



Radicado: 25000-23-36-000-2019-00433-01 (69575)
Demandantes: Unión Temporal Seguridad Fiscalía Asa 2018 y otro

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 25000-23-36-000-2019-00433-01 (69575)
Demandantes: Unión Temporal Seguridad Fiscalía Asa 2018 y otro
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Nulidad del acto de adjudicación de un contrato de prestación de servicios de vigilancia en una subasta inversa. Se confirma la decisión de primera instancia que rechazó las pretensiones de la demanda en la que los proponentes vencidos afirmaron que el precio de cero pesos ofertado respecto del componente de equipos era un precio de mercado y que, por ende, su propuesta debió ser considerada por la entidad.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer de los recursos de apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia de acuerdo con el numeral 3 del artículo 152 del CPACA².

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 23 de mayo de 2023³. En los términos del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, ante la ausencia de solicitud probatoria de las partes el

¹ <<El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos>>.

² <<De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación>>.

³ SAMAI, índice No. 3.



expediente entró al despacho para fallo el 16 de mayo de 2023⁴ sin que la parte no apelante ni el Ministerio Público se pronunciaran.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 13 de junio de 2019, la Unión Temporal Seguridad Fiscalía ASA 2018 (en adelante la <<UT ASA>>) y la Unión Temporal Fiscalía SAAP 2018 (en adelante la <<UT SAAP>> y en su conjunto con la UT ASA las <<demandantes>>) presentaron demanda⁵ de nulidad y restablecimiento del derecho contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación (en adelante, la <<Fiscalía>> o la <<demandada>>). Formularon las siguientes pretensiones:

<<PRIMERA: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la RESOLUCION DE ADJUDICACION NO. 001784 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2018, proferida por la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, “por la cual se adjudica un proceso de contratación” en su ARTÍCULO PRIMERO “Adjudicar el contrato producto de la selección Abreviada por Subasta inversa proceso FGNIPSE-040-2018 NC (...) correspondiente al GRUPO No. 01 – REGIONAL CARIBE al oferente UNION TEMPORAL IAA 2018, (...)

SEGUNDA: EN CONSECUENCIA, de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR A PAGAR a título de LUCRO CESANTE el valor de Dos mil trece millones doscientos setenta y seis mil novecientos ochenta y tres pesos M/CTE (\$2.013.276.983) a Cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION – demandada - de correspondiente al valor de AIU -Administración, imprevistos y UTILIDAD, dejados de percibir y a favor de la UNION TEMPORAL SEGURIDAD FISCALIA ASA 2018, (...)

TERCERA: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la RESOLUCION DE ADJUDICACION NO. 001784 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2018, proferida por la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, “por la cual se adjudica un proceso de contratación” en su ARTÍCULO SEPTIMO “Adjudicar el contrato producto de la selección Abreviada por Subasta inversa proceso FGNIPSE-040-2018 NC (...) correspondiente al GRUPO No. 07 – REGIONAL ORINOQUIA al oferente UNION TEMPORAL VICE LTDA-VIGILANCIA ACOSTA LTDA (...)

CUARTA: EN CONSECUENCIA, de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR A PAGAR a título de LUCRO CESANTE el valor de ochocientos millones quinientos noventa y cuatro mil quinientos diez pesos M/CTE (\$800.594.510) a cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION – demandada - de correspondiente al valor de AIU - Administración, imprevistos y UTILIDAD, dejados de percibir y a favor de la UNION TEMPORAL FISCALIA SAAP 2018 (...)

QUINTA: ORDENE que las condenas pecuniarias de la pretensión SEGUNDA Y CUARTA sean actualizadas e indexadas desde el día 01 de diciembre de 2018

⁴ SAMAI, índice 12.

