



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C quince (15) octubre de dos mil quince (2015).

Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

Actor: SOCIEDAD JAHV MCGREGOR S.A. AUDITORES CONSULTORES

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER

Proceso: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

Contenido: Descriptor: Presunción de legalidad de los actos administrativos / Restrictores: Pliego de condiciones- Presunción de legalidad de los actos administrativos - Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de septiembre de 2011 proferida por Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 13 de enero de 2009¹, la Sociedad JAHV MCGREGOR S.A. mediante apoderado judicial, presentó demanda contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, donde solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 1626 del 9 de septiembre de 2008, mediante la cual la entidad demandada declaró desierto el Concurso de Méritos No. SEG-CM-01-2008; de igual forma, requirió la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 1876 del 29 de octubre de 2008, por la cual se confirmó el primer acto administrativo, con el argumento de existir falsa motivación.

De otra parte, pidió que se declare que la oferta presentada por la firma JAHV MCGREGOR S.A. era la mejor propuesta por ajustarse al pliego de condiciones, en especial en el aspecto referido a las condiciones de idoneidad de los profesionales ofrecidos y por lo cual obtuvo el mayor puntaje en la evaluación objetiva de los factores de escogencia de las ofertas.

Además, requirió que se declare que existió violación del principio de legalidad, primero, al tramitar la entidad demandada observaciones presentadas por quienes no tenían la condición de proponentes y en segundo lugar, al configurarse comportamientos de competencia desleal para

¹ Fls.2 - 95 del Cuaderno 1.

crear colusión en el concurso de méritos SEG-CM 01-2008 por parte de la Unión Temporal Advisory Service – KPMG y la firma BDO AUDIT AGE en contra de la sociedad demandante.

Como consecuencia de tal declaración, pidió como restablecimiento del derecho que se condene a la accionada a lo siguiente:

“SEPTIMA.- Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, a indemnizar el daño causado a mi poderdante, consistente en la privación de la utilidad que habría obtenido si se les hubiera adjudicado el contrato y permitido su ejecución, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; utilidades que ascienden, a pesos de la fecha de presentación de la propuesta y según estimativo razonado en TRESCIENTOS QUINCE MILLONES SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ML (\$315.066.947,00) o aquella superior que resultare probada en el curso del proceso, por concepto de perjuicios materiales.

OCTAVA.- Que se declare y ordene que la condena respectiva, para que corresponda a una reparación integral, será actualizada (indexada) en virtud de lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y 16 de la ley 446 de 1998, reajustándola a su valor, tomando como base la variación de precios al consumidor, desde la fecha de la declaratoria de desierta hasta la ejecutoria del correspondiente fallo que ponga fin al proceso.

NOVENA.- La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, dentro el término establecido en el artículo 176 del C.C.A.

DECIMA.- Una vez ejecutoriada la sentencia, el INCODER liquidará y pagará los intereses comerciales moratorios a la más alta tasa autorizada por la ley, hasta el momento del fallo, respecto de las sumas a que resulte condenado el INCODER, de conforme lo prevé el artículo 177 del C.C.A.

DECIMA PRIMERA.- Que, adicionalmente y como Restablecimiento del Derecho por igual causa, se condene al INCODER al reconocimiento de los montos resultantes del lucro cesante, correspondiente a las sumas que mis poderdantes dejaron de percibir en razón de la declaratoria de desierta del concurso de méritos No. SEG-CM-01-2008, de la cual han debido ser adjudicatarios.

DECIMA SEGUNDA.- Que se condene al INCODER en costas del proceso y las agencias en derecho.”

Como pretensión subsidiaria, la sociedad demandante solicitó que en el caso de no prosperar la pretensión de condenar al INCODER a pagar a JAHV MCGREGOR S.A. a título de restablecimiento del derecho, la utilidad que habría obtenido si se le hubiera adjudicado el contrato “en virtud del principio de equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial consagrada en el artículo 230 de la Constitución Nacional, condene al INCODER a pagar al demandante la suma de ciento seis millones noventa mil pesos (\$106.090.000,00) m/cte, equivalentes al valor de la Garantía de Seriedad constituida para participar en el concurso de



méritos SEG-CM-01-2008, según póliza No. 300033815 debidamente indexados a la fecha de proferirse el fallo definitivo.”

1. Hechos de la demanda

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural- INCODER, publicó en el SECOP el Concurso de Méritos SEG_CM-01 de 2008, el 30 de mayo de 2008, para la selección de la firma que prestara los servicios de control interno, a nivel de auditorías internas y auditorías a sistema de gestión de calidad y de planes de mejoramiento, cuyo presupuesto ascendió a (\$1.060.900.000) incluido IVA.

Luego de las observaciones a los borradores de los pliegos, se publicaron los pliegos definitivos el día 19 de junio de 2008 junto con la Resolución No. 1114 que ordenó la apertura del concurso de méritos.

El 26 de junio de 2008, la sociedad demandante manifestó su interés de participar en la lista corta junto con los siguientes interesados: Consorcio Auditorias Calidad, SGS Colombia S.A. Nexia Internacional Montes & Asociados, RM Auditores Ltda., Grant Thornton Ulloa Garzón, BDO Audit Age, Bureau Veritas, Ernst & Young, Consorcio Gestión Incoder, Unión Temporal Advisory Services- KPMG y Unión Temporal de Cotecna- Audicontrol.

Según acta de sesión del Comité Evaluador del Concurso, la lista corta publicada en el SECOP el 11 de julio de 2008, quedó conformada por:

1. BDO Audit Age
2. Ernest & Young
3. Unión Temporal Advisory Services – KPMG
4. JAHV MCGREGOR S.A.
5. Consorcio Gestión Incoder

El cierre del concurso luego de varias adendas, se programó para el 4 de agosto de 2008 presentándose dos propuestas, así:

1. Consorcio Gestión Incoder (Gestión y Auditoria Especializada Ltda y Amezcuita & CIA S.A., y



2. JAHV MCGREGOR S.A.

El informe de evaluación de propuestas se publicó en el SECOP para observaciones del 19 al 22 de agosto de 2008, obteniendo como resultados en cuanto a la evaluación jurídica que los dos proponentes cumplieron los requisitos exigidos y en la técnica, el demandante obtuvo 1000 puntos y el Consorcio Gestión Incoder, 900 puntos.

El 21 de agosto de 2008, la firma JAHV MCGREGOR S.A., presentó observaciones a la evaluación de la propuesta del Consorcio Gestión Incoder, por considerar que esta no se ajustaba al pliego y que la calificación otorgada de 900 puntos no era producto de un análisis juicioso de los documentos aportados, en cuanto a la experiencia específica y adicional requerida en el pliego.

