 100.00

POR ENDEUDAMIENTO 180.00 150.00 180.00 180.00 100.00

TOTAL 674.00 770.00 716.00 758.00 536.00

PUNTOS OBTENIDOS 4.21 4.81 4.48 4.74 3.35

9.- FACTOR VISITA A LA OBRA

Aplicando los pliegos de condiciones sección II, capítulo 2.6, numeral 2.6.4. punto 5 – VISITA A LA OBRA, que dice: Los proponentes que realicen la visita oficial el día y la hora señalada para tal efecto tendrán un derecho a 2 puntos.

Como todos los proponentes realizaron la visita de acuerdo a lo estipulado en los pliegos de condiciones, todos tienen los 2 puntos por visita.

10.- RESUMEN DE PUNTAJE TOTAL OBTENIDO

Una vez evaluado cada uno de los factores y asignados los puntajes correspondientes, se obtuvo la siguiente tabla que contiene el resumen y el total de los puntos obtenidos por cada uno de los proponentes:

TABLA DE PUNTAJES OBTENIDOS

PROPUESTA PUNTOS OBTENIDOS POR

No. NOMBRE PRECIO PLAZO CALIDADES CAP. FINAN. VISITA TOTAL

1 ADOLFO VALDERRAMA 70.00 0.00 11.51 4.21 2.00 87.72

2 ECOCIVIL 0.00 0.00 11.51 4.81 2.00 18.32

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 0.00 0.00 3.00 4.48 2.00 19.48

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 0.00 0.00 7.43 4.74 2.00 14.17

5 EMACENTRO 70.00 0.00 13.00 3.35 2.00 88.35

11.- ORDEN DE ELEGIBILIDAD

De acuerdo a cada uno de los factores evaluados y asignados, los puntajes correspondientes el orden de elegibilidad de las propuestas al sumar los parciales de precio, plazo, calidades, capacidad financiera y visita a la obra, es el siguiente:

TABLA DE ORDEN DE ELEGIBILIDAD

PROPUESTA VALOR VALOR PLAZO TOTAL

ORDEN NOMBRE SIN IVA SIN IVA

DÍAS PUNTOS

1º EMACENTRO 529.082.103,60 532.609.317,62 120 88.35

2º ADOLFO VALDERRAMA 498.002.377,44 503.314.402,80 120 87.72

3º CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 499.235.052,29 504.807.908,69 90 19.48

4º ECOCIVIL LTDA. 514.290.513,10 517.455.377,80 90 18.32

5º MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 499.256.668,30 499.256.668,30 118 14.17

De acuerdo a lo previsto por la Ley 80 de 1.993, artículo 30, numeral 8, el presente informe de evaluación estará disponible por un periodo de cinco (5) días hábiles a partir del día Viernes 11 de septiembre de 1998, en la Secretaría General de la C.R.C., para que los oferentes presenten las observaciones que estimen convenientes, los cuales no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

8.- Mediante comunicación de 8 de septiembre de 1998, el representante legal de ECOCIVIL LTDA, inconforme con la calificación de las propuestas, solicitó revisar la metodología utilizada en tanto desconoce la Ley 80 y el pliego de condiciones, en síntesis señaló *-folio 57 del cuaderno principal-*:

"El informe de las propuestas de la Licitación CRC-01-06-98 en su página 6, contiene los criterios aplicados para establecer la tabla en la cual se calcula el desequilibrio de las propuestas.

Los criterios utilizados en dicha evaluación no se encuentran descritos ni en el Adendo No. 2, numeral 10, ni tampoco en el pliego de condiciones numeral 2.6.4.; establecer estos criterios al momento de evaluar contraría lo ordenado en la Ley 80/93, por cuanto al ser desconocidos por los proponentes e impuestos solo al momento de evaluar permite que su determinación y aplicación se haga en forma subjetiva por ejemplo, el numeral 1 establece que a los costos directos de cada ítem se le aplica el porcentaje de Administración Utilidad e Imprevistos y se pasan como el valor total corregido del ítem representativo.

La anterior observación las hacemos en aras de demostrar que no es objetiva una calificación si no se conoce de antemano la metodología para su aplicación. Sin embargo, esto es poco significativo si se tiene en cuenta la violación de la Ley 80/93 en que se incurrió al producir el Adendo No. 2, en especial el numeral 10, mediante el cual se modificó el pliego de condiciones en cuanto a la evaluación del FACTOR PRECIO, para hacerlo de acuerdo con los ítems más representativos. La modificación introducida viola la Ley 80/93 por las siguientes razones:

-No es posible aceptar que los pliegos se modifiquen a criterio de la entidad después de abierta la licitación; la ley ordena elaborarlos con anticipación en forma clara, justa, completa, que no induzca al error y que conlleven a la selección objetiva de la mejor propuesta; para reforzar lo anterior se tiene que el artículo 26, numeral 3 de la Ley 80 establece la responsabilidad de las entidades y los servidores públicos cuando los pliegos hayan sido elaborados en forma incompleta; si eran completos, mal pueden ser modificados a capricho.

-El Decreto Reglamentario No. 287/96 el cual se dictó para garantizar la selección objetiva, la transparencia y la economía en la contratación y para ello precisó el alcance de algunas disposiciones entre las cuales se ordenó que en los pliegos deberán indicarse el presupuesto oficial de la licitación y las consecuencias que se deriven para las propuestas que no se ajusten al mismo.

-El pliego inicialmente se ajustó a la disposición legal, por cuanto que lo que se pretendió era que los proponentes conocieran el presupuesto oficial y, con base en dicho precio, calcularan sus propuestas, sabiendo de antemano que si se apartaban en forma significativa, definida previamente por la entidad, sufrirían las consecuencias, tales como la exclusión o la pérdida de puntaje en este factor; además, quiso la Ley evitar el tráfico de influencias para conocer bajo cuerda el presupuesto ya que la selección debe ser objetiva y ausente de favoritismos o subjetividad.

-La modificación contenida en el Adendo No. 2 hace que la evaluación del precio, por desconocer el presupuesto oficial de los ítems a evaluar, se convierta en un factor de suerte o de preferencias, pues si alguno pudo tener acceso a dichos precios cotizará dentro del rango para que no se presente el desequilibrio de su propuesta. Es posible también que los precios oficiales estén por fuera de los precios comerciales, lo cual se puede hacer notar si se conocen con anterioridad, en el pliego de condiciones, para hacer las observaciones pertinentes y cumplir así con el principio de economía.

Por todo lo expuesto, solicitamos que se revise y corrija la evaluación al factor precio; que se tenga en cuenta lo estipulado en el pliego de condiciones y se tenga por ineficaz, de pleno derecho, el contenido del Adendo No. 2, numeral 10 de conformidad con el artículo 24 numeral 5, literal f, inciso, para dar cumplimiento a los principios de transparencia económica y no infringir los principios de responsabilidad.