⁵ En este caso la demanda fue presentada por las uniones temporales y no por sus miembros individualmente. Además, los poderes fueron otorgados por parte del señor Pablo Emilio Castaño Rivera, representante de las dos uniones temporales demandantes. Aunque el ponente no comparte la posición según la cual los consorcios y uniones temporales pueden ser sujetos procesales, se aplicará lo dispuesto en la sentencia de unificación del 25 de septiembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.



hasta el día de su pago efectivo, de conformidad con el Art. 187 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTA: CONDENE en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante>>⁶.

2.- Las demandantes basaron sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- Mediante Resolución 0001561 del 31 de octubre de 2018, la Fiscalía dio apertura al proceso de selección FGN-IPSE-040-2018 NC para contratar el servicio de vigilancia en las diferentes sedes de la entidad a nivel nacional. El proceso debía adelantarse por la modalidad de selección abreviada para bienes y servicios de características técnicas uniformes y adjudicarse mediante subasta inversa. El proceso se dividiría en 9 grupos, correspondientes a cada región del país.

2.2.- En las reglas del proceso de selección se señaló que la oferta económica tendría dos componentes: (i) vigilancia personal; y (ii) equipos electrónicos de vigilancia. En la medida en que el servicio de vigilancia personal tiene una tarifa regulada por la Superintendencia de Vigilancia, el criterio de evaluación de las ofertas correspondería únicamente al menor precio ofertado respecto del componente de equipos. Para la propuesta económica del componente de equipos debía ofertarse un precio unitario por cada ítem requerido por la entidad, el cual debía corresponder a un precio real y de mercado.

2.3.- En el pliego se advirtió, en los siguientes términos, que el precio debía corresponder a un precio real y de mercado:

<<NOTA 1: Los proponentes al momento de cotizar y de pujar en el evento de subasta inversa, deberán tener presente el pronunciamiento de La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, en CIRCULAR EXTERNA N°20183200000015 de fecha del 03 de enero del 2018, la cual establece que **“...en garantía de los derechos constitucionales de los trabajadores del sector... cuando los usuarios contratantes requieran de servicios o bienes adicionales y los conexos, estos deberán ser ofrecidos y cotizados por las Empresas o Cooperativas de Vigilancia y Seguridad Privada, que los ofrezcan de manera separada a los elementos de la tarifa mínima, a precios o valores reales y de mercado, (...)”**”. “Para la presentación de la propuesta económica se deberá diligenciar el documento “anexo 4” publicado en formato Excel. “La adjudicación del presente proceso de selección se hará por el valor total al proponente que registre el menor valor de los medios tecnológicos, más el valor total del medio humano”. “El margen mínimo de mejora será del (0.5%) del valor total de la oferta”>> (negrilla fuera del texto original).

2.4.- La UT ASA presentó propuesta para el grupo 1 y ofertó un precio de cero pesos (\$0) respecto del componente de equipos. La UT SAAP presentó propuesta para el grupo 7 e indicó igualmente que su oferta económica para el componente de equipos era de cero pesos (\$0). Las dos ofertas presentadas por las uniones temporales resultaron habilitadas por cumplir con la respectiva ficha

⁶ Cuaderno principal, folios 10 y 11.



técnica y los demás requisitos habilitantes.

2.5.- El 22 de noviembre de 2018, antes de la realización de la subasta inversa, la entidad demandada dio apertura a los sobres económicos contentivos de las propuestas correspondientes al grupo 1. Los demás proponentes habilitados señalaron un peso (\$1) como precio unitario para cada ítem del componente de equipos. La entidad deshabilitó la propuesta de la UT ASA, pues consideró que esta no ofertó un precio real y de mercado respecto de los ítems del componente de equipos. Lo mismo ocurrió el 23 de noviembre de 2018 respecto del grupo 7 en relación con la UT SAAP.

2.6.- La Fiscalía realizó la subasta inversa correspondiente al grupo 1 y fijó como precio de arranque la suma de treinta cinco mil setecientos doce pesos (\$35.712) que correspondía a multiplicar el valor de un peso (\$1) por cada ítem del componente de equipos. Respecto del grupo 7, el precio de arranque se fijó en treinta mil seiscientos noventa y seis pesos (\$30.696) que igualmente correspondía a multiplicar el valor de un peso (\$1) por cada ítem requerido por la entidad.