Las observaciones a la evaluación fueron contestadas por el INCODER en la audiencia de adjudicación, en donde un tercero manifestó la imposibilidad de adjudicarle el contrato a la sociedad actora, alegando que el equipo técnico no cumplía con la certificación como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP1000:2004 y/o ISO 9001:2000, razón por la cual fue suspendida y reanudada el 4 de septiembre de 2008, en donde la entidad demandada decidió declarar desierto el concurso adelantado, toda vez que ninguna de las propuestas cumplían con los requerimientos del pliego de condiciones.

Así, el 9 de septiembre de 2008, mediante Resolución No. 1626, el INCODER decidió declarar desierto el proceso de selección y con respecto a la actora sostuvo en dicho acto administrativo que *“A.- De conformidad con el numeral 5 de los pliegos, el coordinador **“DEBERÁ (sic) (...) ESTAR CERTIFICADO COMO AUDITOR DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD...” Y tratándose de los profesionales se exige que **“ESTEN (sic) CERTIFICADOS COMO AUDITORES DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD”**. En consecuencia, si algún profesional (incluido el coordinador, líder o gerente) no acredita que está **“CERTIFICADO”** como auditor del sistema de gestión de calidad NTCG1000:2004 y/o ISO9001:2000, la propuesta no cumple con las exigencias establecidas en cuanto a los profesionales que se deben ofrecer para prestar el servicio, y que son requisitos indispensables para que una propuesta pueda considerarse hábil”***.

El 30 de septiembre de 2008, la parte demandante interpuso recurso de reposición contra la citada resolución, siendo confirmada la decisión de declaratoria de desierta mediante Resolución No. 1876 del 29 de octubre de 2008.

Sin embargo, el 30 de octubre de 2008 la demandada, abrió nuevo concurso, sin que se hubiera notificado la anterior decisión, por cuanto esta solo se efectuó el 28 de noviembre de 2008.

2. El trámite procesal

El 20 de febrero de 2009², admitida y notificada la demanda a la entidad demandada³ por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el asunto se fijó en lista.

La accionada en escrito del 18 de mayo del mismo año⁴, se opuso a las pretensiones formuladas y solicitó que fueran denegadas.

Por su parte, la entidad demandada propuso como excepción “ausencia de prueba de los perjuicios irrogados a la parte demandante” y la “Innominada o genérica”.

Después de decretar y practicar pruebas⁵, se corrió traslado⁶ a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por todos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En providencia del 14 de septiembre de 2011⁷ la Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió declarar no probada la objeción por error grave formulada por el INCODER y negar las pretensiones de la demanda.

1. Razones de la mayoría

1.1 Certificados de idoneidad y experiencia del personal propuesto

El *A quo* consideró de acuerdo al concepto solicitado por la parte actora y emitido por Bureau Veritas, que no existen parámetros para otorgar una certificación como auditor a una persona natural; sin embargo, acogió el planteamiento de la firma en mención que sostuvo que el

² Fl.98 del Cuaderno 1.

³ Fl.101 del Cuaderno 1.

⁴ Fls.108 -126 del Cuaderno 1.

⁵ Fl. 129 - 131 del Cuaderno 1.

⁶ Fl. 164 del Cuaderno 1.

⁷ Fls. 238 - 249 del Cuaderno Principal.

entrenamiento debe cumplir los lineamientos de la norma internacional ISO 19011:2002 “Direcciones para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental” y puntualmente lo referido en el numeral 7 sobre “Competencia y evaluación de los auditores” que indica que la formación exigida tanto para el líder como para el auditor es de 40 horas y como las certificaciones tan sólo acreditan 8 y 32 horas, no cumplen con las horas señaladas por la norma técnica y por lo tanto, para el Tribunal no estuvo probado el cargo frente a los actos administrativos atacados, mantuvo la presunción de legalidad sobre los mismos y despachó negativamente las pretensiones de la demanda.

1.2 Violación del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción

Para resolver la pertinencia de este pedimento, el Tribunal concluyó después de citar la normatividad que ampara la participación de terceros en los procesos de contratación pública, que este hecho no significaba de manera alguna que hubo violación al principio del debido y que por el contrario, consideró que es un derecho que les asiste en virtud al principio de publicidad que obliga a dar a conocer no solo a los participante si no a los ciudadanos las decisiones adoptadas al interior de los procesos de selección para que puedan ser controvertidas. En consecuencia, concluyó que la intervención de terceros no constituye por sí solo una actuación que contraría el ordenamiento jurídico.

1.3 Posibles actos de colusión.

Por último, para desatar el argumento presentado por la parte actora relacionado con el hecho de que permitir y acoger las pretensiones de terceros, conllevó a la declaratoria de desierta del proceso de forma arbitraria, la primera instancia manifestó que la simple participación de terceros en el proceso de selección no demuestra por sí solo que estos hubieran acordado perjudicar al accionante, tampoco se probó que hubiera existido un acuerdo entre estos para perjudicar a la parte actora, por el contrario, lo que sí concluyó en forma contundente la primera instancia, es que las observaciones de los terceros no resultaron infundadas, ni tenían la intención de dilatar el proceso o perjudicar a la actora y que lo no hubiera sido correcto, hubiese sido permitir que se adjudicara el concurso de méritos, a una firma cuya propuesta presentaba falencias.

Así las cosas, el Tribunal no encontró mérito para conceder las pretensiones de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación a través de escrito del 27 de octubre de 2011⁸, siendo concedido mediante providencia del 3 de febrero de 2012⁹, y en donde destacó lo siguiente:

1. Sostuvo el actor que las conclusiones a las que llegó el Tribunal, no están sustentadas en el contenido de los pliegos de condiciones, que eran la ley del concurso para la época, por cuanto en su contenido no existe ninguno de los parámetros adoptados por el Tribunal, como se puede evidenciar al cotejarlos con el texto del numeral 5 del capítulo 5 del pliego, que literalmente indicó: *“estar certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000”*
2. De igual forma indicó, que en ningún párrafo del pliego de condiciones, se señaló como se debía acreditar la calidad de auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, si con un curso con determinado número de horas y/o que fuera aprobado en condiciones expresas, o bajo cualquier otra condición, por lo tanto, estas circunstancias no podían ser exigidas a los oferentes, ya que no estaban contenidas en el pliego y constituirían una variación de los mismos, cosa que no está permitida en nuestra legislación. Puntualmente, manifiesta el actor que la profesional Clara Inés López Arévalo, está certificada como auditor del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000, como se evidencia en la propuesta a folio 170 por medio de un certificado expedido por el INALCEC, empresa consultora en calidad que se encuentra certificada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo mismo ocurrió con la profesional Nubia Stella Torres Urrego, quien fue certificada por la Corporación Calidad, como se extracta en el folio 227 como auditora del sistema de gestión de calidad ISO 9001: 2000 y además lo es en NTCGP 1000:2004, de tal manera que en ella confluyen los dos requisitos de que tratan los pliegos

⁸ Fls. 251- 265 del Cuaderno Principal

⁹ Fl. 269 del Cuaderno Principal.