9.- Con fecha 28 de septiembre de 1998 el Comité Evaluador respondió a las objeciones presentadas por los proponentes -folio 1075 del cuaderno de pruebas n.º 4-, puntualmente frente a las observaciones de ECOCIVIL LTDA manifestó:

1.- En cuanto a los criterios al momento de evaluar, a que se refiere en la primera parte de su escrito, se trata realmente, no de criterios de evaluación, que estaban definidos claramente en el pliego y sus adendos. En la página 6 del informe de evaluación, se consigna la metodología utilizada para la evaluación integral del factor precio.

Es claro que el precio final, es la suma de los costos de varios elementos, que incluye los costos directos y los costos indirectos (A.I.U.), los cuales no pueden dejarse por fuera de la evaluación en ninguna licitación. Se reitera que los únicos criterios que se tuvieron en cuenta en el proceso de evaluación, fueron los estipulados en los pliegos de condiciones y sus adendos y no se establecieron nuevos criterios al momento de la evaluación como lo manifiesta el proponente en su oficio.

En cuanto a la observación atinente a la ineficacia del adendo n.º 02, numeral 10, cuyo objeto fue modificar el pliego de condiciones en cuanto a la evaluación del FACTOR PRECIO, para hacerlo de acuerdo con los ítems más representativos, es pertinente aclarar que las entidades públicas no solo pueden modificar el pliego, como resultado de la audiencia de aclaración de pliegos, ya que puede hacerlo con posterioridad, siempre y

cuando se respete el principio de transparencia, mediante la comunicación del adendo a todos y cada una de las personas que hayan adquirido pliegos, como efectivamente ocurrió con el adendo n.º 02.

La observación bien pudo haberse hecho antes del cierre de la licitación, lo cual no ocurrió, implicando así la aceptación de proponente, a la modificación planteada.

En consecuencia se niega la petición de revisar y corregir la evaluación del FACTOR PRECIO y se mantiene la vigencia del adendo n.º 02 en su integridad."

10.- Mediante resolución n.º 0825 de 28 de septiembre de 1998 la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.R.C.- adjudicó la construcción de dos tramos del colector III del Alcantarillado de Popayán zona Norte y del colector interceptor izquierdo del río Molino, Alcantarillado sanitario puente Tulcán, Talleres Municipales, en la cabecera municipal de Popayán, departamento del Cauca al proponente ADOLFO LEON VALDERRAMA, según la Licitación Pública n.º CRC-01-06-98 -folio 1090 del cuaderno de pruebas n.º 4-, para el efecto razonó en estos términos:

"Así mismo, se elaboraron los pliegos de condiciones con las reglas objetivas, claras y completas que rigen la licitación cuya apertura se ordenó mediante Resolución No. 0502 del 11 de junio de 1998, emanada de la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.R.C.

Realizada la audiencia de aclaración del Pliego de Condiciones, por medio de la Resolución No. 0700 del 13 de junio de 1998, se prorrogó el plazo para adjudicar la licitación y se produjeron los adendos 01 y 02, por medio de los cuales se modificó el Pliego de Condiciones.

Dentro del plazo previsto, se realizó la evaluación jurídica, técnica y económica de las propuestas presentadas, arrojando el siguiente resultado:

En la oportunidad prevista por la Ley, los proponentes formularon observaciones a la evaluación, las cuales se consignan y resuelven de la manera como aparece en el acta de respuestas a las objeciones del informe de evaluación, licitación No. CRC-01-06-98, la cual hace parte de la presente resolución.

Por medio de Resolución expedida por la Dirección General se fijó el día lunes 28 de septiembre de 1998, a las 2:30 p.m., en la Sala de Juntas de la Corporación, para la adjudicación de la Licitación en audiencia pública.

Con base en las anteriores consideraciones, el orden de elegibilidad definitivo es el siguiente:

TABLA DE PUNTAJES OBTENIDOS

PROPUESTA PUNTOS OBTENIDOS POR

No. NOMBRE PRECIO PLAZO CALIDADES CAP. FINAN. VISITA TOTAL

1 ADOLFO VALDERRAMA 70.00 0.00 11.51 4.21 2.00 87.72

2 ECOCIVIL 0.00 0.00 11.51 4.81 2.00 18.32

3 CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 0.00 0.00 13.00 4.48 2.00 19.48

4 MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 0.00 0.00 7.43 4.74 2.00 14.17

5 EMACENTRO 70.00 0.00 10.77 3.35 2.00 86.12

TABLA DE ORDEN DE ELEGIBILIDAD

VALOR VALOR PLAZO TOTAL

ORDEN NOMBRE SIN IVA SIN IVA DÍAS PUNTOS

1º ADOLFO VALDERRAMA 498.002.377,44 503.314.402,80 120 87.72

2º EMACENTRO 529.082.103,60 532.609.317,62 120 86.12

3º CONSORCIO O.M. CONSTRUCTORES 499.235.052,29 504.807.908,69 90 19.48

4º ECOCIVIL LTDA. 514.290.513,10 517.455.377,80 90 18.32

5º MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ 499.256.668,30 499.256.668,30 118 14.17

11.- Obra el acta de audiencia pública para la adjudicación de la licitación n.º CRC-01-06-98 de 28 de septiembre de 1998, a la que comparecieron los representantes de las firmas ECOCIVIL LIMITADA, ADOLFO VALDERRAMA, EMACENTRO S.A. y O.M. CONSTRUCTORES -folio 1085 del cuaderno de pruebas n.º 4-.

12.- Obra el contrato de obra n.º 095/98 de 5 de noviembre de 1998, suscrito entre FIDUCOLOMBIAS.A., en calidad de mandataria con representación de la Corporación Autónoma Regional del cauca -C.R.C.-, contratante y el ingeniero civil ADOLFO LEÓN VALDERRAMA en calidad

de contratista, con el objeto de adelantar la construcción de obras civiles de un tramo del colector sector III del alcantarillado de Popayán zona norte y un tramo del colector interceptor izquierdo del río Molino, alcantarillado sanitario puente Tulcán, talleres municipales, en la cabecera municipal de Popayán, departamento del Cauca –folio 1205 del cuaderno de prueba n.º 4–.

13.- Se conocen las propuestas de las firmas EMACENTRO S.A. –folio 908 del cuaderno de pruebas n.º 3 y 1006 del cuaderno de pruebas n.º 4–, OM CONSTRUCCIONES LTDA –folio 681 del cuaderno de pruebas n.º 3–, MARÍA DEL SOCORRO DOMÍNGUEZ M. –folio 716 del cuaderno de pruebas n.º 3–, ADOLFO LEÓN VALDERRAMA –folio 99 del cuaderno de pruebas n.º 1– y ECOCIVIL LTDA –folio 240 del cuaderno de pruebas n.º 1–.