2.7.- Finalizadas las subastas de los grupos 1 y 7, el menor valor ofertado correspondió a un centavo de peso (\$0,01) en ambos casos. Así las cosas, mediante Resolución 001784 del 29 de noviembre de 2018 la Fiscalía adjudicó el contrato, respecto del grupo 1, a la Unión Temporal IAA 2018 y, respecto del grupo 7, a la Unión Temporal Vice Ltda.-Vigilancia Acosta Ltda., por ofertar el menor valor respecto del componente de equipos.

2.8.- El 13 de diciembre de 2018, la Fiscalía y la Unión Temporal Vice Ltda.-Vigilancia Acosta Ltda. celebraron el Contrato 233 de 2018 correspondiente al Grupo 7. El 20 de diciembre de 2018, la Fiscalía y la Unión Temporal IAA 2018 celebraron el Contrato 230 de 2018 correspondiente al Grupo 1. En ambos contratos se indicó que el precio correspondiente al componente de equipos era de cero pesos (\$0), es decir, el mismo valor ofertado por las proponentes vencidas en sus propuestas económicas respectivas.

2.9.- Los demandantes estiman que la resolución de adjudicación es nula, particularmente, porque se viola el principio de igualdad. Afirman que si el precio de un peso (\$1) se consideró como precio del mercado, el de cero pesos (\$0) también lo era. Y señalan que la prueba más clara de lo anterior es que en la adjudicación se incluyó como valor por equipo \$0,1 y el contrato ser firmó por valor \$0,0 para los equipos.

2.10.- A juicio de los demandantes, la decisión de la Fiscalía es contradictoria pues afirmó que el valor de cero pesos (\$0) ofrecido por las demandantes respecto del componente de equipos no era un precio real y de mercado, pero al momento de adjudicar los contratos consideró que el menor precio obtenido en la subasta, correspondiente a un centavo de peso (\$0,01) era un precio de



mercado y luego celebró los contratos incluyendo el valor de cero pesos (\$0) por estos ítems.

«En consecuencia, **las razones dadas por la entidad para rechazar las propuestas** presentadas por las uniones temporales UNION TEMPORAL SEGURIDAD FISCALIA ASA 2018 y UNION TEMPORAL FISCALIA SAAP 2018 en la etapa de apertura de sobre económico y de verificación de precio inicial **carecen de certeza por cuanto se evidencio que si era un precio de mercado a tal punto que los mismos valores se vieron reflejados** en la RESOLUCION DE ADJUDICACION NO. 001784 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2018, por cuanto los grupos i y grupo 7 debieron ser adjudicados a las uniones temporales UNION TEMPORAL SEGURIDAD FISCALIA ASA 2018 y UNION TEMPORAL FISCALIA SAAP 2018, respectivamente derivando en consecuencia en un vicio de falsa motivación, que afecto la adjudicación del contrato y el derecho que tenían las demandantes a obtener la ganancia esperada por la ejecución de estos».

B.- Posición de la parte demandada

3.- La Fiscalía Nacional de la Nación contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló los siguientes argumentos de defensa: (i) el pliego de condiciones fijó reglas claras para la presentación de la oferta económica al indicar que los proponentes debían ofertar un valor real para poder aplicar las reglas de la subasta inversa; (ii) en este sentido, al presentar una oferta de cero pesos (\$0), las demandantes incumplieron las reglas del pliego de condiciones y fueron excluidas de la subasta; y (iii) los valores finales obtenidos en la subasta no eran precios artificialmente bajos como indicó la entidad antes de la adjudicación.

4.- El tribunal dispuso notificar personalmente del auto admisorio de la demanda a los proponentes adjudicatarios de los grupos 1 y 7.

4.1.- La Unión Temporal IAA 2018 guardó silencio.