3. De otra parte dice el recurrente, que el soporte citado en el fallo de primera instancia no corresponde a los pliegos de condiciones, sino por el contrario, es un documento extraño al proceso, visible en la página www.prococi.org/calidad/files/nb-iso19011-2002.pdf, que no puede ser traído como parte integrante del pliego, por cuanto no hace parte de las leyes de la República ni fue exigido por el INCODER para todos los oferentes en igualdad de condiciones, previo a la fecha de cierre del concurso.
4. En el caso que nos ocupa según el accionante, se configuró la causal de falsa motivación, por cuanto no se presentó la causal de rechazo de que trata el numeral 8.11 del pliego y el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, señalada por el INCODER en los actos administrativos demandados, puesto que la propuesta presentada por el actor cumplía con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.
5. En conclusión, el apelante solicita la revocatoria del fallo de primera instancia teniendo en cuenta que las hojas de vida de las dos profesionales cumplen integralmente con los requisitos del pliego de condiciones y en consecuencia, pide se acceda a las pretensiones de la demanda.

Concedido el recurso por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Corporación lo admitió¹⁰ y finalmente ordenó correr traslado¹¹ a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

Las partes presentaron los alegatos reiterando los mismos argumentos expuestos a lo largo del proceso y el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previa las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

¹⁰ FI. 273 del Cuaderno Principal.

¹¹ FI. 276 del Cuaderno Principal.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) Objeto de la apelación, (2) Pliego de condiciones, (3) Presunción de legalidad de los actos administrativos (4) Nulidad de los actos administrativos por falsa de motivación, y (5) el caso concreto.

1. Objeto de la apelación

Previamente a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto, ésta Subsección reitera el criterio fijado por la Sala Plena de ésta Corporación respecto del alcance de la competencia del fallador, postura conforme a la cual en desarrollo de los principios de congruencia de la sentencia, así como también el principio dispositivo, el ámbito competencial del juez de segunda instancia se ve delimitado o condicionado a los puntos de discordancia señalados por el recurrente en el escrito de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia, salvo ciertas excepciones permitidas¹².

En consecuencia, conforme lo dispuesto en el artículo 357 del C.P.C., aplicable al presente asunto por remisión expresa del artículo 267 del C. C. A., la competencia del superior generalmente se encuentra circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido motivo de su inconformidad, y por ésta razón el *ad quem*, no puede enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso.

En el presente asunto, el apelante limita la materia del recurso a que se revoque la decisión del Tribunal de primera instancia en el sentido de declarar de nulidad por falsa motivación de las Resoluciones impugnadas, argumentando que con las pruebas allegadas se logró acreditar que el actor debía ser el adjudicatario del concurso de méritos en cuestión y no se encontraba incurso en ninguna causal de rechazo.

Hace énfasis en que las dos profesionales Clara Inés López Arévalo y Nubia Stella Torres, cumplían con lo exigido por el pliego de condiciones en lo atinente al certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP1000:2004 y/o ISO9001:2000.

Por lo tanto, el punto central de la cuestión que ahora se debate se ceñirá en determinar si con las pruebas allegadas al plenario se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan

¹² Consejo de estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de febrero de 2012, Exp. 21060

los actos administrativos impugnados y por lo tanto, se debería declarar la nulidad de los mismos por falsa motivación.

2. Pliego de condiciones¹³

El pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y “constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad”¹⁴, quedando por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes sometidos imperativamente a él, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituyen en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo¹⁵.

Sobre la doble naturaleza de los pliegos, la doctrina ha dicho lo siguiente:

“(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación”¹⁶ (...)

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

¹⁴ *Ibídem*.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

¹⁶ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones “... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella...”.

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

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

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...”, esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).”¹⁷

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

El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. Así lo ha referido la doctrina:

¹⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia

“El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁴¹⁸ .

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado algunas pautas interpretativas en torno al entendimiento de las nulidades de los pliegos; al respecto ha sostenido:

Empero, ninguna de las irregularidades que revela el expediente sobre el mero trámite de esa licitación alcanza a ser un verdadero vicio que afecte su validez. Ya en otras ocasiones la Sala ha dicho que no toda irregularidad, falla o tropiezo en que la administración incurra cuando adelanta los procedimientos administrativos, y la licitación lo es, sirve para sustentar la invalidez del acto que culmina la actuación. Se precisa que esa irregularidad afecte de manera ostensible el derecho de defensa, o, para el caso de la actuación contractual, el principio de selección objetiva. La Sala, para discernir si una determinada irregularidad, no tipificada como causal de nulidad por el procedimiento especial donde se haya producido el acto cuestionado, alcanza realmente a ser vicio suficiente que afecte la validez del acto debe preguntarse si de no haberse presentado la falencia o el yerro otra hubiere sido la decisión administrativa, y en caso afirmativo podría pensarse que, en efecto, se impone la nulidad del acto. Pero si, para las actuaciones precontractuales, a pesar de las irregularidades, la selección fue objetiva y el mejor postor fue el escogido, el acto de adjudicación debe salir avante...⁶⁵¹⁹ .²⁰

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

¹⁸ “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados (...)”.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 11324.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia

consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el *iter* contractual²¹.

3. Presunción de legalidad de los actos administrativos

La actividad de la administración supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como *“la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,”*²² de tal manera que *“la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento”*²³ y que todos sus pronunciamientos *“deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”*²⁴

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, *“se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y*

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

²² J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo*. Op. cit. p. 41.

²³ *Ibidem*, p. 42.

²⁴ *Ibidem*, p.43.

elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”²⁵

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

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

4. Nulidad de los actos administrativos por falsa motivación

En lo relativo a la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación²⁶, esta Corporación ha dicho:

“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que (...) se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública”²⁷.

(...)

Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de

²⁵ Ibidem, p. 54-55.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp. 28875

²⁷ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 399 y ss.

un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas²⁸.

5. Caso concreto

En el marco de este numeral, la Sala inicialmente relacionará los hechos probados atinentes al petitum de la demanda, para luego con este antecedente entrar a resolver lo cuestionado en el recurso de alzada interpuesto por la parte accionante.

5.1. Hechos probados

Se demostró que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, el 19 de junio de 2008 dio apertura mediante Resolución No. 1114 al Concurso de Méritos SEG- CM-01-2008, cuyo objeto era la “*Selección de la firma que preste los servicios de control interno, a nivel de auditorías internas y auditorías al sistema de gestión de calidad y de planes de mejoramiento*”, con un presupuesto oficial de \$ 1.060.900.000 para ejecutar en los años 2008, 2009 y 2010.