5. La acción procedente

La empresa de Construcciones Civiles Ltda. "ECOCIVIL", en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., presentó demanda en contra de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, para que se declare la nulidad de los actos previos y del contrato de obra n.º 095/98 de 5 de noviembre de 1998, suscrito entre FIDUCOLOMBIA S.A., en calidad de mandataria de la Corporación Autónoma Regional del cauca –C.R.C.– y el ingeniero civil ADOLFO LEÓN VALDERRAMA.

En tal sentido, pidió la nulidad parcial del adendo n.º 02 de 6 de julio de 1998; de la resolución de adjudicación n.º 0825 de septiembre 28/98 por medio de la cual se adjudicó la licitación pública n.º CRC-01-06-98 y del contrato de obra n.º 095/98 ya mencionado. La acción se ejerció el 26 de enero de 1999, es decir en vigencia de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C.C.A.

A respecto es de anotar que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en lo relativo a las acciones procedentes, para confrontar los actos administrativos originados en la actividad contractual del Estado, dispone:

"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina".

En consecuencia, el artículo transcrito i) limitó la impugnación de los actos previos, generados en la actividad contractual al acto de adjudicación; ii) determinó en este último caso la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y iii) restringió a la acción contractual, establecida solo para las partes, la definición de controversias surgidas en razón de los actos administrativos producidos con motivo o en razón de dicha actividad. Como lo entendió la Sala de Sección en sentencia de 13 de junio de 2011³ en cuanto dispuso:

"Redacción que por su forma excluyente en materia de acciones, daba lugar a entender que los actos que se producían con ocasión de la actividad precontractual, excepto el de adjudicación, no eran susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de manera autónoma, dado que la única acción que se estableció en esa norma para su impugnación, fue la relativa a controversias contractuales en los términos consagrados en el C.C.A., cuya norma vigente para la época en que empezó a regir la Ley 80, establecía esta acción sólo para las partes del contrato, lo cual suponía, de un lado que para su ejercicio se necesitaba la existencia del contrato; y de otro, que los proponentes carecían de legitimación para demandar en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, puesto que la regla general de legitimación para intentar la acción contractual, la radicaba sólo en las partes del contrato y por excepción en el Ministerio Público y el tercero con interés directo, siempre que la pretensión sea de nulidad absoluta del contrato

Empero el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 amplió el espectro, en tanto dispuso que los actos previos a la celebración del contrato podían ser controvertidos indistintamente en ejercicio de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación⁴. Inicialmente la Sala entendió que la norma involucraba a todos los actos previos⁵. En ese orden de ideas los administrados con un interés directo –para el efecto los proponentes vencidos–, o quienes en interés general pretendían preservar el ordenamiento jurídico superior, podían demandar la ilegalidad del acto de apertura del proceso licitatorio, del pliego de condiciones, del acto de adjudicación y aún el informe final de evaluaciones, sin inmiscuirse en la acción contractual. En suma, porque al tenor del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la gestión contractual de la administración, serán demandables en ejercicio de las acciones "de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho según el caso".

Sin embargo, la misma Sala, con el propósito de precisar su alcance, encontró que solo podían impugnarse los actos precontractuales definitivos o que, en su lugar impidieran continuar con el proceso de selección, así:

"A partir de ello encontró que: (i) cualquier persona puede cuestionar la legalidad de un acto precontractual siempre que esta sea definitivo o impida continuar con el proceso de selección; (ii) a través del ejercicio de la acción de nulidad simple; (iii) siempre que se trate de actos administrativos; (iv) que infrinjan normas superiores, o que sean expedidos de manera irregular, o por organismos o funcionarios incompetentes, o con violación al debido proceso, con falsa motivación, o con desviación de poder; y (v) se interponga dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

Al tiempo la Sala entendió que la escogencia de la acción no se sujeta al arbitrio del demandante, sino al interés perseguido en el juicio y a los efectos de la sentencia, lo que comporta su consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, lo anterior porque no es

razonable pensar que el legislador haya previsto dos a más acciones para enjuiciar una misma actuación de la administración, como tampoco que cualquiera fuere la ejercida el resultado sería el mismo. *En suma se sostuvo:*

Para dar una solución legislativa a la situación que se presentaba, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo el inciso 2º al artículo 87 del C.C.A., en el sentido de establecer que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, esto es, aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan usualmente "actos separables" (les actes détachables) del contrato serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello comporte que la escogencia de la acción quede a elección del demandante, dado que la misma norma agrega a continuación la expresión "según el caso", con lo cual precisa que la escogencia de la acción depende del contenido de los efectos de la decisión de anulación, que a su vez impone las pretensiones a ser formuladas.

Un correcto entendimiento del alcance de la expresión "según el caso", ubicada a continuación de la indicación de que las acciones idóneas para enjuiciar los actos que se producen antes de la celebración del contrato son las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, lleva a concluir sin mayor dificultad que serán los efectos de la sentencia, meramente anulatorios, o además de restablecimiento del derecho, los que a su vez son congruentes con el contenido de las pretensiones que permiten una y otra acción, lo que determina la acción a intentar, con las consecuencias propias de las exigencias que para su formulación establece la norma, tales como: presentación oportuna, agotamiento de vía gubernativa y legitimación en causa.

No es propio del diseño que dio el legislador a los medios de control de la actividad de la administración, bajo la denominación de acciones, que dos o más de ellas sean procedentes para enjuiciar una misma actuación. Al contrario, al enjuiciamiento de cada actuación corresponde una acción.

Así, el contencioso objetivo de anulación está concebido para la revisión de legalidad de aquellos actos administrativos –generales o particulares– que al desaparecer del mundo jurídico no generen restablecimiento del derecho, mientras que el contencioso subjetivo de anulación, además de permitir la nulidad del acto administrativo, permite el restablecimiento del derecho que éste ha vulnerado.

Y esa regla no sufrió variación en el inciso segundo que se adicionó al artículo 87 del C.C.A., para establecer las acciones a través de las cuales es posible el enjuiciamiento de los actos precontractuales. Es decir el legislador no previó que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, fueran, indistintamente idóneas para el enjuiciamiento de la legalidad de los actos que se producen durante la actividad pre-contractual, sino que al contrario al permitir ambas acciones, según el caso, es el contenido de las pretensiones, determinado a la vez por los efectos de la anulación del acto administrativo, lo que impone que la acción a intentar sea el contencioso objetivo o el subjetivo de anulación.

En la misma oportunidad, la Sala explicó que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 amplió el control de los actos separables o precontractuales, contrario a lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que limitaba su impugnación al acto de adjudicación, y al tiempo concluyó que éste último solo podía ser enjuiciado por quien demuestre un interés legítimo a través de la acción de nulidad y restablecimiento dentro del mismo término.

Señala la norma:

"Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato".

Se considera en la sentencia:

La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección⁶, sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.