4.2.- Por su parte, la Unión Temporal Vice Ltda.- Vigilancia Acosta Ltda. contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló los siguientes argumentos de defensa: (i) el contenido del pliego era claro y la interpretación realizada por las demandantes desconoce sus requisitos, pues allí se indicó que la propuesta debía corresponder a valores reales; (ii) la unión temporal cumplió con los requisitos exigidos para ser habilitada y acceder a la subasta inversa electrónica.

C.- Sentencia recurrida

5.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A negó las pretensiones de la demanda mediante sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022. En síntesis, consideró que:

5.1.- Respecto del componente de equipos, el pliego de condiciones señaló que, al tratarse de servicios adicionales que no tenían tarifa regulada por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada estos debían «*ser ofrecidos*



y cotizados (...) de manera separada a los elementos de las tarifas mínima, a precios o valores reales y de mercado». También indicó que los proponentes debían abstenerse de presentar ofertas con valores en centavos de peso. Sin embargo, señaló que en la subasta inversa sí podían realizarse lances en centavos siempre que cumplieran con el margen mínimo de mejora. Así las cosas, el valor mínimo que se podía ofertar para cada uno de los ítems debía ser igual o superior a un peso (\$1).

5.2.- Si bien el valor de la oferta no constituía un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección, la presentación de ofertas a precios reales y de mercado sí era un requisito para participar en la subasta inversa. En consecuencia, la oferta de cero pesos (\$0) presentada por las demandantes no solo incumplió los pliegos de condiciones, sino que, además, desconocía la finalidad de la subasta inversa, pues no es razonable que esta pudiera comenzar con un valor de cero pesos (\$0).

5.3.- En todo caso, las demandantes tampoco probaron que sus ofertas se encontraran dentro del margen de los precios del mercado, lo cual hubiera sido fundamental para desvirtuar las consideraciones de la entidad que dieron lugar a su inhabilitación para participar en la subasta.

D.- Recurso de apelación

6.- En su recurso de apelación, las demandantes formulan los siguientes reparos:

6.1.- El tribunal afirmó que, de conformidad con el pliego de condiciones, el valor mínimo a ofertar por el componente de equipos era de un peso (\$1) y por tanto la oferta de cero pesos (\$0) presentada por las demandantes no era válida. Sin embargo, esta regla no existía en el pliego de condiciones. El pliego estableció como única regla respecto del valor de la oferta del componente de equipos que esta no tuviera valores en centavos. La oferta de las demandantes cumplió esta regla, pues el valor era de cero pesos (\$0) y no centavos.

6.2.- La oferta de cero pesos (\$0) presentada por las demandantes correspondía al menor valor de las ofertas habilitadas para la subasta inversa. En consecuencia, en la medida en que no podían presentarse lances por ser el menor valor, la entidad debió adjudicar los contratos teniendo en cuenta los factores de desempate.

6.3.- El tribunal afirmó que las demandantes no presentaron oferta, lo cual no es cierto, pues el anexo correspondiente a la oferta económica fue debidamente diligenciado y presentado, y allí se indicó que su valor era de cero pesos (\$0). Además, en otros procesos de contratación similares con otras entidades, las demandantes ya habían contratado los mismos servicios proponiendo el mismo precio respecto del componente de equipos.



6.4.- En los contratos celebrados respecto de los Grupos 1 y 7 se indicó que el valor del componente de equipos equivalía a cero pesos (\$0); por lo tanto, lo que hicieron las demandantes en su propuesta fue anticiparse al valor final del contrato por concepto de equipos. En consecuencia, no podía afirmarse que la propuesta no correspondía a un valor real y de mercado.

6.5.- La Fiscalía indicó, antes de la adjudicación de los contratos, que el valor de cero pesos (\$0) no constituía un precio artificialmente bajo pues estaba dentro de la desviación estándar del mercado aceptando para el grupo 1 un margen de menos ciento cuarenta y cinco pesos y setenta y ocho centavos (-\$145,78) y para el grupo 7 de menos treinta y dos centavos de peso (-\$0,32).