Se evidenció por parte de la Sala de Subsección que reposa copia auténtica del pliego de condiciones definitivo²⁹ del Concurso de Méritos No. SEG-CM-01-2008, en donde se contempló en numeral 4.16 del capítulo 4, las causales de rechazo de las propuestas; en el numeral 5³⁰ del capítulo 5, la relación de personal propuesto y certificados de unidad y experiencia; en el numeral 7.2, capítulo 7, se establecieron como factores de evaluación y criterios de adjudicación, la idoneidad y experiencia de los profesionales y

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp. 22.523.

²⁹ Fls. 57-122 C. 2

³⁰ Fl. 26 C. 2

por último, en el numeral 8.11 capítulo 8, el procedimiento cuando se declara desierto el concurso, disposiciones que textualmente rezan:

“CAPITULO 4

(...)

4.16 RECHAZO DE LAS PROPUESTAS

(...)

10: Cuando la propuesta no cumpla con los requerimientos técnicos.

(...)

CAPITULO 5

CONTENIDO DE LA PROPUESTA

5. RELACIÓN DE PERSONAL PROPUESTO (FORMULARIO 4)

CERTIFICADOS DE UNIDAD Y EXPERIENCIA.

El oferente deberá presentar el personal profesional que dedicará a desarrollar los servicios que se compromete a prestar al INCODER para cumplir con el objeto del Contrato, de acuerdo con los perfiles exigidos, personal que es independiente del recurso humano general de la empresa.

El proponente deberá relacionar el personal profesional ofrecido en el FORMULARIO 4, identificando para cada uno de ellos el cargo y el vínculo (laboral, no laboral, permanente, ocasional), el nivel de formación (profesional y posgrados) y la experiencia de cada una de las personas (en años, meses y días) y acompañar los certificados que acrediten las mismas.

El proponente deberá ofrecer como mínimo:

- *Un (1) coordinador, líder o gerente de equipo.*
- *Cuatro (4) profesionales.*

Las condiciones que debe acreditar este equipo, son las siguientes:

a) *Un coordinador, líder o gerente de equipo, quien deberá:*

Acreditar título profesional en ingeniería industrial, economía, administración de empresas, administración pública, derecho o contaduría, y especialización en control interno, experiencia mínima de 5 años en control interno y estar certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP1000:2004 y/o ISO9001:2000.

b) *Profesionales*

Deberán acreditar título profesional en ingeniería industrial, ingeniería de sistemas, economía, administración de empresas, administración pública, derecho o contaduría, y

una experiencia mínima de 4 años en control interno y que estén certificados como auditores del sistema de gestión de calidad NTCGP1000:2004 y/o ISO9001:2000.

Igualmente, deberán acreditar estudios de postgrado (especialización, maestría o doctorado) en control interno o sistemas de gestión de la calidad.

(...)

CAPITULO 7

DE LOS FACTORES DE EVALUACION Y CRITERIOS DE ADJUDICACION

(...) 7.2 IDONEIDAD Y EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES: 200³¹ (sic) puntos

Se evaluará con base en la información relacionada en el FORMULARIO 4 y sus anexos (4ª) siempre que la misma aparezca acreditada con las correspondientes certificaciones.

(...)

a) Coordinador, líder o gerente del proyecto: 200 puntos.

Deberá acreditar título profesional en ingeniería industrial, economía, administración de empresas, administración pública, derecho o contaduría, y especialización en control interno y una experiencia mínima de 5 años en control interno.

Los doscientos puntos se asignarán de la siguiente manera:

A) Formación: 100 puntos

A quien acredite certificación en gestión de calidad se le asignarán 50 puntos.

A quien acredite formación en el Modelo Estándar de Control Interno para entidad del estado (MECI1000:2005) o acredite experiencia de al menos 1 año en la implementación del MECI, tendrá 50 puntos.

A) Experiencia adicional: 100 puntos

Quien acredite una experiencia en control interno mayor a 5 años e inferior a 7 años tendrá 50 puntos.

Quien acredite una experiencia en control interno igual o superior a 7 años tendrá 100 puntos.

b) Experiencia de los demás profesionales: 200 puntos

Deberán acreditar título profesional en ingeniería industrial, ingeniería de sistemas, economía, administración de empresas, administración pública, derecho o contaduría, y una experiencia mínima de 4 años en control interno.

³¹ Corregido el número de puntos de 200 a 400 mediante adendo No. 3

Igualmente, deberán acreditar estudios de postgrado (especialización, maestría o doctorado) en control interno o sistemas de gestión de la calidad.

Se calificará la experiencia promedio del equipo de profesionales ofrecido, que esté debidamente acreditado.

Si la experiencia promedio del equipo es mayor a 4 años e inferior a 5 se le asignarán 50 puntos.

Si la experiencia promedio del equipo es igual o mayor a 5 años e inferior a 6 se le asignarán 100 puntos.

Si la experiencia promedio del equipo es igual o mayor a 6 años e inferior a 7 se le asignarán 150 puntos.

Si la experiencia promedio del equipo es igual o mayor a 7 años se asignarán 200 puntos.

(...)

CAPITULO 8 DE LA ADJUDICACIÓN

(...)

8.11 DE CUANDO SE DECLARA DESIERTO EL CONCURSO

Dentro del mismo término de adjudicación, el INCODER podrá declarar desierto el Concurso de Mérito, mediante acto administrativo motivado, en concordancia con el numeral 18 del artículo 25 de la misma norma, cuando se presenten causas o motivos que impidan hacer una escogencia objetiva del contratista y, en especial, por los siguientes motivos:

- 1. Cuando no se presente ninguna propuesta.*
- 2. Cuando ninguna propuesta se ajuste al Pliego de condiciones.*
- 3. Cuando falte voluntad de participación.*
- 4. Cuando exista colusión entre todos los proponentes.*

8.11.1 Forma

El Concurso de méritos se declarará desierto por resolución motivada expedida por el Secretaria General del INCODER.

(...)

8.11.3 Recursos

Contra la resolución que declare desierto el Concurso de Méritos procederá el recurso de reposición para ante el Secretaria General del INCODER, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación o a la desfijación del edicto.

Si el proceso se declarare desierto se devolverán las propuestas y al garantía de seriedad de la propuesta, una vez en firma del acto de declaratoria de desierto.