Contrario sensu, cuando el acto precontractual, además de su carácter de definitivo acusa la vulneración a una persona determinada, de un derecho amparado en una norma, el caso determinará el contencioso subjetivo como el medio de control judicial idóneo para enjuiciar su legalidad y obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

Y ello por cuanto el acto de adjudicación puede llevar consigo la vulneración a sujetos determinados, los participantes en el proceso licitatorio incluida la entidad estatal contratante, de un derecho amparado en una norma, lo cual excluye su control por la vía del contencioso objetivo, dado que al desaparecer del mundo jurídico, de manera ínsita trae restablecimiento del derecho al menos para la entidad contratante en tanto ésta se ve relevada de cumplir con la obligación de suscribir el contrato que la adjudicación le impone y de manera expresa restablece el derecho del licitante que habiendo demandado demuestra su mejor derecho a la adjudicación.

(...)

En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado.

El acto de adjudicación, conforme a la normativa vigente, sólo puede enjuiciarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por quien se crea lesionado en sus derechos -único legitimado para intentarla- y no por alguien ajeno al proceso licitatorio, que simplemente pretenda asegurar la regularidad de la actuación administrativa.

La claridad de los textos legales arriba referidos impide interpretar que se puedan cuestionar todos los actos separables con independencia de los efectos que produzca la nulidad del acto e intentar así tanto la acción de nulidad, como la de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación. El contencioso de simple legalidad en materia de actos precontractuales es viable en otras situaciones, como es la adopción de los pliegos de condiciones o el acto de autorización de los concejos o asambleas -según el caso- a los alcaldes y gobernadores para celebrar contratos.

Bajo esa misma línea de pensamiento, cabe precisar que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 *añade que el proceso licitatorio, al igual que la celebración y ejecución del contrato, no se interrumpen porque se instauren acciones contra los actos previos⁷ y que, una vez celebrado éste, la ilegalidad de dichos actos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.*

Ahora, esta última podrá interponerse por el Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en las resultas del proceso, en tanto la jurisprudencia constitucional y contenciosa reconocen su legitimidad para solicitar la nulidad absoluta del contrato, que el *juez administrativo deberá declarar, siempre que la causal se encuentre demostrada, previa la convocatoria de las partes contratantes o de sus causahabientes.*

Aunado a lo expuesto, esta Corporación ha considerado que la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 al artículo 87 del C. C. i) sustrajo la aplicación general del plazo de caducidad de cuatro meses, previsto en el artículo 136 del C. C. A. para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al establecer que deberán impugnarse en los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación y ii) que precisó lo relativo al término para intentar la acción contractual, al puntualizar que podrá intentarse dentro de los dos años siguientes, por las partes, por el ministerio público o por el proponente vencido, quien, si además pretende restablecer su derecho, deberá presentar la demanda dentro de los mismos treinta días, previstos para instaurar la acción de impugnación⁸.

Lo último porque no resulta acorde con el ordenamiento superior privar a los interesados de su derecho de acceso a la justicia, para definir aspectos de la actividad contractual que les interesa, en razón de que otros celebraron el contrato, como quiera que el ejercicio del derecho a ejercer control sobre los actos de la administración no puede sujetarse a la voluntad negocial de la entidad y del adjudicatario; lo que daría lugar incluso a que se apresure la suscripción del contrato, privando así a los interesados de un derecho fundamental. En otras palabras, tanto el acto de adjudicación como el contrato cuya suscripción le sigue, son susceptibles de ser enjuiciados por quien tiene un interés directo en uno y otro, sin perjuicio de la titularidad de la acción relativa a controversias contractuales reconocida por el legislador al Ministerio Público, para solicitar la nulidad absoluta del contrato.

En consecuencia, *la vía procesal en procura de obtener tanto la nulidad de los actos previos como la absoluta del contrato, es la acción contractual y aunque el texto del artículo 87 del C.C.A. da lugar a sostener que, una vez celebrado el contrato, "la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato", ésta Sala, en una interpretación ha prohiado la tesis acogida por la doctrina a cuyo tenor las pretensiones pueden acumularse, dado que la existencia de un vicio en los actos previos da lugar a la nulidad del contrato, siempre que se hubiera demandado el contrato.*

Se señala al respecto:

"En las controversias que giren en torno a los actos previos dictados en la etapa anterior al perfeccionamiento del contrato no será necesario demandar éste, aunque nada se opone [a] que la pretensión anulatoria de aquellos se acumule con la de nulidad absoluta de dicho contrato (parágrafo art. 77, ley 80); como también se estima viable la acumulación de la pretensión anulatoria del acto de adjudicación con la de nulidad del contrato, aunque formalmente parezca indebida, porque en tal hipótesis la acción principal, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del consejo de Estado, será la última, ya que la primera, en el fondo, no será otra cosa que el supuesto para la formulación de la aludida pretensión anulatoria del convenio. En este mismo sentido se ha dicho que podrá pedirse directamente la nulidad del contrato alegando esas irregularidades o ilegalidades en el acto de adjudicación o en el proceso selectivo previo, sin que tenga que pedirse expresamente la nulidad de estos extremos"⁹.

Siendo así, el tercero que acredite un interés directo está legitimado para demandar la nulidad de los actos previos, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 y al mismo tiempo pretender la nulidad del contrato, según se desprende de los términos de la norma legal en cita, prevista para proteger los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas, que pueden resultar vulnerados con ocasión de las decisiones que la administración adopta en la etapa precontractual.

Lo anterior porque, como quedó expuesto, la interpretación exegética del artículo 87 del CCA, podría dar lugar a entender que celebrado el contrato no procede sino su nulidad en ejercicio de la acción contractual, lo que privaría al oferente vencido de acceder a la justicia en defensa de sus intereses, dejando al arbitrio y al capricho de la administración y del contratista el término previsto para demandar los actos precontractuales.

En consecuencia, no hay duda que una vez celebrado el contrato el proponente vencido podrá solicitar tanto la nulidad de los actos previos como del contrato, en ejercicio de la acción contractual y concretar allí mismo sus aspiraciones económicas a título de restablecimiento del derecho, pero en este caso el término para el ejercicio de la acción será de treinta días contados a partir de la comunicación, publicación o notificación del acto.

Siendo así, transcurridos más de treinta días desde la publicidad del acto administrativo precontractual, objeto de controversia, así el ordenamiento prevén la posibilidad de demandar la nulidad del contrato, no cabe el restablecimiento del derecho consecuencial, por haber caducado el término previsto por la ley para invocarlo, ni tampoco podrá solicitarse la nulidad de los actos previos, así la acción contractual se interponga con vocación de restablecimiento, por haber caducado la acción.

La Sala en sentencia de 4 de febrero de 2010 se pronunció en estos términos:¹⁰

En efecto, se observa que la Ley 446 de 1998 introdujo importantes variaciones al régimen de las acciones procedentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia contractual, por cuanto estableció, en relación con los actos precontractuales, es decir aquellos proferidos antes de la celebración del contrato, que los mismos son demandables "(...) mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación", a lo cual añadió dicha norma legal que la interposición de estas acciones no interrumpe el procedimiento administrativo de licitación ni la celebración y ejecución del contrato; así mismo, agregó la disposición en cita, que una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

(...)

No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que en tales eventos también están en juego los derechos de quienes participan en los procesos de selección de contratistas con miras a obtener la adjudicación del respectivo contrato, los cuales merecen igualmente la protección por parte del ordenamiento jurídico, el cual debe garantizar a sus titulares la posibilidad de reclamar judicialmente por la vulneración y desconocimiento que de tales derechos se pueda presentar con ocasión de las decisiones que la Administración adopta en esa etapa precontractual y, por lo tanto, protege su derecho a obtener la reparación de los daños que de tal situación se puedan desprender para el afectado.

Se trata pues, de garantizar la protección del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia¹¹ mediante la interpretación armónica de las normas legales que lo regulan, como son las concernientes a los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas.

Y en este punto, la Sala advierte cómo, una interpretación exegética de la norma contenida en el artículo 87 del CCA, puede conducir, en un momento dado, a la privación del derecho de acceso a la Administración de Justicia, puesto que al disponer que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca en treinta días a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual o una vez celebrado el contrato –lo cual puede suceder antes de transcurrido aquel lapso-, se estaría dejando en manos de la Administración el poder de truncar aquel derecho, mediante el simple expediente de celebrar cuanto antes el contrato, pues inclusive puede suceder que éste sea suscrito el mismo día de la adjudicación, con lo cual, virtualmente se habría privado a los proponentes inconformes con dicha decisión, de las posibilidades de cuestionar judicialmente su validez.

(...)

(...)

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que un correcto entendimiento del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo reformado por la Ley 446, permite concluir que los actos administrativos producidos por la Administración dentro de los procesos de selección de contratistas y con anterioridad a la celebración del respectivo contrato, permite que los mismos sean demandados a través de las acciones y dentro de los términos que, a manera de ilustración, se precisan a continuación:

1º. En ejercicio de la acción de simple nulidad dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

2º. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, siempre que no se hubiere celebrado el correspondiente contrato;

3º. En ejercicio de la acción contractual, la cual supone la celebración previa del correspondiente contrato adjudicado y sólo como causal de nulidad del mismo, dentro de los dos años siguientes a tal celebración.

4º. En este último caso, si la demanda se presenta por quien pretende obtener la reparación de un daño derivado del acto administrativo previo y lo hace dentro de los 30 días siguientes a la notificación, comunicación o publicación del mismo, debe tenerse presente que la ley exige o impone una acumulación de pretensiones, esto es las que corresponden a las acciones contractual y las propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto en este caso el demandante, al ejercer la acción contractual, deberá solicitar tanto la declaratoria de nulidad del contrato estatal como la declaratoria de nulidad del acto administrativo precontractual, que a su vez le servirá de fundamento a aquella y como consecuencia de tal declaratoria, podrá pedir la indemnización de los perjuicios que tal decisión le haya infligido.

Contrario sensu, es decir, si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante.

El caso concreto

Aunque la Sala encuentra que la acción contractual interpuesta por la Empresa de Construcciones Civiles Limitada ECOCIVIL, con miras a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del contrato fue ejercida oportunamente, puesto que a la fecha de presentación de la demanda -26 de enero de 1999- no habían transcurrido los dos años establecidos para el efecto, no sucede lo mismo respecto de las pretensiones de restablecimiento, si se considera que el término para presentar la demanda caducó el 11 de noviembre de 1998, de manera que en lo tocante a las aspiraciones económicas de la demandante, habrá de concluirse que se presentaron extemporáneamente.

Otra dificultad tiene que ver con la oportunidad para demandar el acto previo a la celebración del contrato, es decir la nulidad parcial del adendo n.º 2 de 6 de julio de 1998, en cuanto introdujo modificaciones al pliego de condiciones y en consecuencia con la resolución n.º 0825 de 28 de septiembre de 1998, mediante la cual se adjudicó la licitación pública n.º CRC-01-06-98, en tanto su ejercicio oportuno supone satisfacer uno de los presupuestos procesales de la acción. Esto por cuanto, la caducidad de la acción, no permite al juez cabe pronunciarse sobre la validez de los actos.

En este panorama, aunque la Sala reitera que resulta pasible la acumulación de la pretensión anulatoria del adendo y de la resolución de adjudicación con la igualmente controvierte la validez del contrato, en tanto resultan concurrentes, pues las primeras albergan el supuesto de la anulación del convenio, se debe precisar que, sin perjuicio de la acumulación, lo pretendido se analiza separadamente. De manera que el término de caducidad de la acción dirigida contra los actos previos no será de dos años, sino de treinta días contados a partir de su comunicación, notificación o publicación del acto, tal y como lo sostuvo la Sala en providencia de 4 de febrero de 2010, al afirmar que *"si han transcurrido más de 30 días desde la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual, si bien en principio el ordenamiento en estudio parece autorizar la presentación de la demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del respectivo contrato con base en o partir de la nulidad del acto precontractual, que también deberá pretenderse, lo cierto es que en este caso no podrá ya elevarse pretensión patrimonial alguna, puesto que habrá caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se habría podido acumular en la misma demanda; en consecuencia, en esta hipótesis fáctica, sólo habrá lugar a analizar y decidir sobre la validez del contrato demandado, a la luz de la validez o invalidez del acto administrativo que se cuestiona, sin que haya lugar a reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante"*.

Aplicable al sublite si se considera que, en la demanda que se resuelve, se acumulan las pretensiones de nulidad del contrato y nulidad y restablecimiento del acto del acto de adjudicación, este último proferido en audiencia pública adelantada el 28 de septiembre de 1998, con la comparecencia de los representantes de las firmas ECOCIVIL LIMITADA, EMACENTRO S.A. y O.M. CONSTRUCTORES y del señor ADOLFO VALDERRAMA, quienes expresaron sus inconformidades, obtuvieron respuesta y conocieron la expedición de la resolución n.º 825 de la fecha, leída por el director de la entidad. De modo que la actuación relativa a su notificación se agotó en la misma audiencia y el término de treinta días venció el 11 de noviembre de 1998. Esto si se tiene en cuenta que la oportunidad para interponer la acción contra la decisión comenzó a correr a partir del día siguiente de la audiencia de adjudicación y ésta no tiene recursos por la vía gubernativa -artículo 77 de la Ley 80 de 1993-. Siendo así, las acciones dirigidas a declarar la nulidad del pliego de condiciones en razón de la expedición del adendo n.º 2 de 6 de julio de 1998 y de la resolución n.º 0825 de 28 de septiembre de 1998, al igual que las de restablecimiento fueron presentadas extemporáneamente.

Sin perjuicio de la oportunidad para invocar la nulidad absoluta del contrato dadas las anomalías advertidas en los actos previos.

6. El pliego y las modificaciones introducidas

En principio la Sala limitará su estudio al alcance de las modificaciones introducidas por la entidad contratante, mediante el adendo n.º 2 al pliego de condiciones y así mismo resolverá sobre la nulidad del contrato de obra n.º 095/95, por quebrantamiento de los artículos 24.5, 25.12 y 30.2 y 4 de la Ley 80 de 1993 y de los principios de participación, transparencia y selección objetiva en el proceso de selección, pues, en la demanda se afirma que la entidad estatal no podía modificar el pliego de condiciones, sin que mediara la solicitud de los asistentes a la audiencia.

Sostiene el actor que, conforme al artículo 30 numeral 4.º de la Ley 80 de 1993¹², si bien los pliegos pueden ser modificados, esto tendría que haber obedecido al resultado de la audiencia a la luz de la previsión contenida en la Ley 80 de 1993, y al tiempo agrega que la demandada i) no dio a conocer el presupuesto oficial desde sus inicios, ii) no fijó los precios que se debía comparar -costos directos o administración, utilidad e imprevistos -AIU-, e iii) introdujo modificaciones en el curso del proceso que alteraron las variables ponderables sobre la calificación de las propuestas.

Señalan las normas que el actor estima vulneradas de la Ley 80 de 1993- (texto original):

ARTÍCULO 24. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

- 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 desierto de la licitación o concurso.
- 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 o término de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

ARTÍCULO 25 PRINCIPIO DE ECONOMÍA

(...)

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

La licitación o concursos e efectuará conforme a las siguientes reglas:

1o. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2o La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3o Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4o Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

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.

5o El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía

del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

6º. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

(...)

El desconocimiento de las normas relativas a la estructuración del pliego de condiciones, comporta una vulneración de las normas legales que gobiernan los procesos de selección y con ellos los principios de igualdad, participación selección objetiva y transparencia. En tanto el pliego de condiciones constituye un acto de carácter general, fruto de la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales en la materia que orientan la función administrativa, tanto que esta Corporación, de tiempo atrás, ha sostenido que, una vez publicada, la invitación a contratar no puede modificarse o alterarse y menos aún después del cierre de la licitación o de la presentación de las ofertas, so pena de nulidad¹³. Igualmente ha privilegiado la condición del acto como ley del contrato, pues contiene, delimita y regula los derechos y obligaciones de las partes. En esta línea de pensamiento la Sala también ha sostenido i) que el pliego de condiciones es un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes en el proceso de selección y ii) que únicamente puede ser modificado en las oportunidades y con los límites previstos en el estatuto contractual¹⁴.

Siendo así es claro que, conforme al texto original del artículo 30 numeral 4º de la Ley 80 de 1993, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de los interesados, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance del pliego y escuchar a los intervinientes, consignando lo acontecido en acta suscrita por los comparecientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las consecuentes modificaciones al pliego, prorrogará el plazo hasta por seis (6) días hábiles o si lo estima conveniente o así lo solicitaren las dos terceras partes de los interesados, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. Aunque la norma no descarta la facultad de la administración de introducir modificaciones al pliego de condiciones, lejos está de haberse consignado sin restricciones, en cuanto la sujeta a límites de índole material y temporal. De una parte porque, en principio, se suscribe a aspectos no sustanciales, lo que excluye de suyo que la autorización comprenda factores de calificación y, de otra, habida cuenta que los cambios que anteceden al cierre de la licitación deberán adoptarse con prudente antelación, para que los interesados puedan cumplir con las nuevas exigencias o condiciones.

Sobre el particular la Sala sostuvo:

"Las limitaciones a la facultad de introducir cambios en el pliego de condiciones.

Lo antes expuesto no excluye la facultad que le asiste a las entidades estatales para introducir ajustes, variaciones, adiciones, supresiones o, en general, cambios en relación con el contenido de los pliegos de condiciones -tal como incluso lo prevé y autoriza el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80, al hacer referencia expresa a las modificaciones que se consideren pertinentes con ocasión de lo debatido en la(s) audiencia(s) de aclaración de los pliegos-, pero claro está en el entendido de que esa atribución no es absoluta sino que, muy por el contrario, se encuentra sometida a límites de orden material y también de índole temporal, los cuales emanan de la naturaleza misma del procedimiento administrativo de selección contractual y de los principios que lo inspiran e informan.

En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, resulta evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).

Por razón de los segundos, es decir los límites temporales, es claro que tales cambios únicamente podrán hacerse con anterioridad al cierre de la licitación, pero sin tomar ese momento de manera absoluta sino como un referente que sin poder ser rebasado, servirá para que en cada caso, de conformidad con el contenido, el alcance, la extensión o la complejidad de la modificación respectiva, la misma deba adoptarse con una prudente antelación al momento del cierre, necesaria y suficiente para que los interesados puedan conocerla y asimilarla e incluso, si fuere el caso, para que puedan cumplir con las nuevas exigencias o condiciones, sin que las modificaciones que se adopten en relación con el pliego de condiciones puedan servir de pretexto para sorprender a los interesados y excluirlos del procedimiento, imposibilitándoles su participación, por la introducción de cambios a las reglas de juego ya en el momento mismo del vencimiento del plazo de la licitación pero sin que puedan reaccionar y disponer del tiempo necesario para adecuar sus ofertas a tales modificaciones.

Naturalmente en sede administrativa, en cada caso concreto corresponderá al jefe de la entidad contratante, o a su delegado, valorar la anticipación prudencial que, respecto del cierre de la licitación, demande la adopción del cambio correspondiente al pliego de condiciones y al

ejercer el control jurisdiccional, será el juez de lo contencioso administrativo quien deberá ponderar, también según las características de cada caso particular, si las modificaciones correspondientes fueron adoptadas con antelación razonable en función del momento del cierre de la licitación.¹⁵

Sin perjuicio de que la administración aclare el contenido del pliego de condiciones, con el fin de expedir reglas claras, precisas y específicas, en tanto constituirán las premisas que gobernarán el contrato. En suma se puede afirmar que cualquier modificación al pliego de condiciones, antes del cierre de la licitación, deberá consultar en cada caso los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, en el entendido de que la administración no podrá modificar aspectos sustanciales del mismo, especialmente los relativos a los factores de calificación, pues está obligada a respetar la participación oportuna de los oferentes. Siendo así en el sublite, la previsión contenida en el numeral 2.2.3., del pliego, a cuyo tenor la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.R.C. podía en cualquier momento, modificar, ampliar o aclarar las condiciones de la oferta hasta antes del cierre de la licitación, habría que entenderla en el sentido de que la modificación se adopte oportunamente y respecto de aspectos no sustanciales o esenciales y siempre que los interesados tengan la oportunidad de acatar las nuevas previsiones.