II. CONSIDERACIONES

E.- Asuntos procesales y decisión

7.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque resulta evidente que las propuestas presentadas por los proponentes vencidos no cumplían los requisitos del pliego en relación con el sistema de puja para adjudicar el contrato, propio del proceso de selección por subasta inversa escogido por la entidad. De acuerdo con el pliego, era necesario señalar un precio para que pudiera utilizarse esta modalidad de selección (que supone la realización de lances) y es claro que las propuestas de cero pesos (\$) presentadas por los demandantes para el componente de equipos no permitía hacerlos.

8.- Advierte la Sala que los demandantes, en este caso, no objetan el proceso de selección escogido por la entidad; parten de considerar que la subasta inversa fue adecuada para adjudicar el contrato y el único argumento que esgrimen consiste en afirmar que el precio cero (\$0) sí es un precio de mercado y que, por ende, su propuesta debió ser considerada⁷.

⁷ Apartándose de la posición mayoritaria de la Sala, que estima que la consideración anterior es suficiente, el ponente consideraba importante incluir una reflexión acerca de si la subasta inversa para adjudicar un contrato de vigilancia en el que la tarifa se encuentra regulada por la ley era el método de selección apropiado y si a través del mismo podía escogerse el contratista que ofreciera el mejor servicio para la entidad, que es lo que debe perseguir cualquier proceso de selección. Adjudicar por un proceso de subasta inversa en el que resulta admisible que la puja sea de un peso (\$1) a (\$0.1) para celebrar un contrato en el que es evidente que este valor no tiene ningún tipo de incidencia, implica preguntarse si –en serio– este es el proceso que garantiza los propósitos de la contratación pública y evita prácticas colusorias en este tipo de contratos. El hecho de que la tarifa de un servicio esté regulada indica que la selección por subasta inversa no es apropiada porque esa regulación impide competir ofreciendo el precio más bajo; esta constatación conlleva la necesidad de estudiar oportunamente la opción de escoger un proceso de selección que permita considerar y medir objetivamente otros criterios de adjudicación en los cuales ella dependa de factores distintos que privilegien, entre otras cosas, la calidad del servicio. En la guía para la contratación de estos servicios, elaborada por Colombia Compra Eficiente, se hace referencia a factores de estas empresas que pueden ser en realidad determinantes para buscar este propósito si se usa otro proceso de selección: «(a) Procesos para la identificación, selección y contratación del personal. (b) Políticas de promoción del empleo juvenil. Por ejemplo, el compromiso de incorporar un porcentaje determinado del personal requerido para la ejecución del contrato de personas entre 18 y 28 años. (c) Políticas y procesos reconocidos de promoción y defensa de los derechos humanos, como medio de seguridad ciudadana. (d) Políticas de inclusión de género. Por ejemplo, el compromiso de incorporar un porcentaje determinado de mujeres en el total de personal requerido para la ejecución del contrato. (e) Políticas de inclusión de



F.- Costas

9.- Como el recurso de apelación no prosperó, los apelantes deben ser condenados en costas y agencias en derecho, de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA, las cuales serán tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida 17 de noviembre de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas y agencias en derecho, las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: RECONÓCESE personería a la abogada Sandra Patricia Lesmes Cogollos, portadora de la T.P. No. 88.391 del C. S. J., para actuar como apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Aclara voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado

Aclara voto

discapacitados o personas con habilidades diferentes. Por ejemplo, la incorporación de un porcentaje determinado de este grupo de personas en el total del personal requerido para la ejecución del contrato. (f) Programas de formación para el personal adicionales a los requeridos por la ley, en competencias laborales bajo las normas definidas para tal fin por el SENA o la autoridad competente. (g) Plan de carrera para sus trabajadores. (h) Beneficios laborales adicionales para sus empleados. (i) Herramientas de evaluación de riesgos de salud y seguridad en el trabajo».