(...) ”

Que en el citado proceso de selección se presentaron dos proponentes y uno de ellos fue la firma demandante JAHV MCGREGOR y en cuya propuesta³² presentada al INCODER dentro del concurso de méritos No. SEG – CM – 01 – 2008, se encontraron los siguientes documentos:

- Certificación expedida por INALCEC en donde consta que Clara Inés López Arévalo participó en el seminario taller ISO 9001:2000 para auditores internos de calidad, realizado en Bogotá el 17 de julio de 2002, con una duración de 8 horas (Fl.419 C.2).
- Constancia emitida por la Corporación Calidad, en donde manifiesta que la señora Nubia Stella Torres participó en el seminario taller “Formación de auditores internos ISO 9001:2000 y NTCGP 1000:2004, en la ciudad de Bogotá con una intensidad de 32 horas (Fl.249 C.2).

De igual forma, reposa copia auténtica del resumen general de la evaluación de propuestas del concurso de méritos No. SEG – CM – 01 – 2008, realizado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, donde el proponente JAHV MCGREGOR S.A, ocupó el primer lugar con 1000 puntos, discriminados así: (Fl.163 C.2):

“OBJETO: SERVICIOS DE CONTROL INTERNO A NIVEL AUDITORIAS INTERNAS Y AUDITORIA AL SISTEMA DE GESTION DE CALIDAD Y DE PLANES DE MEJORAMIENTO

PROPONENTE	FACTORES	PUNTAJE	TOTAL
JAHV MCGREGOR S.A.	Experiencia específica de la firma	400	1000
	Experiencia del personal profesional	400	
	Metodología	100	
	Organización y distribución de cargas de trabajo	100	
	Experiencia específica de la	300	

³² Fls.250 - 472 C.2

CONSORCIO GESTION - INCODER	<i>firma</i>		900
	<i>Experiencia del personal profesional</i>	400	
	<i>Metodología</i>	100	
	<i>Organización y distribución de cargas de trabajo</i>	100	

Mediante varias comunicaciones (JAHV 1607³³ y 1608³⁴ del 21 de agosto de 2008 y 1670³⁵ del 29 de agosto de 2008) la Sociedad JAHV MCGREGOR S.A. hizo observaciones al INCODER, frente a los resultados contenidos en el informe de evaluación del concurso de méritos SEG – CM – 01 – 2008, en donde insistió que la propuesta de dicha sociedad cumplió con los requisitos de idoneidad de las profesionales CLARA INÉS LÓPEZ ARÉVALO y NUBIA STELLA TORRES URREGO, tal y como se enuncia a continuación:

(...)

2.- IDONEIDAD DE LA PROFESIONAL CLARA INÉS LÓPEZ ARÉVALO PRESENTADA EN LA PROPUESTA DE JAHV MCGREGOR S.A.

(...)

La profesional LOPEZ AREVALO, está certificada como auditor del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000, como se evidencia en la propuesta a folio 170, por medio de un certificado expedido por el Instituto Nacional de Consultoría en Calidad "INALCEC", empresa consultora en calidad que se encuentra certificada por un organismo acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La capacidad para certificar auditores de calidad por parte de INALCEC está respaldada por la empresa BUREAU VERITAS, quien señala en el oficio No. GTEC – 08 – 056 del 01 de septiembre de 2008, suscrito por el Gerente de Operaciones, que es válido un certificado expedido por dicha empresa consultora, ante consulta que elevamos para efectos de precisar el tema (...)

Quiere lo anterior decir, que la certificación visible a folio 170, ya indicada está ajustada a los pliegos de condiciones, que señalan: "estar certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000. (Capítulo 5 numeral 5).

Ahora bien, la unión temporal presenta observaciones señalando el deber de acreditar 32 horas en curso y que la certificación esté expedida únicamente por un Auditor Líder en IRCA (Internacional Register Certificated Auditor) o por una casa certificadora autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, desconociendo que no existe un parámetro o norma que regule y restablezca los requisitos o características válidas para emitir certificados de una persona natural como auditor de sistemas de

³³ Fls.164 - 185 C.2

³⁴ Fls.186 - 189 C.2

³⁵ Fls.190 - 204 C.2

gestión de calidad ISO 9001:2000, resultando subjetivo el parámetro señalado por la unión temporal que carece de respaldo y reflejando la ignorancia sobre las normas propias de calidad.

Adicionalmente, estos parámetros novedosos nunca han hecho parte del documento guía del proceso. En consecuencia, el aceptar en este estado del proceso concursal una modificación en este sentido, se convierte en un VARIACION A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, que no está permitido en nuestra legislación.

(...)

3.- IDONEIDAD DE LA PROFESIONAL NUBIA STELLA TORRES URREGO, PRESENTADA EN LA PROPUESTA DE JAHV MCGREGOR S.A.

La profesional NUBIA STELLA TORRES URREGO, presentada en nuestra propuesta, es objeto de observación por parte de la Unión Temporal Advisory Services – KPMG, quienes plantean que no está certificada como “auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP y/o ISO 9001:2000”, por cuanto no aprobó un curso de 32 horas y otorgada la certificación por un Auditor Líder en IRCA o casa certificadora autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, argumentos idénticos a los planteados por la profesional Clara López Arévalo.

Resultan oportunos los planteamientos que esbozamos y en particular, indicamos que la profesional fue certificada por la Corporación Calidad, como se evidencia en el fl.227, de nuestra propuesta, de tal manera que es una entidad habilitada para expedir esta clase de certificaciones, circunstancia que se corrobora con las conclusiones planteada por BUREAU VERITAS, en su comunicación GTEC – 08 – 056, ya transcrito en este documento³⁶.

Desde la audiencia pública de apertura de la propuesta económica, como consta en acta³⁷ de fecha 28 de agosto de 2008, la administración estatal había evidenciado que la propuesta presentada por la firma JAHV MCGREGOR S.A. no cumplía con los requisitos del pliego de condiciones en su parte técnica, como se extracta del siguiente texto:

“(...)

5. g) En relación con la coordinadora que presenta JAHV MCGREGOR, CLARA INES LOPEZ, se señala que si bien aparecen certificaciones que acreditan estudios de postgrado en control interno, no está certificada como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, que requieren no solo la asistencia al curso de mínimo 32 horas, sino su aprobación y la respectiva certificación. En consecuencia debe ser rechazado el profesional y el puntaje eliminado.

RESPUESTA

Revisadas las certificaciones presentadas por la profesional se encuentra que cuenta con una certificación con la que busca acreditarse como auditor del sistema de gestión de calidad; dicha certificación es del INALCEC y trata de la participación en un

³⁶ Fls. 191-193 C.2

³⁷ Fls.206 - 215 C.2

Seminario Taller sobre ISO 9001:2000 para auditores internos de calidad, con una duración de 8 horas. Ahora bien, dicha intensidad horaria es insuficiente para acreditar formación como auditor interno de calidad. Por consiguiente, al no contar la profesional Clara Inés López Arévalo con la certificación en sistemas de gestión de calidad se le descuentan 50 puntos en la evaluación.