Ahora, revisado el pliego de condiciones se observa que la entidad señaló la metodología de calificación en lo relativo al factor precio, al tiempo que se pronunció sobre la fórmula y las variables ponderables, en estos términos:

1.- FACTOR PRECIO

Para la selección por precios, se aplicará la tabla de puntajes que se describe a continuación:

PORCENTAJE DEL PUNTOS

PRESUPUESTO OFICIAL ASIGNADOS

$P_i > 101\% P_c$ 0

$101\% P_c \geq P_i \geq 99\% P_c$ 70

$99\% P_c = P_i \geq 98\% P_c$ 20

$98\% P_c = P_i \geq 97\% P_c$ 15

$97\% P_c = P_i \geq 96\% P_c$ 10

$96\% P_c = P_i \geq 95\% P_c$ 5

$95\% P_c > P_i$ 0

Donde:

P_i = Presupuesto de la propuesta a calificar

P_c = Presupuesto oficial que será introducido en las urnas en sobre cerrado, antes de la fecha y hora fijadas para el del cierre de la licitación y apertura de las urnas.

n = Es el número de propuestas a calificar

P_c = Presupuesto de comparación que se calcula aplicando la siguiente formula:

$$P_c = [(P_0)^{(n+1)} \times (P_1) \times (P_2) \times (P_3) \times \dots \times (P_n)]^{1/(2n+1)}$$

Las propuestas que estén por fuera de este rango tendrán como puntaje de calificación cero (0).

Adicionalmente, en el pliego de condiciones se prevé que i) la adjudicación del contrato tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de cierre de la licitación en audiencia pública, con la participación del representante legal de la entidad y los proponentes; ii) que en el acta respectiva se dejaría constancia de las deliberaciones y decisiones que en desarrollo de la misma se hubieren producido y iii) la adjudicación se haría mediante resolución motivada, notificada personalmente al proponente favorecido.

Posteriormente, consta que en la audiencia de aclaraciones de 2 de julio de 1998, se consideró el presupuesto oficial, las inconsistencias observadas en el numeral 10 en orden al puntaje sobre el plazo de ejecución, lo relativo a la presentación de balances -comercial o fiscal- y su correspondiente fórmula de calificación.

Se conoce, además que, concluida la audiencia, la entidad demandada profirió el adendo n.º 1 de 3 de julio de 1998, prorrogando el plazo de la licitación por seis (6) días hábiles más, de modo que el cierre final se produciría el catorce (14) de julio de 1998 a las 4 p.m., y que el 6 de julio del mismo año -adendo n.º 2-, introdujo oficiosamente modificaciones al pliego de condiciones, en lo relativo a los anexos de cantidades de obra y a los precios unitarios, que no podía introducir, como quiera que, aunque mantuvo la misma fórmula de calificación, varió de manera importante los ítems que comprendía el factor precio, en tanto dispuso "A la solicitud, de que se incluya un ítem para entibados, se aclara que en los CUADROS ANEXOS DE CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS, Capítulo 2. MOVIMIENTOS DE TIERRA, ítem 2.1. Excavación para

zanjas, se incluye suministro, colocación y retiro de entibados, se aclara que los entibados ya están incluidos en las excavaciones".

Igualmente agregó que:

1.- FACTOR PRECIO:

Se calificará teniendo en cuenta solamente los ítems representativos y que se relacionan a continuación:

SECTOR PUENTE TULCÁN-TALLERES MUNICIPALES

ITEM DESCRIPCIÓN UND. CANT.

2.1.2. Excavación en material común bajo agua hasta 2.5 m. de prof. M³ 1.900

3.2.1. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=80 cms. MI 287

3.2.2. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=90 cms. MI 251

SECTOR III

ITEM DESCRIPCIÓN UND. CANT.

3.1.2. Suministro e instalación de tubería Novafort D=200 mm. (8") MI 1.000

3.1.3. Suministro e instalación de tubería Novafort D=250 mm. (10") MI 800

3.1.4. Suministro e instalación de tubería Novafort D=450 mm. (18") MI 1.000

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 1.80 Un 28

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 2.50 Un 35

Se les aplicara un análisis de desequilibrio, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- El precio de un ítem se considera desequilibrado cuando presente un costo por exceso o por defecto, mayor al 15% del ítem correspondiente del valor nominal de comparación.

- El desequilibrio de una propuesta es la suma de los costos de los ítems representativos desequilibrados, dividido por el valor total de la respectiva propuesta corregida.

El valor nominal de comparación se calcula aplicando la siguiente formula:

$$P_c = [(P_0)^{(n+1)} \times (P_1) \times (P_2) \times (P_3) \times \dots \times (P_n)]^{(1/(2n+1))}$$

Donde:

P_i= Presupuesto de la propuesta a calificar

P_o= Presupuesto oficial que será introducido en las urnas en sobre cerrado, antes de la fecha y hora fijadas para el del cierre de la licitación y apertura de las urnas.

n= Es el número de propuestas a calificar

P_c= Presupuesto de comparación.

Dependiendo del grado de desequilibrio, en porcentaje, que presente la correspondiente propuesta, se aplicará la tabla de puntajes que se describe a continuación:

PORCENTAJE DE PUNTOS

DESEQUILIBRIO (D) ASIGNADOS

D <= +- 1% 70

+1% < D <= +-2% 50

+2% < D <= +-4% 30

+4% < D <= +-6% 20

+6% < D <= +-8% 10

$+8\% < D \leq +10\%$ 5

$+10\% < D \leq 0$

Las propuestas que estén por fuera de este rango tendrán como puntaje de calificación cero (0).

En consecuencia, está claro que, faltando ocho días calendario para el cierre de la licitación pública n.º CRC-01-06-98, la Corporación Autónoma Regional del Cauca introdujo variables en lo relativo a los ítems del factor precio, en tanto señaló que calificaría nuevos guarismos, esto es los fijados en el adendo n.º 2 y estableció un porcentaje de desequilibrio no previsto inicialmente, lo que se traduce en la imposición de una metodología diferente a la previamente establecida para calificar el factor precio, alterando de manera importante la ponderación de los criterios de escogencia.

En suma, no se trataba de un simple desglose de los ítems de los precios unitarios contenidos en el pliego inicial.