5.h) Igual observación se hace sobre la profesional NUBIA STELLA TORRES URREGO, en cuanto se considera que no acredita certificación como auditor del sistema de gestión de calidad.

RESPUESTA

La profesional acredita formación como Auditor Interno en ISO 9001:2000 y en NTCGP 1000:2004 con una intensidad de 32 horas (fl.227). Por tanto se mantiene en este aspecto la evaluación”.

Previo a la reanudación de la audiencia pública, es decir, el día 1 de septiembre de 2008³⁸, la firma BUREAU VERITAS, conceptuó frente a la pregunta realizada por la sociedad demandante, atinente a qué se debía entender por certificación según los pliegos del concurso aludido, cuya respuesta se dio en los siguientes términos:

“Respecto de la consulta planteada por ustedes nos permitimos aclarar que no existe un parámetro o norma que regule o establezca los requisitos o características válidas para emitir certificados de una persona natural como Auditor de Sistemas de Gestión de Calidad ISO 9001: 2000.

Por esta razón, nosotros como ente certificador acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio consideramos válido un certificado expedido por una empresa consultora como es el caso de INALCEC, en cuyo entrenamiento se cumplan los lineamientos de la norma internacional ISO 19011: 2002 “Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o ambiental” la cual incluye en su numeral 7 “Competencia y evaluación de los auditores”.

Ahora bien, como en la audiencia pública³⁹ del concurso de méritos SEG – CM – 01 – 2008 adelantado por el INCODER se habían presentado observaciones frente a la evaluación de las propuestas, motivo que llevó a que esta fuera suspendida y reanudada el 4 de septiembre de 2008, la entidad pública concluyó ante lo planteado que el proceso se declaraba desierto por las siguientes consideraciones:

(...)

SITUACIÓN CONCRETA

Revisados los documentos acompañados en las propuestas aparece lo siguiente:

³⁸ Fl.247 C.2

³⁹ Fls.216 - 223 C.2

PROPUESTA JAHV McGREGOR

Clara Inés López Arévalo presenta una certificación de INALCEC de participación en un seminario taller sobre ISO 9001:2000 para auditores internos de calidad, con una duración de 8 horas, mas no certificación en sistemas de gestión de calidad.

Nubia Stella Torres presenta una certificación de un seminario taller en la Corporación Calidad, más no aprobación, ni certificación.

(...)

2. EN RELACION CON LA EXPERIENCIA DE LOS PROFESIONALES

(...)

SITUACION CONCRETA

Revisados los documentos acompañados con las propuestas aparece lo siguiente:

PROPUESTA JAHV McGREGOR

Nubia Stella Torres. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad.

Elizabeth del Socorro Sánchez. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad.

Liliana Andrea Villamizar Cabrera. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad.

(...)

COMENTARIOS DE LOS ASISTENTES

A continuación se concedió el uso de la palabra a los asistentes.

El doctor Jaime Hernández, en representación de JAHV McGREGOR, proponente en el presente proceso (...) Además, señala que la idoneidad de los profesionales no es un requisito de carácter técnico. Agrega que en los reglamentos de educación superior no está reglamentada la auditoría en gestión de calidad, ni mucho menos establecidos requisitos en cuanto a tiempo para acreditarlo. De otra parte, señala que Bureau Veritas así lo indica en carta que se envió al Incoder. En cuanto al certificado de auditor en calidad, precisa que en las empresas que tienen sistema de aseguramiento de calidad quienes allí trabajan están certificados como auditores y tienen la experiencia. Señala que el Incoder no tiene competencia para recalificar las propuestas y hacer una nueva evaluación luego de haber dado traslado a las partes, pues ello viola el derecho de defensa. Igualmente que no pueden considerarse nuevos argumentos que no fueron presentados en el término de traslado. Por último, precisa que se debe partir del principio de buena fe y dar por ciertas las certificaciones presentadas, no desconocerlas. Igualmente indica que las observaciones en buena medida se presentaron por quienes no tienen el carácter de proponentes, por cuanto no son interesados.

(...)

DECISION

Atendidas las observaciones de los diversos proponentes en el presente concurso de méritos y de los particulares que expresaron sus inquietudes, y acogiendo los conceptos emitidos por el Comité Evaluador, el INCODER en aplicación del numeral 8.11 del pliego de condiciones (“De cuando se declara desierto el concurso de méritos”) numeral 2 que expresa que se hará dicha declaración “cuando ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones”, DECLARA DESIERTO EL CONCURSO DE MERITOS SEG – CM – 01 – 2008”.

Igualmente, reposa en el plenario copia auténtica de la Resolución No.1626 del 9 de septiembre de 2008⁴⁰, mediante la cual el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, declaró desierto el Concurso de Méritos SEG- CM-01-2008, de donde se destaca:

“(…)

*Se incluyó, entonces, un nuevo requisito que no estaba previsto originalmente y que, como se comprueba con las palabras del numeral 5 del capítulo 5 citado, es un requisito obligatorio, pues en el caso del coordinador se señala que **“DEBERA (...) ESTAR CERTIFICADO COMO AUDITOR DEL SISTEMA DE GESTION DE CALIDAD...”** y tratándose de los profesionales se exige que **“ESTEN CERTIFICADOS COMO AUDITORES DEL SISTEMA DE GESTION DE CALIDAD “***

*En consecuencia, si algún profesional (incluido el coordinador, líder o gerente) no acredita que está **“CERTIFICADO”** como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP1000:2004 y/o ISO9001:2000, la propuesta no cumple con las exigencias establecidas en cuando a los profesionales que se deben ofrecer para presentar el servicio, y que son requisitos indispensables para que una propuesta pueda considerarse hábil.*

*El **borrador** de los Pliegos de condiciones no exigía para los profesionales la certificación como auditores del sistema de gestión de calidad y solamente daba puntaje al coordinador o líder si tenía tal certificación. Pero los Pliegos de Condiciones **definitivos** modificaron dicha exigencia y la convirtieron en obligatoria. Luego el INCODER no puede aceptar como profesionales a quienes no la cumplan.*

*En consecuencia, revisados los documentos acompañados con las propuestas aparece lo siguiente: **PROPUESTA JAHV MCGREGOR: Clara Inés López Arévalo** presenta una certificación de INALCEC de **participación** en un Seminario Taller sobre ISO 9001:2000 para Auditores Internos de Calidad, con una duración de 8 horas, mas no certificación en sistemas de gestión de calidad. **Nubia Stella Torres** presenta una certificación de un seminario taller en la Corporación Calidad, más no aprobación, ni certificación. En consecuencia, ninguno de estos dos profesionales cumple con los requisitos exigidos.*

⁴⁰ Fls. 9-13 C.2

(...)

Ahora bien, revisados los documentos acompañados con las propuestas aparece lo siguiente: **PROPUESTA JAHV McGREGOR: Nubia Stella Torres**. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad. **Elizabeth del Socorro Sánchez**. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad. **Liliana Andrea Villamizar Cabrera**. No acredita experiencia en sistema de gestión de calidad. En consecuencia, ninguno de estos profesionales cumple con los requisitos exigidos.

(...)

Que de acuerdo con lo anterior los profesionales **Clara Inés López Arévalo, Nubia Stella Torres, Elizabeth del Socorro Sánchez y Liliana Andrea Villamizar Cabrera**, propuestos como coordinador o líder del grupo, la primera y como profesionales, los demás por JAHV McGregor S.A. no cumplen con los requisitos mínimos exigidos para el personal profesional, por lo que la propuesta no cumple con las exigencias de los Pliegos y debe ser rechazada. (...)

Que en consecuencia, ninguna de las propuestas cumple con los requisitos mínimos exigidos en los Pliegos de condiciones y deben ser rechazadas, toda vez que como lo señala el numeral 3.1 de los Pliegos de condiciones (sic) participar en el proceso el proponente deberá cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos “cumplir con las condiciones y calidades exigidas en cuanto a los proponentes y a **las propuestas**” y en el capítulo 5 al hablar del contenido de la propuesta indica que se debería presentar la documentación allí señalada, entre ellas las certificaciones exigidas en el numeral 5 mencionado. A su vez el numeral 4.16 “Rechazo de las propuestas” consagra en su numeral 10 que el INCODER rechazará las propuestas “cuando la propuesta no cumpla con los requerimientos técnicos”, carácter que tienen indudablemente las exigencias en cuanto a formación y experiencia de los profesionales ofrecidos por los proponentes y que ejercerán las funciones establecidas en el contrato.

Que conforme al artículo 25, numeral 18 de la ley 80 de 1993 “la declaratoria de desierto de la licitación únicamente procederá por motivos que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a la decisión.

(...)

Que los Pliegos de condiciones establecieron en el número 2 del numeral 8.11 que el Concurso de declara (sic) desierto “cuando ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones”.

Que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, ninguna de las propuestas presentadas en el presente Concurso de Méritos cumplió con las condiciones mínimas exigidas en los Pliegos, condiciones para participar que exigen los Pliegos en varios apartes, entre ellos en el numeral 3.1 conforme al cual “para participar en el presente Proceso se deberán cumplir los siguientes requisitos: 1. Cumplir con las condiciones y calidades exigidas en cuanto a los proponentes y a las propuestas”.

También pudo constatar la Sala, que mediante copia auténtica de la Resolución No. 1876 del 29 de octubre de 2008⁴¹, emanada por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad JAHV MCGREGOR S.A. frente a la declaratoria de desierta del Concurso de Méritos SEG- CM-01-2008, en los siguientes términos:

“(…)

Ahora bien, el documento que presenta la firma JAHV MCGREGOR en el caso de la líder del equipo, Clara Inés López Arévalo habla de la participación en un seminario taller sobre normas ISO, pero no certifica que sea auditora en sistemas de gestión de calidad, y un seminario con una intensidad de 8 horas no puede comprender los módulos completos ni puede considerarse como una certificación como auditor en la materia, cuando no aparece, ni siquiera, que dicho seminario haya tenido el carácter de curso debidamente evaluado y que quien participó en el mismo lo aprobó. Aún en el caso de no existir norma o parámetro que establezca los requisitos para emitir certificados como auditor del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000, lo cierto es que lo acompañado no puede considerarse, en modo alguno, como una certificación en debida forma.

*El Incoder para dar valor a las certificaciones acompañadas, aplicó lo previsto en los pliegos de condiciones y no se separó de ellos, ni los modificó, al contrario de lo dicho por el recurrente, pues como se señaló anteriormente ellos exigieron que el profesional estuviera **certificado** como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, lo que no se acreditó.*

De otra parte, la resolución recurrida está debidamente motivada, pues expresa claramente las razones que dieron lugar al rechazo de la certificación de la líder del grupo.

*En cuanto a la aplicación del párrafo 2 del artículo 5º de la ley 1150 de 2008, sobre la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión calidad como documentos habitantes para participar en licitaciones o concurso, no es aplicable en el presente caso, pues en parte alguna se ha exigido que la firma, a quien es aplicable lo regulado en dicha norma, se encuentre certificada en gestión de calidad. Además de que es a los profesionales a quienes se está solicitando la certificación como “**auditores**” en sistemas de gestión de calidad, y no que tengan certificación de calidad, la cual sólo aplica a organizaciones, no a personas naturales como tales.*

Por lo tanto, no existen razones para modificar la evaluación hecha de la líder del equipo, Clara Inés López Arévalo.

Lo anteriormente expuesto es también aplicable respecto de la profesional Nubia Stella Torres, pues la certificación acompañada es de un seminario taller que no aparece evaluado y aprobado, y menos puede considerarse como una certificación. Por tanto, no existen razones para modificar la evaluación de la mencionada profesional.

⁴¹ Fls. 14-20 C.2

(...)

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución 1626 de 2008 por la cual se declaró desierto el concurso de méritos SEG-CM-01-2008 cuyo objeto es seleccionar a la firma que preste los servicios de control interno a nivel de auditorías internas y auditorías al sistema de gestión de calidad y de planes de mejoramiento. (...)

El acto administrativo por medio del cual se resolvió el recurso de reposición (Resolución No. 1876 de 29 de octubre de 2008) fue notificado personalmente a la firma JAHV MCGREGOR el 28 de noviembre de 2008, tal y como se desprende de la copia auténtica de dicha notificación⁴² que reposa en el expediente.

5.2 Análisis del caso concreto

En el asunto que ahora se revisa por la vía de la apelación, la parte demandante alega que existió falsa motivación en la Resolución N° 1626 del 9 de septiembre de 2008, mediante la cual la entidad demandada declaró desierto el Concurso de Méritos No. SEG-CM-01-2008 y en la Resolución N° 1876 del 29 de octubre de 2008, que confirmó la primera y en consecuencia, se debe proceder a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y a conceder la consecuente indemnización de los perjuicios ocasionados al actor.

Entonces el problema jurídico que se plantea la Sala en el asunto *sub iudice*, consiste en determinar si los actos administrativos atacados emanados por la entidad pública demandada, resultaron ser violatorios del pliego de condiciones correspondientes al Concurso de Méritos No. SEG-CM-01-2008 y además, si la mejor propuesta fue la presentada por el recurrente.