Lo anterior porque el pliego de condiciones se limitó a fijar la fórmula relativa a precios unitarios. Así:

$$P_c = [(P_0)^{n+1} \times (P_1) \times (P_2) \times (P_3) \times \dots \times (P_n)]^{1/(2n+1)}$$

Donde:

P_i = Presupuesto de la propuesta a calificar

P_0 = Presupuesto oficial que será introducido en las urnas en sobre cerrado, antes de la fecha y hora fijadas para el del cierre de la licitación y apertura de las urnas.

n = Es el número de propuestas a calificar

P_c = Presupuesto de comparación que se calcula aplicando la siguiente fórmula:

En este panorama, la firma demandante, al presentar su propuesta para la construcción del colector-interceptor del alcantarillado de Popayán, ofreció tuberías, accesorios, suministros, instalación y obras complementarias, sin sujeción a especificaciones o parámetros técnicos para la construcción del colector. Propuso entonces suministrar e instalar tuberías PVC T NOVAF sin otra especificación, y la construcción de pozos de 1.20 mt.¹⁶

Empero como el adendo n.º 2 de 6 de julio del mismo año, introdujo de manera oficiosa, modificaciones relativas a los anexos de cantidades de obra, tipos de materiales y precios unitarios, aunque con la misma fórmula de calificación, varió de manera importante los ítems que comprendía el factor precio. Expresamente, la demandada dispuso que los ítems representativos a calificar serían:

2.1.2. Excavación en material común bajo agua hasta 2.5 m. de prof. M³ 1.900

3.2.1. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=80 cms. MI 287

3.2.2. Suministro e instalación de tubería Ribloc de D=90 cms. MI 251

ITEM DESCRIPCIÓN UND. CANT.

3.1.2. Suministro e instalación de tubería Novafort D=200 mm. (8") MI 1.000

3.1.3. Suministro e instalación de tubería Novafort D=250 mm. (10") MI 800

3.1.4. Suministro e instalación de tubería Novafort D=450 mm. (18") MI 1.000

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 1.80 Un 28

3.3.2. Construcción de pozos de inspección con altura mayor a 2.50 Un 35

Se observa entonces que no se trató de un simple desglose de los ítems que conforman el precio unitario, sino que el adendo incluyó especificaciones relativas al tamaño de construcción de los pozos; el tipo de tuberías exigidas y un porcentaje de desequilibrio, no previsto en el pliego inicial, de un 15 % -por exceso o por defecto-. Factores estos que implicaron la imposición de una metodología diferente a la previamente establecida para calificar el factor precio, lo que destaca de antemano la posición de la demandada a cuyo tenor se trataría de una presentación diferente, en tanto la entidad incluyó nuevos factores representativos y determinantes de la calificación de las propuestas.

En resumen la entidad oficiosamente modificó el pliego de condiciones, echando de menos su carácter de ley del contrato y se apartó de él, vulnerando los principios de transparencia, igualdad, participación y selección objetiva, dejando a los proponentes en condiciones de desventaja, pues, de haberse mantenido las variables inicialmente establecidas, el resultado del proceso habría sido otro.

Se tiene, por tanto que las modificaciones introducidas al factor precio en el adendo n.º 2 afectaron de manera importante la calificación de las propuestas, lo que influyó definitivamente en el acto de adjudicación, constituido por la resolución n.º 0825 de 28 de septiembre de 1998.

En conclusión, se declarara la nulidad del contrato de obra n.º 095/98, celebrado el 5 de noviembre de 1998, entre FIDUCOLOMBIAS.A., en

calidad de mandataria con representación de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.R.C.- y el ingeniero civil ADOLFO LEÓN VALDERRAMA, en tanto la calificación de las propuestas, en lo relativo al factor precio, tuvo en cuenta unos ítems representativos introducidos oficiosamente por la entidad demandada en el adendo n.º 2, que variaron los factores de calificación, alterando el resultado del proceso de selección, en contravía de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva.

No obstante lo dicho, se negarán las pretensiones de nulidad y restablecimiento dirigidas contra el adendo y la resolución de adjudicación, por haberse presentado la acción contractual por fuera de los treinta días previstos por la ley para controvertirlos.

En armonía con lo expuesto, la sentencia impugnada será revocada para, en su lugar, declarar la nulidad del contrato de obra civil n.º 095/98, suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Cauca y ADOLFO LEÓN VALDERRAMA el 5 de noviembre de 1998 y negará las demás súplicas de la demanda.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión-Sede Cali el 31 de mayo de 2001 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que operó la caducidad de la acción frente a la nulidad parcial del adendo n.º 02 de 6 de julio de 1998 y la resolución n.º 0825 de septiembre 28/98, al igual que respecto a las pretensiones de restablecimiento.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Contrato de obra n.º 095/98 celebrado entre la Corporación Regional del Cauca y el Ingeniero Adolfo León Valderrama.

TERCERO: NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda

CUARTO: Sin costas porque no se evidencia que se hubieran causado.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

DANILO ROJAS BETANCOURT

Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO RUTH STELLA CORREA PALACIO

Magistrada Magistrada

NOTAS PIÉ DE PÁGINA

1" *Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por 6 días hábiles.*

2 *Cuando se presentó la demanda, la cuantía exigida para que esta Corporación conociera la segunda instancia ascendía a \$ 18.850.000,00 y la pretensión mayor asciende a la suma de \$ \$20'967.230.00.*

3 Proceso 19336. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera. Consejo de Estado. Con salvamento de voto de la ponente de esta decisión.

4 El artículo 32 de la Ley 446 de 1998, fijó en 30 días el término de caducidad para demandar los actos separables del contrato. Dispone la norma en su inciso 2º: "los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando está plenamente demostrada en el proceso. En todo caso dicha declaración solo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de siete de octubre de 1999. Consejero ponente, Ricardo Hoyos Duque. Radicación 10610. Actor: Sociedad Grancolombiana de Seguridad. Demandado: empresa de energía de Bogotá.

6 El control judicial de los actos administrativos está circunscrito a los que tengan el carácter de definitivos, actos éstos que corresponden a aquellos a través de los cuales se ha puesto fin a una actuación administrativa o a aquellos que constituyendo una actuación en principio de trámite, se erigen en definitivos en la medida en que impiden la culminación normal del procedimiento a través de una decisión contenida en el acto principal, según lo tiene establecido el inciso final del artículo 50 del C. C.A.

7 *Aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-1048 de 4 de octubre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

8 Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de septiembre 20 de 2001, exp. 9807. M.P. Ricardo Hoyos Duque; y autos rad(s) 16549 y 16602 M.P.(s) Jesús María Carrillo Ballesteros y María Helena Giraldo Gómez.

9 *BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora, 7ª ed., 2009. pgs. 350 y 351.*

10 Proceso n.º 16540. Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez. Sección Tercera. Consejo de Estado

11 Constitución Política, Art. 229.- "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

12 *"Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por 6 días hábiles".*

13 *Sentencia 27 de marzo de 1992. expediente 6353. (M.P. Carlos Betancur Jaramillo.*

14 Sentencia de 1999. expediente 12344. M.P. Daniel Suárez Hernández.

15 *Sentencia de 29 de agosto de 2007. Proceso n.º 16305. Actor Carlos Benavides. Magistrado Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez*

16 Var propuesta folio 103 del cuaderno de pruebas n.º 1

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:36:55