En este orden de ideas, la Sala comienza por realizar el análisis del punto de desacuerdo propuesto por la parte actora, relacionado con las conclusiones a las que llegó el Tribunal de negar las pretensiones de la demanda, pues en su criterio no están sustentadas en el contenido de los pliego de condiciones, que eran la ley del concurso para la época, por cuanto en su contenido no existen ninguno de los parámetros adoptados por el *A quo*, como se puede evidenciar al cotejarlos con el texto del numeral 5 del capítulo 5 del pliego, que literalmente indicó: “*estar certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000*”

⁴² FI. 21 C. 2

Arguye el actor, que en ningún párrafo del pliego de condiciones se señaló como se debía acreditar la calidad de auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, si se requería un curso con determinado número de horas y/o que fuera aprobado en condiciones expresas, o bajo cualquier otra condición, por lo tanto, estas circunstancias no podían ser exigidas a los oferentes, ya que no estaban contenidas en el pliego y lo hacer lo contrario, constituiría una variación a los pliegos, que no está permitida en nuestra legislación. Lo anterior referido puntualmente a la profesional Clara Inés López Arévalo, que está certificada como auditor del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2000, como se evidencia en la propuesta a folio 170 por medio de un certificado expedido por el INALCEC, empresa consultora en calidad que se encuentra certificada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

De igual forma, aconteció con la profesional Nubia Stella Torres Urrego, quien fue certificada por la Corporación Calidad, como se extracta en el folio 227 como auditora del sistema de gestión de calidad ISO 9001: 2000 y además lo es en NTCGP 1000:2004, de tal manera que en ellas confluyen los dos requisitos de que tratan los pliegos

Ahora bien, para dilucidar esta discrepancia con el fallo de primera instancia, la Sala constató que el Pliego de condiciones del citado Concurso, indicó en el numeral 5 del capítulo 5 que para acreditar la idoneidad del personal ofrecido, esto es, del Coordinador, líder o gerente y de los profesionales se debía entre otros requisitos *“estar certificado como auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000”*.

De manera que, al revisar el material probatorio aportado se encontró, de una parte que, la profesional Clara Inés López Arévalo, anexó para demostrar este requisito certificación expedida por INALCEC, en donde consta que dicha profesional participó en el seminario taller ISO 9001: 2000 para auditores internos de calidad, realizado en Bogotá el 17 de julio de 2002, con una duración de 8 horas⁴³.

La profesional Nubia Stella Torres, acreditó para cumplir con el requisito exigido en los pliegos, certificación emitida por la Corporación Calidad, en donde consta que la citada profesional participó en el seminario taller “Formación de auditores internos ISO 9001:2000 y NTCGP 1000: 2004, en la ciudad de Bogotá con una intensidad de 32 horas⁴⁴.

⁴³ FI.419 C.2

⁴⁴ FI.249 C.2

Es así como, para la Sala estas dos certificaciones no se ajustan a lo requerido por el pliego de condiciones del proceso de selección cuestionado, el cual claramente indicó que la certificación que se debía allegar con la propuesta debía señalar que el profesional propuesto era auditor del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, acreditación o titulación que de ninguna manera demuestran las certificaciones presentadas por el actor.

A esta conclusión se llega bajo este raciocinio, la primera de las certificaciones, es decir, la correspondiente a la profesional Clara Inés López Arévalo, indicó que esta participó en el seminario taller ISO 9001: 2000 para auditores internos de calidad, lo mismo, ocurrió con la segunda de las certificaciones atinente a la profesional Nubia Stella Torres, de la cual se allegó certificación emanada por la Corporación Calidad, en donde consta que la señora en mención participó en el seminario taller "Formación de auditores internos ISO 9001:2000 y NTCGP 1000:2004, soportes que en forma alguna cumplen con el requerimiento hecho el pliego, el cual es preciso en señalar que debía demostrarse mediante certificación que el profesional era AUDITOR del sistema de gestión de calidad NTCGP 1000:2004 y/o ISO 9001:2000, calidad que no se adquiriría con la mera asistencia a un seminario taller.

No puede pasar desapercibido para la Sala, el hecho que a diferencia de los dos casos anteriores, la sociedad demandante sí acreditó el cumplimiento de este requisito con la Profesional Elizabeth del Socorro Sánchez Reyes, quien plenamente demostró mediante el certificado⁴⁵ expedido el 26 de julio de 2006 por la firma SGS DE COLOMBIA S.A. que había completado exitosamente el curso como auditor interno ISO 9001:2000, es decir, ella sí cumplió con lo señalado en los pliegos del concurso de méritos.

De lo dicho, se puede inferir que el demandante previamente a la presentación de su propuesta, conocía y entendía el alcance de este requisito y también la forma de como se debía acreditar ante la entidad contratante, pero como se evidencia del plenario no lo demostró en el caso de las profesionales Clara y Nubia, como antes se expresó.

Por otra parte, vale la pena resaltar que para esta Sala, lo afirmado en el oficio expedido por BUREAU VERITAS el 1 de septiembre de 2008, no modifica el planteamiento antes esbozado, por cuanto, el principio rector como se señaló en el acápite 1 de las consideraciones, es que el pliego de condiciones es ley para las partes, y frente a él es que se debe circunscribir la decisión de la administración de adjudicar o declarar desierto un proceso de selección.

⁴⁵ FI. 204 C.2

Los pliegos de condiciones fueron claros y precisos en indicar en el numeral 4.16 las causales de rechazo de las propuestas entre las cuales se encuentra el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, es así como, la propuesta presentada por el accionante no cumplió no solamente con la presentación de certificación como auditor de los sistemas de gestión de calidad, si no también con la experiencia exigida por los pliegos, punto este que no fue desvirtuado en la demanda y que los dos fundaron la declaratoria de desierta del Concurso de Méritos por parte de la entidad demandada.

De manera que, el accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos, pues la falsa motivación aducida tanto en la demanda como en el escrito de apelación no logró probarse, ya que como se dijo en párrafos anteriores, las certificaciones aportadas por la sociedad no cumplieron con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Además, al no demostrar el recurrente que su propuesta era la mejor y que por esta razón debía ser el adjudicatario, el acto administrativo de declaratoria de desierta del Concurso de Méritos No. SEG-SM-01 y su confirmación, permanecen incólumes.

En consecuencia, para esta Sala no tienen vocación de prosperidad los argumentos esgrimidos por el actor que pretendían la nulidad de los actos administrativos atacados bajo la configuración de la causal de falsa motivación, por cuanto el demandante si incurrió en la causal de rechazo de que trata el numeral 8.11 del pliego y el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, señalada por el INCODER en los actos administrativos demandados al no cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Pues bien, todo lo anterior conduce a concluir que los actos administrativos acusados se ajustaron a lo previsto en el pliego de condiciones, razón por la cual la sentencia apelada debe ser confirmada teniendo en cuenta que el Tribunal arribó a la misma conclusión de negar las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 14 de septiembre de 2011 proferida por Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente