

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 11001032600020160014200 (57.875)

Demandante: Miguel Ángel Mejía Bravo

Demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia

Compra Eficiente

Acción: Nulidad

Asunto: Proceso de única instancia

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado a decidir, en única instancia, el medio de control de nulidad promovido por el señor Miguel Ángel Mejía Bravo contra la Resolución 1065 de 2016 y el pliego de condiciones de la licitación pública LP-AMP-106-2016, expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Fundamenta el demandante la ilegalidad de las disposiciones acusadas, principalmente, en la supuesta usurpación de las competencias regulatorias asignadas al Estado en materia de servicios públicos –servicio postal y servicio de transporte terrestre de carga-. Asimismo, considera que los servicios cuyas condiciones de contratación se pretenden establecer, a través del acuerdo marco, no pueden ser catalogados como de características técnicas uniformes y de común utilización y que, además, se desconocieron los artículos 5 de la Ley 1150 de 2007 y 15 de la Ley 1369 de 2009.

I. ANTECEDENTES

1. La presente demanda se sustenta en las siguientes pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho:

Pretensiones

2. El 1 de septiembre de 2016, el señor Miguel Ángel Mejía Bravo presentó demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad, contra la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de: (i) los apartes resaltados de la Resolución 1065 de 2016, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública LP-AMP-106-2016 y (ii) algunos acápites del pliego de condiciones LP-AMP-106-2016.

Hechos principales

3. Como supuestos de hecho, adujo que, el 28 de junio de 2016, se publicó en el portal web de Colombia Compra Eficiente el aviso de convocatoria pública, estudios previos y proyecto de pliego de condiciones del proceso de selección, cuyo objeto es determinar los elementos necesarios para conformar un acuerdo marco de precios de distribución –en adelante AMP–.

4. El 29 de julio de 2016, se profirió la Resolución 1065 de 2016, mediante la cual se ordenó la apertura de la licitación pública LP-AMP-106-2016. En esta misma fecha se publicó el pliego de condiciones del referido proceso de selección, en el cual se establecen los aspectos del AMP, cuyo contenido se sustenta en: “1. Mensajería expresa a nivel nacional, 2. Mensajería expresa a nivel internacional y 3. Transporte terrestre de carga de 5 kg a 150 kg.

5. Señaló que el referido acuerdo buscaba regular dos sectores de la economía distintos –el de

servicios postales y el de transporte terrestre de carga- que no tienen características uniformes y en donde las empresas ofrecen diferentes soluciones logísticas y niveles de calidad. “El AMP limita el servicio a una ficha técnica deficiente y con falta de análisis profundos de la normatividad técnica y operativa emitida por la comisión de Regulación de Comunicaciones CRC en materia de servicios postales nacionales, así como los conceptos y normatividad emitida para el transporte terrestre de carga por al (sic) Ministerio de Transporte, la Superintendencia de Puertos y Transportes y otros-”

6. Añadió que los estudios previos del AMP se fundamentaron en la información del SECOP, SIREM y en las mesas de trabajo con los proveedores; sin embargo, no se advierten solicitudes de información a empresas de mensajería expresa, así como a entidades de cada sector en materia regulatoria, administrativa o sancionatoria, razón por la que, a juicio del demandante, no se observa una participación plural, igualitaria y efectiva de todos los actores del mercado.

Fundamentos de derecho

7. Como fundamentos de derecho, la parte actora aseveró que se desconocieron los artículos 333 y 365 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3, 11, 12 y 15 de la Ley 1369 de 2009, los artículos 29 y 65 de la Ley 336 de 1996, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 173 de 2001.

8. Sostuvo que la Resolución 1065 de 2016 y el pliego de condiciones de LP-AMP-106-2016 desconocen la competencia del Estado en materia regulatoria de los servicios públicos, modifican las condiciones establecidas en la ley sobre el sector postal y el transporte de carga y, además, incurrir en falsa motivación al desconocer la categoría de servicios públicos que ostentan aquellos que fueron objeto del AMP, lo que desnaturaliza sus condiciones, y los encuadra como servicios de características técnicas uniformes, sin contar, para el efecto, con estudios previos, profundos y fundados.

9. En los términos de los artículos 365, 367 y 369 de la Constitución Política se establece que por medio de la ley se determina el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos, así como las entidades competentes para fijar las tarifas, los deberes y derechos de los usuarios y su régimen de protección; además, tanto la Ley 336 de 1996, como la 1369 de 2009 consagraron al transporte terrestre de carga y al servicio postal como servicios públicos, respectivamente.

10. Por ende, le corresponde al Estado, a través de la ley, regular las condiciones para la contratación de tales servicios de forma general, razón por la cual Colombia Compra Eficiente actuó sin competencia, al establecer “a través de un acuerdo marco de precios de distribución que estandariza el servicio, desconoce la regulación especial a la cual está sometida el servicio, modifica las condiciones técnicas y su finalidad pública, buscando solo un beneficio económico y tarifario para las entidades, afecta la estructura del servicio, los subsidios cruzados hacia las personas menos favorecidas que están en los lugares más distantes de la geografía colombiana y el equilibrio del servicio. Si bien su prestación se da dentro de un régimen privado y público, bajo una economía de libre mercado, existe una gran regulación técnica y de condiciones de servicio sobre la actividad postal y transporte terrestre de carga, que exige la adopción de varios costos que son revisados por las entidades regulatorias y que en algunos casos dan lugar a regulación tarifaria, por necesidades de mercado y beneficio común, donde se puede establecer una tarifa piso que no puede ser disminuida, como sucede con la tarifa establecida por la CRC para la mensajería expresa masiva.

11. Agregó que el acto demandado vulnera los numerales 4, 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 1369 de 2009, pues al consagrarse que el servicio se presta de forma igual por todas las empresas, con el mismo cubrimiento, porcentaje de cumplimiento y calidad, se desconoce la previsión fijada en estos numerales en relación con la promoción de avances tecnológicos en el servicio postal, así

como la libertad de empresa y la iniciativa privada.

12. Sobre el particular, adujo:

“Un servicio caracterizado como de distintos niveles de calidad en la ley no puede ser catalogado como de características técnicas uniformes y de común utilización en un Acto Administrativo, toda vez que, la misma norma consagra el derecho a percibir una tarifa diferenciada lo cual no ocurre dentro de una subasta a la inversa o un acuerdo marco de precios, que parte del supuesto de que no existe distintos niveles de calidad.

13. Resaltó que el AMP posibilita la conformación de monopolios y oligopolios a favor de un pequeño grupo de empresas, lo cual contraría la libre competencia, el derecho al trabajo y los principios del artículo 333 de la Constitución Política, toda vez que propende por la concentración de la contratación en pocas empresas capaces de modificar sus tarifas y costos e imponer los escenarios de mercado, sin que en el pliego de condiciones obren criterios diferenciadores para las pequeñas y medianas empresa.

14. Además, no se estimula la inclusión de avances tecnológicos, puesto que las diferencias en el servicio no le otorgarían ninguna ventaja competitiva a los participantes, dado que el criterio fundamental de selección está determinado por el menor precio.

15. Sostuvo que en la convocatoria se establecen tiempos de entrega para la mensajería expresa nacional que desconocen el artículo 6 de la Resolución 3038 de 2011, lo cual desdibuja la condición de rapidez de este servicio y produce un híbrido entre el servicio de correo y la mensajería expresa nacional, al modificar los tiempos de entrega determinados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–, pues, pese a que mantiene el tiempo de 1 día para la mensajería urbana, amplía los tiempos de entrega en el ámbito nacional a 3 días –la CRC contempló 48 horas– y señala dos nuevas clasificaciones, departamental con 2 días de tiempo de entrega y de difícil acceso con 6 días, plazo este último que no puede considerarse como un servicio urgente y rápido.

16. Señaló que se trasgrede el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prevé que cuando la selección verse sobre servicios de características técnicas uniformes el único criterio a ponderar será el menor precio, puesto que el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016 fija 3 criterios de evaluación: factor económico con 70 puntos, factor técnico con 20 puntos y de apoyo a la industria nacional con 10 puntos.

17. Indicó que los actos cuestionados desconocen el área de reserva prevista en el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, a favor del Operador Oficial Postal de Colombia –OPO–, a cargo de Servicios Postales Nacionales S.A. o, en otras palabras, omiten la obligatoriedad de las entidades públicas del orden nacional de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial de contratar con el OPO, lo cual es una forma de financiación que ayuda a equilibrar los altos costos operativos, para garantizar el servicio en todo el territorio nacional –Servicio Postal Universal SPU, artículo 3 de la Ley 1369 de 2009–.

18. Finalmente, recalcó:

“Esta modificación en las condiciones del servicio de mensajería expresa para competir por las entidades integrantes del área de reserva, también obligadas a contratar bajo un acuerdo marco de precios, a futuro determinara el no uso del servicio de correo por las entidades públicas y ganara la contratación por medio del AMP, puesto que se asimilarán en sus características en especial el

tiempo de entrega y cubrimiento, y esto concluirá en la insuficiencia de estipular un área de reserva en el art. 15 de la Ley 1369 de 2009 y la pérdida de valor de la compañía 4-72, incremento de déficit en la prestación del SPU, toda vez que el Estado deberá asumir el mayor valor que cueste llevar los objetos postales de los colombianos y recogerse los de forma continua y a un bajo costo como lo exige la Ley, los cuales no irán acompañados de manera segura de otros envíos con los cuales comparta el costo de transporte y operativo, atendiendo a que si bien esta empresa del Estado compite dentro del mercado de la mensajería expresa nacional en igualdad de condiciones, lo cierto es que tiene una condición especial al estar obligado de forma permanente a tener una infraestructura desplegada sin importar el volumen de envíos y sin poder ajustar sus rutas a conveniencia del mercado y explotar únicamente los segmentos más rentables del mercado, conllevará a la pérdida de valor de la compañía al ser infructuosa el área de reserva y el posterior cierre de Servicios Postales Nacionales S.A., como se hará con la mediana y pequeña empresa de servicios postales que participan en proceso de selección en sus regiones y que atienden a Entidades con principal influencia zonal, cuando los acuerdos marco se extiendan a todas las regiones y entidades concentrando la contratación en un solo ente público.

Suspensión provisional

19. El actor solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los actos enjuiciados, petición que fue resuelta en proveído del 13 de octubre de 2017, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: SUSPENDER de manera provisional, los acápites VII y X del pliego de condiciones de que trata la Resolución 1065 de 2016, expedida por la Agencia Nacional de contratación Estatal, así como el numeral 3 del acápite IV del mismo acto demandado.

“SEGUNDO: NEGAR la suspensión provisional de la Resolución 1065 de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

20. Como fundamento de la anterior decisión, el entonces magistrado sustanciador manifestó que resulta palmario que los numerales VII y X del pliego de condiciones violan el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que desconocen abiertamente la exigencia de incluir el “menor precio” como único factor de selección objetiva.

21. A su vez, sostuvo que Colombia Compra Eficiente usurpó las competencias que, por ley, están asignadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC– para establecer las condiciones en que se debe prestar el servicio de mensajería expresa. Añadió que, con miras a asegurar la cumplida ejecución del acuerdo marco de precios, no podía modificar o ampliar aspectos técnicos de los servicios postales.

22. Señaló que la vulneración de la reserva legal establecida para el Operador Postal Oficial de Colombia no se verifica con la mera confrontación de los actos que se buscan suspender, respecto del cual es necesario realizar un verdadero juicio de valor sobre los antecedentes de los actos demandados.

23. Por último, precisó que “no existen elementos de juicio que permitan establecer la violación en que presuntamente incurrió la resolución 1065 de 2016, pues la parte que se acusa de ilegalidad se refiere únicamente a ‘... las condiciones en las cuales las Entidades (sic) Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco ...’ y no reglamenta la prestación misma de los servicios postales a contratar.

24. La anterior providencia fue suplicada por la parte demandada. Luego, mediante auto del 27 de

septiembre de 2018, esta Sala, al resolver dicho recurso, revocó la providencia del 13 de octubre de 2017, en lo relacionado con los acápite VII y X del pliego de condiciones de que trata la Resolución 1065 de 2016 y confirmó la suspensión provisional del numeral 3 del acápite IV de dicho pliego de condiciones.

25. Sobre el particular, consideró:

“Previo a entrar al análisis de fondo de la censura objeto de conocimiento, la Sala debe poner de presente que los actos administrativos cuestionados a través del presente medio de control de simple nulidad, ya surtieron los efectos jurídicos para los cuales fueron dictados y, por ende, agotaron su objeto, toda vez que el proceso de selección para la suscripción del Acuerdo Marco de Precios para la prestación del servicio de distribución iniciado a través de la Resolución 1065 de 29 de julio de 2016, culminó con el perfeccionamiento del AMP identificado con la sigla CCE-441-1-AMP-2016, el 25 de octubre de 2016, por parte de Colombia Compra Eficiente y varios proveedores de dicho servicio (cd anexo f.79 c. cautelares).

“No obstante, esta Corporación se pronunciará respecto del recurso de súplica elevado por la parte demandada, con base en los argumentos en él expuestos, en razón a que su competencia se activó a partir del ejercicio oportuno y fundamentado del derecho a cuestionar la decisión de carácter jurisdiccional de decretar una medida cautelar, tal como ocurre en el caso concreto y como fue expuesto en el acápite anterior de esta providencia.

“(…)

“Despejado lo anterior y respecto del primer reproche objeto de análisis, la Sala estima que para el caso de la operación primaria para la celebración de un Acuerdo Marco de Precios, es factible que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, incluya en los pliegos de condiciones criterios de evaluación distintos al menor precio.

“(…)

“En otras palabras, si bien el pliego de condiciones objeto de censura en sus acápite VII y X incluye criterios de evaluación de las ofertas distintos al menor precio, como eran el factor técnico y el apoyo a la industria nacional, lo cierto es que tal conducta no resulta, al menos en este momento procesal, reprochable a la luz del artículo 5 numeral 3 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que el objeto del proceso de contratación en el que los mismos fueron emitidos, no era la adquisición o suministro de bienes o servicios de características técnicas uniformes como lo prescribe dicha norma –operación secundaria- sino la selección de los proveedores que harían parte del acuerdo marco de precios, para lo cual se establecerían los parámetros y condiciones en que se iba a surtir la adquisición de esos bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, en forma posterior, entre los proveedores de un servicio de tales características que fueran seleccionados, y las entidades cobijadas por el AMP.

“(…)

“[sobre el segundo motivo de censura] ... la Sala constata que la legislación especializada en materia de mensajería expresa, (sic) contempló que la Comisión de Regulación de Comunicaciones era la entidad competente para expedir los actos generales tendientes a garantizar el cumplimiento de los elementos esenciales de este servicio, entre los que se encuentra el de la urgencia en la entrega de los bienes objeto de distribución.

“(…)

“A partir de estas consideraciones, la Sala estima que le asiste razón al demandante y a la providencia objeto de cuestionamiento, al decretar la suspensión provisional, en razón a que los tiempos de entrega para los destinos nacional y de difícil acceso fijados en el acápite IV, numeral tercero de los pliegos examinados, superan ampliamente los límites fijados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones para clasificar el servicio de mensajería urgente como de buena calidad a partir de su velocidad.

Contestación de la demanda

26. La demanda fue admitida mediante auto del 24 de agosto de 201, providencia debidamente notificada a la demandad, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estad.

27. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente-, al contestar la demanda, anotó como hechos relevantes que: a) expidió una adenda relativa a la modificación de las unidades de medida de los tiempos máximos de distribución de días hábiles a horas, b) el 12 de octubre de 2016, se adjudicó el proceso de contratación en audiencia pública a favor de Servientrega S.A., Servicios Postales Nacionales S.A., Surenvios S.A.S., Redetrans S.A., Urbano Express Logística y Mercadeo S.A.S., Portes de Colombia S.A.S., Elite Logística y Rendimiento S.A.S., TCC S.A.S., Envía Colvanes S.A.S. y RGQ Logistics Group International S.A.S. y, c) el 25 de octubre de 2016 los 10 adjudicatarios y Colombia Compra Eficiente suscribieron el Acuerdo Marco CCE-441-1-AMP-2016.

28. Destacó que mediante los actos debatidos se pretende contratar la celebración de un Acuerdo Marco para Servicios de Distribución, los cuales, según el pliego de condiciones, se refieren a la movilización de un bien de un punto de origen a un punto de destino, a través del servicio de mensajería expresa y de transporte de carga –aclara que el AMP no incluye el servicio de correo-.

29. Anotó que no actuó por fuera del marco de sus competencias, puesto que mediante el AMP no regula o reglamenta un servicio público –el servicio de distribución– sino que establece las condiciones contractuales para que éste se preste. Añadió que el servicio de distribución, como se advierte en los antecedentes del proceso contractual, es de características técnicas uniformes y de común utilización, razón por la cual podía adelantar el proceso correspondiente para suscribir el AMP que fijara las condiciones para la prestación de tal servicio.

30. Indicó que no es cierto que con el AMP se “cierre” el mercado de los servicios de distribución, por cuanto está justificado que con su entrada en vigencia se restrinja la contratación del servicio solamente a las entidades que se vinculen a éste; además, señaló que el actor no precisó algún requisito, condición o factor que afectara o impidiera de forma infundada la participación de algún particular en el proceso de selección.

31. Aseguró que no se violaron los numerales 4, 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 1369 de 2009, dado que: (i) el servicio de distribución, en lo que se refiere a mensajería expresa no tiene tarifas reguladas y en lo que respecta al transporte de carga no se desconoció ningún tipo de regulación a través de los actos demandados; (ii) el hecho de que las empresas que hagan parte del AMP tengan que ofertar menores precios no significa que no tengan que prestar un servicio de calidad o bajo condiciones técnicas básicas; (iii) “el actor confunde el hecho de que un servicio sea de características técnicas uniformes con el que un servicio sea básico. La uniformidad de las características no es sinónimo de simpleza de la prestación del servicio; (iv) no es cierto que se crean oligopolios o monopolios, pues se buscó la participación de la mayor cantidad posible de proponentes, sin que sea factible aseverar que el proceso se dirigió a favorecer a determinado grupo de empresas; (v) sobre las mipymes, aunque existen directrices legales a su favor, en ocasiones sus intereses no deben ser protegidos de forma absoluta, sino se debe propender por la mejor escogencia para la administración, esto es, la persona que cuente con mayor experiencia y capacidad, aunque no se trate de una mipyme. En todo caso, de los 10 adjudicatarios del AMP, el 50% está conformado por mipymes, ya que 4 son medianas empresas y una es pequeña empresa; y, (vi) sí se promovió el uso de las nuevas tecnologías, pues dentro del factor de ponderación técnico se incluyó un sistema de rastreo web para efectos de la verificación de su estado.

32. Aseveró que el artículo 6 de la Resolución 3095 de 2011 establece los factores de calidad de los tiempos de entrega en materia de mensajería expresa; sin embargo y en atención al párrafo de dicha norma, los mismos se erigen como indicadores y no como reglas de estricto cumplimiento, razón por la cual “en el Proceso de Contratación se previó que los proponentes presentaran sus ofertas en las que se comprometieron a cumplir con los tiempos establecidos en el Acuerdo Marco, de forma tal que, con ello, se dio lugar a la aplicación del citado párrafo del artículo 1º (sic) del artículo 6º de la resolución aludida. Con otras palabras, la vinculación del proponente con los tiempos de entrega establecidos en el pliego de condiciones surge de la oferta presentada, lo cual, se encuentra avalado por el mismo artículo 6º de la resolución de la CRC.

33. No resulta aplicable el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece que cuando se trate de la contratación de bienes de características uniformes y de común utilización el único factor de evaluación será el menor precio ofrecido, pues el AMP no es un contrato de compraventa, suministro o prestación de bienes o servicios de características técnicas uniformes, sino un contrato que fija las condiciones para que en una operación posterior las entidades compradoras adquieran esos bienes o servicios. En relación con los actos demandados, precisó:

“(…) No existe entonces contradicción entre el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y el pliego de condiciones en lo que respecta a los factores de ponderación, comoquiera que el acto demandado estableció varios factores de selección en la medida en que ello encuentra respaldo en que este no busca la celebración de un contrato para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes, sino la celebración de otra clase de contratos: el Acuerdo Marco de Precios.

34. Por último, señaló que no existe violación del área de reserva del operador postal oficial, prevista en el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, por cuanto en los actos del proceso de contratación se determinó que el servicio de correo a las entidades integrantes de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial seguiría siendo prestado por el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo, como lo prevé la ley.

Audiencia inicial

35. Trabada la litis, y de conformidad con el artículo 180 del CPACA, se llevó a cabo la audiencia inicial el 13 de agosto de 2011, la cual se desarrolló sin excepciones previas por resolver o declarar, y se fijó el litigio en los siguientes términos: **“determinar si la Resolución 1065 de 2016 y el 'Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución' LP-AMP-106-2016 y sus anexos, expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra eficiente se ajustan al ordenamiento jurídico o si, por el contrario, están viciados de nulidad por violación de la ley y de los principios y normas de derecho contractual, al igual que por falsa motivación, y si vulneran las competencias del Estado en materia regulatoria de los servicios públicos y modifican las condiciones establecidas en las leyes del sector postal y el transporte terrestre.**

Audiencia de pruebas

36. La audiencia de pruebas fue celebrada el 5 de septiembre de 2011, en ésta se decretaron las documentales aportadas por la demandada -3 folios y 1 cd- y se corrió su traslado a la parte actora por un término de 5 días. Dicha audiencia fue reanudada el 3 de octubre de 2011, en la cual se puso de presente la observación hecha por el demandante quien, en el término de traslado probatorio, señaló que para el punto 11 del numeral 8 del acápite de pruebas no se allegaron 3 conceptos que tienen relación directa con el asunto, pero que los aporta para que sean tenidos en cuenta. La parte pasiva solicitó que no fueran tenidos en cuenta, pues no corresponden a conceptos anteriores a la publicación de los estudios previos; el Despacho sustanciador accedió a esta solicitud, por tratarse de pruebas nuevas aportadas por fuera de la oportunidad procesal.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

37. Colombia Compra Eficiente reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda e insistió en que los servicios del Acuerdo Marco de Distribución son estandarizables y agrupables en fichas técnicas, es decir, se adecúan a la definición de características técnicas uniformes, de que trata el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Agregó que en los actos atacados no se vislumbran razones engañosas o simuladas, pues se sustentaron en motivos de hecho y de derecho reales; además, con el AMP no se regula un sector económico, lo que busca es fijar las condiciones para la adquisición de ciertos servicios.

38. La parte demandante recalcó que los actos enjuiciados violan las competencias del Estado en materia regulatoria de los servicios públicos, al modificar las condiciones establecidas en la ley del sector postal y la ley del transporte terrestre, y reiteró las razones aducidas en la demanda.

39. Adujo que la demandada no puede, a través de un contrato, modificar las condiciones de prestación de un servicio público; además, manifestó que el “servicio de distribución” es una clasificación creada por la Agencia Nacional de Contratación, que agrupa dos sectores distintos de la economía –el de servicio postal y el de transporte- los cuales no tienen características

técnicas uniformes y de común utilización.

40. Por último, señaló que asignar puntaje técnico al sistema de rastreo web no es fomentar la implementación de nuevas tecnologías, como lo pretende hacer ver la demandada, y, por el contrario, da cabida a que se preste el servicio de mensajería sin dicha condición técnica, la cual es obligatoria en la prestación del servicio postal.

41. El Ministerio Público consideró que la Resolución 1065 de 2016 y el pliego de condiciones del proceso de contratación LP-AMP-106-2016 se ajustan al ordenamiento jurídico, toda vez que los servicios de distribución son de características técnicas uniformes, razón por la cual pueden ser adquiridos por el catálogo de proveedores que establece el AMP, el cual, aclaró, no regula tales servicios, sino que fija las condiciones para su prestación. Adujo que con el proceso de contratación no se crean oligopolios ni monopolios y, en cambio, sí se potencian los principios de celeridad, economía, eficiencia y eficacia.

42. Señaló que no existe contradicción entre el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el pliego de condiciones, comoquiera que era válida la fijación de varios factores de ponderación, en la medida que no se buscaba la celebración de un contrato para la adquisición de bienes o servicios, sino la suscripción de otra clase de negocio jurídico, el Acuerdo Marco de Precios.

43. Finalmente, indicó que efectivamente se pudo constatar que el AMP incluye servicios de mensajería expresa y no servicios de correo, a los cuales se refiere el área de reserva prevista en el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, a favor del Operador Postal Oficial.

II. CONSIDERACIONES

44. Visto lo anterior, la Sala pasa a examinar si la Resolución 1065 de 2016 y el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, ambos proferidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– se ajustan al ordenamiento jurídico, o si, como aduce el actor, se encuentran viciados de nulidad, para lo cual se propone: (i) estudiar la competencia de la Sala en función de los actos enjuiciados; (ii) analizar si es viable el control jurisdiccional de los actos debatidos; (iii) examinar los cargos formulados por el demandante contra los actos cuestionados.

Competencia de la Sala

45. El artículo 149 del CPACA consagra que le corresponde al Consejo de Estado, a través de sus Secciones, Subsecciones o Salas Especiales, conocer en única instancia de los asuntos de “nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional”. Así las cosas, comoquiera que el medio de control de nulidad simple fue instaurado contra actos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– la cual, es una entidad del orden nacional, compete al Consejo de Estado, en única instancia, decidir este proceso.

46. Igualmente, le corresponde a esta Sala decidir el asunto, por cuanto, en los términos de los artículos 13 y 17 del Acuerdo 80 de 2019 –Reglamento Interno del Consejo de Estado– le fue asignada a la Sección Tercera, a través de sus Subsecciones, la función de conocer los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre temas contractuales; además, según el artículo 125 del CPACA, es competencia de la respectiva Subsección dictar la sentencia de las controversias a su cargo.

Los Actos acusados

47. Como se ha indicado, la demanda de nulidad se dirige contra los apartes de la Resolución 1065 de 2016 y el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, que a continuación se resaltan:

47.1 Resolución 1065 de 2016: “El Acto administrativo demandado corresponde a los apartes subrayados y con negrilla por ser violatorio a las normas en que debía fundarse, así como su finalidad y sustento no

están acordes con la normatividad superior y legal:

“RESOLUCIÓN NÚMERO 1065 DE 2016

“Por la Cual se ordena la apertura de la Licitación Pública N° LP-AMP-106-2016

“La Directora General de Colombia Compra Eficiente, en uso de sus facultades legales y reglamentarias en especial las que confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 y el Decreto Ley 4170 de 2011.

“Considerando:

“Que el numeral 7 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 le señala a Colombia Compra Eficiente la función de 'Diseñar, organizar y celebrar los Acuerdos Marco de Precios y demás mecanismos de agregación de demanda' proceso que de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.2.10. del Decreto 1082 de 2015 se lleva a cabo a través de una licitación pública.

“Que los Acuerdos Marco de Precios son una herramienta que permite agregar la demanda del Estado y coordinar sus adquisiciones, pues con este instrumento se puede consolidar la información del mercado e identificar oportunidades de cooperación entre entidades, y ofrecer a los servidores públicos un proceso ágil para adquirir bienes y servicios de características técnicas y uniformes y de común utilización.

“Que Colombia Compra Eficiente con base en los Planes Anuales de Adquisiciones de las Entidades Estatales, determinó una lista de bienes y servicios para promover la celebración de Acuerdo Marco de Precios, entre los que está la adquisición de dotación escolar. (sic)

“Que Colombia Compra Eficiente publicó el 28 de junio de 2016 en el SECOP II, <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/Opportunity/Detail/Index?noticeUID=CO1.NTC.65713>: (i) el aviso de convocatoria pública; (ii) el estudio de mercado; (iii) los estudios previos; (iv) el proyecto de pliego de condiciones junto con sus formatos y anexos y (v) el proyecto de minuta del Acuerdo Marco de Precios para el proceso de Contratación LP-AMP-106-2016.

“Que los interesados en el proceso de contratación LP-AMP-106-2016 presentaron observaciones a los Documentos del proceso sobre las cuales Colombia Compra Eficiente se pronunció en escrito publicado en el SECOP II, <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/Opportunity/Detail/Index?noticeUID=CO1.NTC.65713>.

“Que de conformidad del artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, la Entidad contratante por medio de acto administrativo de carácter general, debe de forma motivada ordenar la apertura de los procesos de contratación.

“Resuelve:

“Artículo 1: Ordenar la apertura de la Licitación Pública No. LP-AMP-106-2016 con las siguientes condiciones:

“ 1. Objeto del Acuerdo Marco: El objeto del Acuerdo Marco es establecer: (a) las condiciones para los servicios de distribución al amparo del Acuerdo Marco; (b) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco; y (c) las condiciones para el pago de los Servicios de Distribución por parte de las Entidades Compradoras.

“ 2. Modalidad de selección: El proceso se realiza a través de Licitación Pública (...)”

47.2 Pliego de condiciones LP-AMP-106-2016: “De acuerdo con los pliegos de condiciones definitivos publicados con motivo de la apertura del Acuerdo Marco de Distribución, se demanda la nulidad de los siguientes apartados:

“B. Especificaciones técnicas del Servicio de Distribución

1. Segmentos

El Proponente debe presentar su Oferta en al menos uno de los siguientes tres (3) Segmentos definidos por Colombia Compra Eficiente: (i) mensajería expresa nacional; (ii) mensajería expresa internacional; y (iii) transporte de carga.

(a) Segmento 1: mensajería expresa nacional

En el Segmento 1 están los Servicios de Distribución de Objetos Postales con peso menor o igual a cinco (5) kilogramos. Los siguientes objetos están excluidos del servicio: (i) títulos valores; (ii) dinero; (iii) alimentos; (iv) explosivos; (v) líquidos inflamables; (vi) armas; (vii) sustancias prohibidas; (viii) mascotas; (ix) elementos químicos.

(b) Segmento 2: mensajería expresa internacional

En el Segmento 2 están los Servicios de Distribución de Objetos Postales hacia destinos fuera de Colombia. Los objetos excluidos del servicio son los que cuentan con prohibición de transporte de acuerdo con las disposiciones de la Unión Postal Universal –UPU– 2 o por restricciones instauradas por autoridades locales. Dentro de las prohibiciones están, entre otros objetos: (i) drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; (ii) material explosivo; (iii) monedas, billetes o cheques; (iv) joyas, piedras o metales preciosos; (v) armas; y (vi) líquidos inflamables.

(c) Segmento 3: transporte de carga nacional

En el Segmento 3 están los Servicios de Distribución de bienes con peso mayor a cinco (5) kilogramos. Los siguientes objetos están excluidos del servicio: (i) títulos valores; (ii) dinero; (iii) alimentos; (iv) explosivos; (v) líquidos inflamables; (vi) armas; (vii) sustancias prohibidas; (viii) mascotas; (ix) elementos químicos.

2. Fichas Técnicas del Servicio de Distribución

El Proveedor debe cumplir con las Fichas Técnicas del Servicio de Distribución detalladas en el Anexo 1 del presente documento.

3. Tiempos máximos de entrega

Los Proveedores del Segmento 1 y del Segmento 2 debe cumplir con los tiempos definidos por Colombia Compra Eficiente para cada zona, de acuerdo con la siguiente tabla.

Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (días hábiles)

Zona	urbana	departamental	nacional	Difícil acceso
Segmento				
1 Mensajería expresa nacional	1	2	3	6
3 transporte de carga	1	2	7	10

Fuente. Elaborado por Colombia Compra Eficiente

Los proveedores del segmento 2 deben cumplir con los tiempos máximos de entrega definidos en el Anexo 2 del presente documento.

“(…)”

VII. Criterios de evaluación de las Ofertas

Colombia Compra Eficiente evalúa en cada Segmento las Ofertas de los Proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes y los requisitos mínimos técnicos de las secciones IVB, y VI.

En la evaluación Colombia Compra Eficiente tiene en cuenta el factor económico, el factor técnico, y el apoyo a la industria nacional previsto en la Ley 816 de 2003, de acuerdo con los puntajes indicados a continuación:

Tabla 6 Puntaje por criterio de evaluación

Nº	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	70
2	Factor técnico	20
3	Puntaje para estimular la industria nacional	10
Total puntos		100

Fuente: Cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.

(...)

B. Factor Técnico

El puntaje de la Oferta técnica es el siguiente:

Tabla 7 Puntaje por factor técnico

Componente	Puntaje
Sistema de rastreo	10
Puntos de logística	10
Total	20

Fuente: Colombia Compra Eficiente.

1. Sistema de rastreo

Para el Segmento 1, el Segmento 2 y el Segmento 3, el Proponente que acredite la propiedad de un sistema de rastreo web de envíos de uso gratuito para las Entidades Compradoras, obtendrá los diez (10) puntos del puntaje técnico por sistema de rastreo. El Proponente debe acreditar la propiedad del sistema de rastreo con una copia del certificado de registro de soporte lógico expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor adscrita al Ministerio del Interior.

El Proponente que acredite el licenciamiento de un sistema de rastreo web de envíos que sea de uso gratuito para las Entidades Compradoras obtendrá cinco (5) puntos del puntaje técnico por sistema de rastreo. El Proponente debe acreditar el sistema de rastreo con una copia de la licencia de uso del software referido.

2. Puntos de logística

Para los Segmentos 1, 2 y 3 el Proponente obtendrá el puntaje de puntos de logística según el número de ciudades capitales de departamento en los que tenga puntos de atención, centros de control y/o centros de clasificación, según la Tabla 8. Colombia Compra Eficiente incluye dentro de las ciudades capitales de departamento a San Andrés.

Tabla 8 Puntaje por puntos de logística

Puntos de logística	Puntaje
2 o menos	0
3-6	3
7-10	4
11-14	5
15-18	6
19-21	7
22-25	8
26-29	9
30 o más	10

Fuente: Colombia Compra Eficiente.

En caso de un Proponente plural, al menos uno de los miembros deberá acreditar presencia en ciudades capitales de departamento con puntos de atención, centros de control y/o centros de clasificación. Adicionalmente, el Proponente plural puede acreditar este requisito con la suma de ciudades capitales de departamento en las que los integrantes cuenten con puntos de atención, centros de control y/o centros de clasificación. La suma solo será válida si son ciudades capitales de departamento diferentes.

En los Segmentos 1, 2 y 3, el Proponente debe diligenciar el Formato 5 elaborado por Colombia Compra Eficiente. Para los

puntos de logística no registrados en el certificado de existencia y representación legal, debe adjuntar el certificado de tradición y libertad o el contrato de arrendamiento para cada uno de los puntos relacionados en el Formato 5.

El Proponente que presente contratos de arrendamiento con extensión automática deberá adjuntar un documento adicional donde conste que este cuenta con una vigencia de dos (2) meses adicionales de vigencia al momento del cierre del Proceso de Contratación ...”.

Actos precontractuales pasibles de control judicial

48. En el presente asunto, el actor debate unos apartes de la Resolución 1065 de 2016 y del pliego de condiciones de la licitación pública LP-AMP-106-2016, razón por la cual resulta forzoso analizar, en primer término, si tales actos son susceptibles de control judicial, conforme a las previsiones legales en la materia.

49. Tratándose de actuaciones administrativas contractuales, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece que a éstas son aplicables las normas que rigen los procedimientos y actuaciones administrativas, siempre que sean compatibles con la finalidad y principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

50. Así, al acudir a los preceptos de la Ley 1437 de 2011, es posible distinguir entre actos definitivos y actos de trámite, siendo los primeros aquellos que “deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o ha[cen] imposible continuar la actuación”^{UB>}

; y los de trámite, en general, entendidos como aquellos que corresponden a actuaciones que son necesarias en la construcción y formación del acto definitivo.

Al interior de esta regla, se advierte la posibilidad de que un acto de trámite pueda tornarse en definitivo –y, por ende, deba dársele tratamiento de tal– situación que ocurre cuando en éste concurra o se inserte una determinación, directa o indirecta, relativa al fondo del asunto que haga imposible continuar la actuación.

51. Esta distinción conduce a determinar, a su turno, la procedencia o improcedencia del control judicial de dichos actos, en la medida que, conforme a los artículos 74 y 75 del CPACA, sólo los de carácter definitivo pueden ser escrutados por los medios de control dispuestos en la ley, pues en ellos se expresa de manera cierta la manifestación de voluntad de la administración susceptible de enjuiciamiento.

Contrario sensu, se excluyen de control judicial los actos que adolecen de carácter definitorio frente a la actuación, pues, aunque éstos traen elementos necesarios para la conformación de la decisión, individualmente no expresan un acto completo y final, y “simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo.

52. En lo que atañe al control jurisdiccional de los actos acá enjuiciados, en específico del acto de apertura del proceso de selección, esta Corporación ha tenido oportunidad de señalar que, en principio, dicho acto es preparatorio o de trámite en la medida que imprime impulso a la actuación que debe adelantarse para poder llegar a la etapa conclusiva de la decisión. Al respecto se ha afirmado lo siguiente:

“Respecto de la legalidad o no del acto de apertura de una licitación, es indispensable recordar la jurisprudencia de la Sección Tercera al sostener que en principio, por tratarse de un acto administrativo de trámite, no sería objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa (Artículo 49 e inciso final del artículo 50 del C. C. A). Sin embargo, en algunas ocasiones será posible su revisión, cuando contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que pueden afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal (resaltado del texto original).

53. A su vez, respecto de la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad del acto que contiene el pliego de condiciones, segundo acto enjuiciado, se ha dicho:

“13. Desde esa perspectiva, en materia de actos previos al contrato estatal se identifican como actos de carácter definitivo y por lo tanto, susceptibles de control jurisdiccional: el de adjudicación del contrato –parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993–, el que declara desierta la licitación pública, el que hace efectiva la póliza constituida para garantizar la seriedad de la oferta –numeral 12 del artículo 30 ejusdem–, el que adopta el pliego de condiciones, entre otros. Estos actos comparten la característica de ser definitivos porque

contienen un pronunciamiento que decide directa o indirectamente la selección del contratista.

“13.1. En contraposición, la gran mayoría de actos expedidos en etapa de selección son preparatorios, solo se ocupan en dar impulso al procedimiento precontractual, no ponen fin a la actuación, ni definen de fondo algún aspecto. Este grupo está principalmente compuesto por comunicaciones y decisiones de la administración que fijan fechas, cronogramas, lugares, medios y en general todos los aspectos que permitan recibir y brindar la información necesaria para escoger a un contratista, así como, por aquellas dictadas para adelantar en orden las etapas previstas para cada tipología de proceso de selección. Estos actos no son demandables, a no ser que bajo su apariencia se encubra una verdadera decisión definitiva (se subraya).

54. Pues bien, el acto de apertura de la licitación pública LP-AMP-106-2016 se concretó con la Resolución 1065 de 201 -acá demandada-. En este acto, la Directora General de Colombia Compra Eficiente ordenó la apertura de la referida licitación pública, cuyo objeto era crear el acuerdo marco para establecer las condiciones para la prestación de los servicios de distribución y la forma como las entidades compradoras se vincularían a éste. Indicó que el proceso se realizaría a través de licitación pública, señalando el cronograma, y convocó a diferentes asociaciones ciudadanas, gremiales, profesionales y universidades para que realizaran control social al proceso de selección, e igualmente ordenó dar publicidad a dicho acto. A partir de allí, se daría curso a todas las etapas del proceso de selección, entre otras, se recibirían observaciones que podían o no acogerse por la entidad licitante y generar modificaciones y/o adendas a dicha licitación, hasta culminar la actuación administrativa contractual.

55. De este modo, encuentra la Sala que la referida resolución de apertura no se enmarca en la excepción expuesta en la jurisprudencia de la Corporación para su control judicial, sino que, por el contrario, se ratifica su carácter de acto preparatorio de la actuación administrativa emitido con la finalidad de avanzar en un proceso de selección para la creación de un acuerdo marco. Así las cosas, como en este acto (i) no se expresa una decisión de fondo que clausure o afecte el proceso de selección; (ii) no se advierte que con su expedición se haga imposible avanzar en el trámite precontractual pues se trata de una resolución que se circunscribe a dar inicio a la licitación; y, (iii) tampoco se evidencia que con el mismo se haya limitado o restringido la participación de oferentes o vulnerado el principio de selección objetiva o de igualdad, encuentra la Sala que estos análisis son criterio de razón suficiente para que se declare improcedente el estudio en sede jurisdiccional de este acto administrativo.

56. De otra parte, respecto al pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, hay que señalar que su tratamiento es disímil al antes arribado, pues se trata de un acto “determinado por su triple función de disciplinar tanto la escogencia del contratista, como la ejecución contractual y regir la interpretación del contrato, lo que exhibe su carácter de acto definitivo, al contener decisiones de fondo que inciden directamente en el proceso de selección y en la ejecución contractual; por ende, este acto sí es pasible de control judicial.

57. Vale precisar que aunque los actos enjuiciados en el sub examine ya surtieron los efectos jurídicos para los cuales fueron proferidos, es decir, ya agotaron su objeto, toda vez que la licitación pública en que se produjeron culminó con el perfeccionamiento del AMP CCE-441-1-AMP-2016 del 25 de octubre de 2016, suscrito entre Colombia Compra Eficiente y varios proveedores, lo cierto es que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez –la del pliego de condiciones demandado– dado que el control de legalidad no está condicionado a la

vigencia del acto, sino que se remonta al escrutinio de los elementos de origen del mismo y lo contrasta con el ordenamiento jurídico, en un examen de legalidad objetiva; así lo ha reiterado en múltiples ocasiones esta Corporación, al afirmar:

“La circunstancia de que un acto demandado haya sido notificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efectos de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento, tal como lo ha reiterado la Corporación desde la providencia del 14 de enero de 1999.

Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a estudiar los aspectos de fondo necesarios para resolver el asunto de la referencia.

Análisis de los cargos objeto de la litis

58. Comoquiera que el sub examine se refiere a una pretensión de nulidad simple de algunos apartes del pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, mediante el cual se fijaron las reglas para la contratación del Acuerdo Marco de Precios de Distribución, se torna necesario hacer algunas precisiones sobre esta figura en el ordenamiento jurídico.

59. El acuerdo marco de precios es un contrato estatal suscrito entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las entidades estatales de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en éstas.

Desde su regulación inicial, mediante el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se determinó que la adquisición o suministro de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización es una de las causales previstas para adelantar un proceso de selección abreviada, circunstancia ante la cual las entidades deben hacer uso de los procedimientos de subasta inversa, o de compra por catálogos originados en la celebración de acuerdos marcos de precios, o de procedimientos para la adquisición de bolsas de productos.

60. Este contrato fue regulado mediante Decreto 1510 de 2013, en sus artículos 3, 46, 47, 48 y 49. Luego, en el Decreto 1082 de 2011 -Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional- se incluyeron tales previsiones en el capítulo 2, sección 2, en lo referente al mecanismo de selección abreviada, siendo obligatoria su utilización para las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, lo cual no obsta para que las entidades territoriales, los organismos autónomos y los demás entes de las ramas legislativa y judicial los apliquen, puesto que están facultados para utilizarlos.

61. Bajo este marco legal, a Colombia Compra Eficiente

le corresponde realizar de forma periódica los procesos de contratación necesarios para suscribir los AMP, en los cuales debe determinar, entre otros, a) el mecanismo de evaluación de las obligaciones a cargo de compradores y proveedores; b) el proceder respecto al incumplimiento en una orden de compra; y, c) los reclamos en relación con la calidad y oportunidad en la prestación de los bienes o servicios.

62. Con la suscripción de los AMP se centraliza el poder de negociación de las necesidades estatales en un solo organismo, a través del establecimiento de condiciones uniformes, lo que conduce a que posteriormente las entidades que contratan de esta manera, realicen las órdenes de compra en atención a los lineamientos previamente acordados, con la finalidad de imprimir celeridad y eficiencia a la contratación estatal, y reducir los costos transaccionales al evitar la realización de procesos de selección individuales para el suministro y adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización; todo lo cual propende por el mejoramiento del ejercicio de la función administrativa, como lo ha precisado esta Corporación:

“Así se puede verificar, por ejemplo, en la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional con el proyecto de ley No. 20 de 2005 (que a la postre dio lugar a la Ley 1150 de 2007), donde se lee:

‘En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales. la utilización de mecanismos de contratación que permitan el

aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos para 'extraer valor' el proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos) y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.

'(...)

'A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto. En ese sentido, el proyecto introduce muy significativas modificaciones, las que podrían resumirse de la siguiente manera:

(...)

'- Se crea la llamada 'selección abreviada', para permitir la existencia de procedimientos de selección que, basados estrictamente en los principios cardinales de la contratación pública, permitan de manera ágil la adopción de decisiones de selección. En el sentido antedicho, las innovaciones del proceso de selección abreviada empiezan por una medida trascendental, para llevar a sólo horas los contratos referidos a la adquisición bienes de 'características técnicas uniformes y de común utilización', que según cálculos del Departamento Nacional de Planeación, corresponden a más del 80% en número de contratos. De esta forma, en la medida en la cual se trate de adquirir un objeto cuyas características técnicas puedan reducirse a unas comunes a su funcionalidad y calidad, tal proceso debe realizarse únicamente en función del precio del bien, una vez se han verificado las condiciones de capacidad de los proponentes para cumplir con el contrato ('pasa, no pasa'). Allá en donde tal aproximación conceptual se ha llevado a la práctica en otras legislaciones, la contratación pública ha concentrado su estrategia de aprovisionamiento en la elaboración de catálogos a cargo del gobierno, en donde tales bienes son descritos de manera neutra, permitiendo la simplificación y extraordinaria brevedad de la contratación de una gran cantidad de objetos contractuales de aprovisionamiento'. Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado. Gaceta del Congreso No. 458 de 1º de agosto de 2005.

"Del mismo modo, en la Ponencia para 2º debate en la Cámara de Representantes al proyecto de ley No. 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, se lee lo siguiente en cuanto a los Acuerdos Marco de Precios:

'En cuanto a la adquisición de estos bienes muebles con características uniformes, se introducen nuevos mecanismos para su adquisición como las subastas, la construcción de catálogos y la utilización de los denominados ACUERDOS MARCO DE PRECIOS, traído de otras Legislaciones y que se utiliza para la contratación directa de bienes y servicios de características uniformes, a través de un catálogo en el que previamente a la realización de un proceso de selección del proveedor, se establecen condiciones, calidades y precios durante un periodo de tiempo determinado, dando la posibilidad de que las entidades estatales que requieran tales servicios lo hagan mediante órdenes de compra directa.

'Tales acuerdos se utilizarán únicamente para la adquisición de bienes de características uniformes (sillas, papelería y, en general, suministros) con lo cual se garantiza la UNIFICACION DE PRECIOS de tales bienes para todas las Entidades y la facilidad de entregas parciales mediante el suministro periódico sin incrementos de precios, además de agilizar los procedimientos.

'Mediante este sistema el PROVEEDOR o PROVEEDORES se seleccionarán a través de un proceso de selección, fijando las condiciones de calidad, plazo y precio de los bienes y servicios. Y una vez realizada esta selección las entidades podrán adquirir con dicho proveedor los bienes mediante compra directa y sin necesidad de procedimiento especial alguno'. Ponencia para 2º debate. Gaceta del Congreso No. 96 de 27 de marzo de 2007.

63. Igualmente, de la suscripción del respectivo AMP surge la obligación de incorporar las cláusulas pactadas en los futuros negocios jurídicos que vayan a celebrar los proveedores seleccionados con las entidades compradoras, lo que denota que el mismo, en un primer momento, no produce erogación alguna a cargo de Colombia Compra Eficiente, sino solamente a las entidades obligadas a su aplicación, toda vez que éstas sí deben pagar los bienes o servicios que adquieran, en atención a sus necesidades y a las condiciones previamente concertadas entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores parte del AMP.

64. Como los AMP suponen la conformación de un catálogo cerrado de proveedores para suministrar bienes y servicios a las entidades del Estado durante un término específico, ello implica, por supuesto, que para la escogencia de tales proveedores se estructuren de manera adecuada los procesos de contratación, en aras de garantizar la participación del mayor número de oferentes posibles a fin de impedir el cierre del mercado a cierto grupo de proponentes en detrimento de los principios de libre competencia económica e iniciativa privada.

65. Pues bien, esta Corporación ha resumido como características principales de los AMP las siguientes:

"5.16.- En lo que respecta al caso colombiano, es preciso destacar algunas de las siguientes características de los Acuerdos Marco de Precios: i) son un contrato, en tanto negocio jurídico que constituye, regula o extingue relaciones jurídico patrimonial, ii) son promovidos y suscritos por la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente, iii) tales acuerdos recaen sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes. iv) por

Ministerio de la Ley son de obligatoria observancia para las Entidades públicas del poder ejecutivo del orden nacional, aun cuando tales Entidades no suscribieron el Acuerdo, v) las demás entidades estatal, órganos autónomos, entidades territoriales, poderes legislativo y judicial podrán adherirse a los Acuerdos Marco, vi) el Acuerdo Marco de Precios da lugar a la suscripción de un contrato estatal el cual es de cuantía indeterminada por cuanto se desconoce el monto y precio total de bienes y/o servicios que serán transados por las Entidades públicas y los proveedores en vigencia del Conveni, vii) no implica compromiso de gasto por parte de Colombia Compra Eficiente, pues mediante la suscripción del Acuerdo Marco de Precios esa entidad no se está comprometiendo a adquirir bienes o servicios para sí; viii) luego de suscrito las Entidades públicas obligadas en virtud del Acuerdo Marco concretan la operación secundaria por medio de una orden de compra en el ámbito de la selección abreviada de que trata el numeral segundo del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y ix) da lugar a la creación de un catálogo virtual de productos y servicios a los cuales pueden acceder las Entidades públicas para concretar la operación secundaria de la contratación con arreglo a un acuerdo marco de precio

66. En el caso concreto, mediante la Resolución 1065 de 2016, Colombia Compra Eficiente dio apertura a la licitación pública LP-AMP-106-2016, la cual, de conformidad con su pliego de condiciones, tuvo por objeto establecer: (i) las condiciones para prestar los servicios de distribución, (ii) las circunstancias en las cuales las entidades compradoras se vinculan al acuerdo marco y (iii) las condiciones para el pago de los servicios de distribución.

67. Para el efecto, y en los términos de tal licitación, se entiende por servicios de distribución la movilización de un bien u objeto de un punto de origen a un punto de destino, mediante los servicios de mensajería expresa o de transporte de carga; y, por proveedor, al proponente que ha sido seleccionado dentro de la licitación pública y que suscribe el acuerdo marco con la Agencia Nacional de Contratación Pública.

68. En el numeral XIV del pliego de condiciones, se definió que el acuerdo marco está compuesto por dos operaciones, la principal y la secundaria; la primera referida al establecimiento de los términos y condiciones de la relación entre los proveedores y Colombia Compra Eficiente y entre los proveedores y las entidades compradoras –estas últimas hacen parte del acuerdo a partir de la colocación de la orden de compra–. Por su parte, la operación secundaria se refirió a la relación directa entre la entidad compradora y los proveedores para la adquisición o suministro de los bienes y servicios objeto del contrato, dentro de la cual la entidad “verifica que el Acuerdo Marco satisface su necesidad, solicita una Cotización a los Proveedores, selecciona al Proveedor que cotiza Servicio de Distribución con el menor precio, diligencia el formato de estudios previos, coloca la Orden de Compra, verifica la entrega y paga el valor correspondiente.

Precisado lo anterior, pasa la Sala a examinar cada uno de los asuntos puestos a consideración, de conformidad con lo expuesto en el libelo introductorio y la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, así:

- Falsa motivación y violación de las competencias del Estado en materia regulatoria de servicios públicos

69. La parte demandante afirma que Colombia Compra Eficiente modificó las condiciones establecidas en la ley del sector postal y en la ley de transporte terrestre, al afectar e intervenir las condiciones de regulación de dichos servicios públicos, comoquiera que mediante el AMP se estandarizaba el servicio, desconociendo así su regulación especial y modificando las condiciones técnicas fijadas por las entidades competentes; además, señaló que el servicio de que trata el AMP no puede ser catalogado como de características técnicas uniformes y de común utilización, por ostentar distintos atributos técnicos y niveles de calidad.

70. Pues bien, como se dijo párrafos atrás, el pliego de condiciones en estudio tiene por objeto el establecimiento de las condiciones para la prestación de los servicios de distribución, los cuales, según la definición de ese mismo documento, se realizan mediante los servicios de mensajería expres –segmentos 1 y 2 del pliego de condiciones- o de transporte de carga –segmento 3-, respecto de los cuales se torna necesario realizar algunos comentarios:

El servicio postal en Colombia está regulado en la Ley 1369 de 2009, en cuyo artículo 1° se establece que éste corresponde a un servicio público sometido a la regulación, vigilancia y control del Estado. A su vez, consagra que el mismo consiste en la ejecución de 4 actividades concurrentes: “recepción, clasificación, transporte y entrega” del objeto postal –bien con destinatario que debe ser transportado por el operador de servicios postales, entre los cuales se encuentran las cartas, postales, telegramas, recibos, impresos, cecograma, muestras de mercaderías y pequeños paquetes–, mediante el uso de las redes postale desde y hacia el interior del país y el exterior; además, son servicios postales, según el artículo 3 de la referida ley, los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa.

En este punto, bien vale precisar que (i) los servicios de correo se refieren a los prestados por el Operador Postal Oficial, los cuales corresponden a envíos de correspondencia, encomiendas y correo telegráfico; (ii) los servicios postales de pago se relacionan, como su nombre lo indica, con servicios de pago pero a través de la infraestructura postal, entre los cuales se hallan los giros nacionales e internacionales; v. (iii) la mensajería expresa, es un servicio urgente que exige la aplicación y adopción de

características especiales para la recepción, recolección, clasificación, transporte y entrega de objetos postales de hasta de 5 kilogramo.

71. Ahora, sobre la caracterización del servicio postal como servicio público y su relación con la garantía de varios derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado:

“El servicio postal se encuentra íntimamente ligado a la efectividad de varios derechos humanos y ello le confiere una naturaleza muy especial. Como garantía de ejercicio de dos derechos humanos centrales para el ejercicio de una vida digna y el desarrollo libre de las ideas y pensamientos, como lo son el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, los servicios postales han venido a concretar la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, la cual se busca proteger aún en tiempos de crisis o de eventos fortuitos.

“Es cierto que el servicio postal involucra un servicio de transporte, pero no se agota en él. Se presta con carácter general a toda persona independientemente de su condición personal o social. Es una actividad que responde claramente a un interés general, que como tal ha merecido siempre una forma de regulación especial. Dada su especial relevancia social, no siempre ha sido prestado como un monopolio estatal, pero sí ha implicado consistentemente un servicio prestado por el Estado directamente o autorizado por éste para su prestación por particulares. En su regulación ha sido relevante tanto el objeto transportado y el medio utilizado para asegurar el pago por su utilización.

“(…)

“Sólo hasta el año de 2009 vuelve a expedirse una legislación integral sobre los servicios postales, precisamente la incluida en la Ley 1369 aquí parcialmente demandada. En esta Ley 1369 de 2009 se reitera la categorización de los servicios postales como un servicio público, sujeto a los principios de calidad, eficiencia y universalidad definidos en el artículo 365 de la Constitución Política, así como el monopolio estatal sobre los mismos, y la prestación con el concurso de los particulares, previa habilitación. Como servicios postales se definen las actividades de 'recepción, clasificación, transporte y entrega de objetos postales' dentro y fuera del país, entre las cuales se indican los servicios de correo, los servicios postales de pago y los servicios de mensajería expresa (numeral 2)

72. Respecto del transporte de carga –segmento 3 del pliego de condiciones-, se observa que fueron expedidas las Leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, que fijaron el régimen jurídico del transporte público, catalogándolo como un servicio público de carácter esencia

, por cuya virtud se procura el bienestar y desarrollo social de la Nación, a la vez que se garantizan los derechos a la libertad de movimiento y circulación de sus asociados.

En atención a estas especiales condiciones, la Ley 105 de 1993 establece y reconoce, entre otros aspectos, que la intervención del Estado en materia de transporte es fundamental, pues por esta vía se protege a los usuarios y se procura una prestación del servicio en condiciones óptimas de seguridad, comodidad y accesibilidad, lo que explica y justifica, a su turno, las facultades de la Administración de planear, controlar, vigilar y regular el servicio.

73. A su turno, el Decreto 173 de 2001, reglamentario del servicio público de transporte terrestre automotor de carga, determina que este último es el destinado a la movilización de cosas de un lugar a otro, por medio de vehículos automotores y bajo la responsabilidad de una empresa de transporte debidamente habilitada, actividad que se debe regir, destaca la norma, por los principios de libre competencia e iniciativa privada, pues a ésta solo le son aplicables las restricciones establecidas en la ley y en los tratados internacionales.

74. De ese modo y dado que los 3 segmentos que componen el pliego de condiciones, a saber, mensajería expresa nacional e internacional y transporte de carga, constituyen servicios públicos, se pone de presente el mandato constitucional, consagrado en el artículo 334 de la Carta Política, que determina que dichos servicios están sujetos a la intervención del Estado, bajo la fórmula magistral cuyo tenor enuncia: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en (...) los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (...)”.

75. Concordante con lo anterior, tratándose de los servicios públicos, la Constitución Política le confirió al Congreso de la República, en los artículos 150, numeral 2 , y 36

, la función de regular de manera particular su prestación, con el propósito de garantizar que la misma se desarrolle de forma

permanente, adecuada, eficiente y continua, entre otras calidades y principios que informan esta actividad.

76. En desarrollo de los anteriores imperativos, el legislador profirió las leyes 105, 336 y 1369, antes enunciadas, en las cuales se fijó como autoridades competentes para la regulación de los servicios que conforman los segmentos del pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, a los siguientes organismos:

(i) Al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, encargado, entre otros, a) del establecimiento de las políticas públicas en materia de servicios postales, b) la inspección, vigilancia y control de todos los operadores postales, excepto lo relacionado con la protección de la competencia, del consumidor y el lavado de activos, c) la organización y reglamentación del registro de operadores postales y d) ser el contratante del Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo –artículo 18 de la Ley 1369 de 2009-.

(ii) A la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-, a quien le corresponde la labor de regular el mercado postal, con el propósito de promover la libre competencia, mediante la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas de la competencia, la expedición del régimen de tarifas y de protección al usuario, los parámetros de calidad de los servicios, criterios de eficiencia y métodos de solución de controversias entre operadores, así como la determinación de los índices de calidad, cobertura y eficiencia de los servicios postales distintos al servicio postal universal y la regulación del modelo único para las pruebas de entrega, con los motivos de devolución de acuerdo con normas internacionales. –artículos 19 y 20 de la Ley 1369 de 2009-

Respecto de la expedición del régimen tarifario, el artículo 11 de la mencionada Ley 1369 de 2009, previo a su derogatoria mediante la Ley 1978 de 2019, prescribía que la CRC es la entidad competente para regular tal régimen y los niveles de calidad de los servicios postales distintos a aquellos pertenecientes al servicio postal universal

—

, regla que debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 12 de esa misma ley que establece que los operadores de servicios postales, distintos al servicio postal universal, pueden fijar libremente sus tarifas y la CRC solo puede regular estas últimas “cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos”.

(iii) Al Ministerio de Transporte, organismo al que le compete, según el artículo 8 del Decreto 173 de 2001, la regulación del servicio de transporte terrestre automotor de carga y a la Superintendencia de Puertos y Transporte –hoy Superintendencia de Transporte– a la cual le fue asignada la función de inspección, vigilancia y control de dicho servicio -artículo 9 de ese mismo decreto-.

77. Ahora, como cargo específico relacionado con el desconocimiento de la regulación particular del servicio de mensajería expresa, cuya contratación se pretende a través del AMP sobre servicios de distribución, el demandante aseveró que Colombia Compra Eficiente desconoció los tiempos de entrega fijados para tal servicio en el artículo 6 de la Resolución 3095 de 2011, expedida por la CRC, toda vez que el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016 “amplia (sic) los tiempos de entrega en el ámbito nacional a 3 días frente a las 48 horas de la CRC y señala dos nuevas clasificaciones de destinos, el departamental con 2 días y difícil acceso con 6 días, este último que en ningún caso puede darse como un servicio urgente ni con rapidez en su entrega.

78. Pues bien, como se plasmó en las consideraciones de la Resolución 3095 de 2011, la CRC expidió esta última en aplicación de la función que le fue conferida a través de la Ley 1369 de 2009, de fijar los indicadores y metas de calidad y eficiencia de los servicios postales de mensajería expresa, distintos al servicio postal universal; para el efecto, entre otros aspectos, reguló, en su artículo 6, los tiempos de entrega para el servicio de mensajería expresa –elemento esencial para establecer la eficiencia en la prestación del servicio–, en los términos que a continuación se transcriben:

“ARTÍCULO 6o. TIEMPO DE ENTREGA PARA EL SERVICIO DE MENSAJERÍA EXPRESA. <Artículo compilado en el artículo 5.4.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 2.2.13.3.5 del Decreto 1078 de 2011 > El tiempo de entrega (D+n) definido en el numeral 2.10 del artículo 2 de la presente resolución se discrimina por cada uno de los ámbitos local, nacional e internacional saliente. Los objetos postales que sean impuestos en horas en las que el operador no tenga disponibilidad para la distribución de los mismos, se tendrán como admitidos a la primera hora del siguiente horario de atención al usuario previsto por el operador. De igual manera, los objetos que sean admitidos con posterioridad a la última hora prevista para la recolección en una determinada oficina o punto de atención del operador postal, se tendrán como impuestos a la primera hora del siguiente horario de atención al usuario previsto por el operador.

“Las metas en cuanto al porcentaje mínimo de objetos entregados en el tiempo de entrega para los envíos individuales, se establecen a continuación para el período 2012-2014, discriminados por

cada uno de los ámbitos local, nacional e internacional saliente, así:

Ámbito	Indicador/ Meta
Local	D+24 hrs.
Nacional	D+48 hrs.
Internacional saliente	D+96 hrs.

“PARÁGRAFO 1o. Los parámetros de calidad establecidos en el cuadro anterior son metas de calidad promedio para el total de los envíos. Podrán existir casos en los cuales el tiempo de entrega de los envíos supere o sea inferior a los tiempos establecidos en las metas de calidad. Sin embargo, el promedio para el total de las entregas se debe ajustar a los porcentajes de cumplimiento establecidos. En todo caso, el operador postal de Mensajería Expresa estará en la obligación de cumplir con los tiempos de entrega estipulados en sus ofertas comerciales a los usuarios.

“PARÁGRAFO 2o. Los tiempos de entrega aplican independientemente del punto pactado o acordado para la entrega del objeto postal al usuario destinatario ...”.

79. Sobre el particular, Colombia Compra Eficiente incluyó, en el pliego de condiciones –aportado al momento de la presentación de la demanda-, como tiempos máximos de entrega para la mensajería expresa nacional los siguientes:

Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (días hábiles)

Zona	Urbana	Departamental	Nacional	Difícil acceso
Segmento				
1 Mensajería expresa nacional	1	2	3	6
3 Transporte de carga	1	2	7	10

Luego, en el pliego de condiciones que incorpora la Adenda se establecieron los tiempos acabados de enunciar en horas, así:

Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (horas)

Zona	Urbana	Departamental	Nacional	Difícil acceso
Segmento				
1 Mensajería expresa nacional	24	48	72	144
3 Transporte de carga	24	48	168	240

80. Visto lo anterior, es claro que los tiempos fijados en el pliego de condiciones superan los previstos en la resolución atrás citada, pues si bien mantiene el plazo de 24 horas para la entrega de mensajería expresa local y/o urbana, lo cierto es que modifica e incluso crea nuevos períodos de entrega, en contravía de lo dispuesto por la CRC, por cuanto: (i) crea las zonas “departamental” y de “difícil acceso”, (ii) aunque mantiene la franja “nacional” le señala el término máximo de distribución de 72 horas, el cual supera ampliamente el plazo de 48 horas previsto para este ámbito en la Resolución 3095 de 2011 y (iii) establece como tiempos de entrega para las nuevas categorías, antes reseñadas, 48 y 144 horas, respectivamente, sin advertir, a partir de la apreciación de dicho documento -el pliego de condiciones- la justificación en la creación de esas dos nuevas clasificaciones y el sustento de los tiempos allí indicados.

81. Por su parte, la entidad demandada manifestó que la diferencia en los tiempos acabados de enunciar obedece a la facultad que le otorga el parágrafo 1 del artículo transcrito y no al desconocimiento del papel regulador de la CRC, puesto que el mencionado

parágrafo prevé que “en todo caso, el operador postal de Mensajería Expresa estará en la obligación de cumplir con los tiempos de entrega estipulados en sus ofertas comerciales a los usuarios”, lo cual denota, en su criterio, que los tiempos señalados en el mencionado artículo 6 “se erigen como indicadores para la adecuada prestación del servicio, que no como reglas para observar de forma indefectible ... si la CRC señala que de todas maneras los operadores deben ceñirse a los tiempos de entrega de sus ofertas, que bien pueden ser más o menos amplios que los indicados en la Resolución 3095 de 2011, ¿cómo puede decirse que existe una violación del mencionado acto regulatorio, cuando se establecen tiempos de entrega diferentes a los de los indicadores?.

82. Sin embargo, la Sala no comparte el criterio esbozado por Colombia Compra Eficiente, toda vez que el mismo se circunscribe a una interpretación que no se acompasa a la integralidad de la resolución, ni a las previsiones expresas del propio artículo 6, por cuanto el propósito del referido acto administrativo se enmarca en el establecimiento de los niveles de calidad del servicio de mensajería expresa, aspecto en el que resulta forzoso evaluar los tiempos de entrega de dicho servicio, el cual, además, constituye uno de los elementos objeto de regulación a cargo de la CRC, en garantía de la continua, permanente y eficiente prestación de ese servicio público.

83. Igualmente, de la lectura completa del transcrito artículo 6 no es viable entender la expresión “en todo caso” como un permiso para el establecimiento de plazos superiores a los consagrados por la CRC, siempre que se plasmen en la oferta comercial hecha por cada empresa, pues ello implicaría desconocer toda la tarea regulatoria y los límites consagrados por la entidad competente para la presta y adecuada entrega de los bienes objeto de la mensajería; la mencionada locución adverbial, se concibe entonces como la aquiescencia a favor de los operadores postales, para la prestación de sus servicios en plazos distintos a los previstos por la CRC solo si estos últimos son menores a los determinados por esa autoridad, escenario en el cual la empresa tiene la obligación de cumplir su oferta comercial, en los términos que expresamente señaló.

Por consiguiente, el aparte del pliego de condiciones LP-AMP-106-2016 que versa sobre los tiempos máximos de entrega será declarado nulo, esto es, el numeral 3 del acápite IV del mencionado acto, dado que desconoce los límites máximos fijados por la CRC para el servicio de mensajería expresa.

84. De otra parte, respecto del reparo esgrimido por el actor, en virtud del cual afirmó que los servicios catalogados como de distribución no pueden ser contratados a través de un AMP, ya que no ostentan características técnicas uniformes y de común utilización, se torna forzoso traer de presente los elementos de estos últimos y de los servicios de que trata el sub-lite, en aras de precisar si se comparte o no el citado cuestionamiento.

85. El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 definió los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización como “aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”; este concepto fue incorporado en el Decreto 1082 de 2017, artículo 2.2.1.1.1.3.1., al señalar que se trata de bienes y servicios “con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición”.

En esa medida, la calificación de un bien o servicio como de características técnicas uniformes no depende del nivel de complejidad del mismo, sino del hecho de que sus elementos constitutivos puedan ser agrupados y descritos de forma homogénea o similar, con el fin de congregar todos los bienes o servicios que ostenten dichas especificaciones.

86. Pues bien, tratándose del servicio de mensajería expresa, el artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 determinó que éste debe contar con mínimo las siguientes características:

“a) Registro individual. Todo servicio de mensajería expresa debe tener un número de identificación individual que cumpla las veces de admisión o guía.

“b) Recolección a domicilio. A solicitud del cliente.

“c) Curso del envío: Todo envío de mensajería expresa debe cursar, con una copia del recibo de admisión adherido al envío.

“d) Tiempo de entrega. El servicio de mensajería expresa se caracteriza por la rapidez en la entrega.

“e) Prueba de entrega: Es la constancia de la fecha, hora de entrega e identificación de quien recibe.

“f) Rastreo. Es la posibilidad de hacer un seguimiento al curso del envío desde la recepción hasta la entrega”.

87. A su turno, mediante la Resolución 5050 de 2016, compilatoria de los actos administrativos de carácter general vigentes expedidos por la CRC, se desarrollan, in extenso, los componentes esenciales acabados de enunciar, entre los cuales y a título de ilustración, se encuentran: (i) la regulación del tiempo de entrega de mensajería expresa –artículo 5.4.3.1., y artículo 6 Resolución 3095 de 2011 de la CRC-; (ii) los porcentajes de confiabilidad a alcanzar para dicho servicio –artículo 5.4.3.2-; (iii) el contenido

de la guía para los envíos individuales, en el cual se debe observar al menos los datos del remitente y el destinatario, código postal de entrega del objeto postal, descripción del contenido del envío, fecha y hora de admisión del objeto, peso real, valor declarado del objeto postal, valor asegurado, identificador único de envío, mecanismo para el rastreo del envío, datos del operador postal, información para el rastreo y fecha programada para la entrega al usuario destinatario –artículo 5.4.3.3., artículo 8 Resolución 3095 de 2011 de la CRC-; (iv) la prueba, en medio electrónico o físico, que los operadores de mensajería expresa deben diligenciar al momento de entregar el objeto postal y su contenido mínimo –artículo 5.4.3.5., artículo 10 Resolución 3095 de 2011 de la CRC-; (v) la guía para el envío de objetos masivos vía mensajería expresa; y (vi) el sistema de rastreo electrónico que permita la lectura del código de barras o una tecnología equivalente, en el que se consignen los siguientes eventos: admisión en el punto de domicilio del usuario remitente, salida del punto de recepción, realización de trámites aduaneros para envíos internacionales salientes, llegada a la oficina de distribución, intentos fallidos de entrega y entrega final al usuario destinatario.

88. En relación con el transporte, la demandada, en el estudio de mercado del AMP –visible en el cd de pruebas aportado al expediente- puso de presente la exclusión del transporte de alimentos, combustibles, líquidos, materiales de construcción y personas, toda vez que éstos corresponden a especificaciones distintas a las del transporte de carga.

También señaló que el servicio de transporte de carga de que trata el pliego de condiciones se refiere a la movilización de bienes con peso superior a 5kgs y dimensiones variables, según la capacidad de la empresa transportadora. “Adicionalmente algunas empresas transportadoras manejan diferentes límites dimensionales de acuerdo a las características de la entrega. Así, algunas compañías reciben bienes con largo máximo de cuatro (4) metros, altura máxima de 1,8 metros y peso inferior a 150 kilogramos cuando la entrega es puerta a puerta ... [e]n el mercado de transporte de carga algunas empresas se dedican únicamente a transportar los bienes de un punto geográfico a otro. Otras empresas, ofrecen servicios adicionales al transporte de tales como el alistamiento, el embalaje, el almacenamiento o el análisis de operaciones. Por lo general, las empresas de logística son las que ofrecen estos servicios adicionales.

89. En este orden de ideas, se trata de servicios cuyos patrones y particularidades de prestación pueden ser reunidos para la fijación de las condiciones para su contratación en un AMP, pues si bien la normativa puntualiza y detalla algunos de los elementos mínimos que se deben observar para su adecuada prestación –en referencia a la mensajería expresa-, lo cierto es que esa precisión permite dilucidar los aspectos esenciales que se deben verificar, por lo que es evidente que tal limitación determina la existencia de características comunes y uniformes predicables y exigibles a éstos.

La Sala recalca que el hecho que exista una especificación detallada de los elementos esenciales a identificar en la mensajería expresa, no la convierte en una actividad de compleja definición, sino que, por el contrario, permite enmarcar de una forma más sencilla los niveles de calidad y eficiencia a los que ésta se halla sometida, lo cual facilita a la autoridad competente el establecimiento de pautas generales para su control y, como ocurre en este caso, para su contratación.

90. Situación similar ocurre respecto del transporte de carga, en donde su esencia está circunscrita a la ejecución de un objeto equiparable e igual, esto es, la movilización de bienes con peso superior a 5 kgs, y en la que, además, existe mayor libertad de configuración de las condiciones contractuales a cargo de las partes, lo que da cabida a que las empresas transportadoras acojan o no los lineamientos que para el efecto se establezcan en el AMP y, por ende, presten el servicio en las condiciones similares y uniformes que allí se consagren.

91. En esa medida no se configuró una falsa motivación por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública, vicio que se presenta “cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación, puesto que la realidad vigente en el marco regulatorio y en el objeto de los servicios denominados de distribución llevados a nivel contractual, demuestran que los mismos pueden ser enmarcados como aquellos de características técnicas uniformes y de común utilización, situación que faculta a la referida Agencia a adelantar el respectivo AMP, acá estudiado, en aras de establecer las condiciones requeridas para su contratación.

- Desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos: infracción del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007

92. La parte actora aduce que el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016, al consagrar 3 criterios de evaluación, a saber, económico, técnico y de apoyo a la industria nacional, desconoció el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece que cuando la selección verse sobre servicios de características técnicas uniformes el único criterio a evaluar es el menor precio.

93. Al examinar el contenido del pliego de condiciones sobre este aspecto, se observa que, en efecto, para la evaluación Colombia Compra Eficiente tiene en cuenta los factores: técnico, económico y el apoyo a la industria nacional, con los siguientes puntajes:

Tabla 6 Puntaje por criterio de evaluación

Nº	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	70
2	Factor técnico	20
3	Puntaje para estimular la industria nacional	10
Total puntos		100

En donde el puntaje total del factor económico de la oferta es la suma del puntaje relativo de todas las combinaciones del segmento en el cual el proponente presenta su oferta –en atención a la fórmula de calificación descrita en el pliego de condiciones- y los puntajes por el factor técnico y de apoyo a la industria nacional, que están compuestos de la siguiente manera:

Tabla 7 Puntaje por factor técnico

Componente	Puntaje
Sistema de Rastreo	10
Puntos de logística	10
Total puntos	20

Tabla 9 Puntaje para estimular la industria nacional

Criterios de evaluación	Puntaje
Servicio nacional o con trato nacional	10
Incorporación de servicios colombianos	5

Puntaje máximo para estimular a la industria nacional

10

94. Asimismo y de conformidad con la composición del acuerdo marco, ya referenciada, esto es, la operación principal determinada por la elaboración de un catálogo y la relación entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores, y la operación secundaria desarrollada entre las entidades compradoras y los proveedores, es claro que quien adquiere es la entidad estatal compradora, a través de la orden de compra, y no Colombia Compra Eficiente, la cual se limita a preestablecer un banco de proveedores y las condiciones para acceder a éstos a través de un AMP.

95. Sobre la definición de dichas operaciones, esta Colegiatura ha manifestado lo siguiente:

“5.3.- Se trata, en esencia, de un contrato marco o normativo que se desarrolla en dos etapas o momentos. Una primera, donde un organismo centralizado de compras públicas celebra, con ciertos proveedores seleccionados, un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo. Perfeccionada

esta primera etapa, adviene el segundo momento del procedimiento, que consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus las necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre el organismo centralizado y los proveedores.

“(…)

“5.5.- Es claro que los Acuerdos Marco exceden a una mera fijación de precios, como pareciere sugerirlo su denominación legal, pues por medio de este instrumento jurídico se prefijan varias de las cláusulas llamadas a gobernar los futuros negocios jurídicos de las Entidades públicas, bastándole a estas concretar dicho Acuerdo en una orden de adquisición de los bienes o servicios (se subraya).

96. Pues bien, la distinción de tales operaciones resulta en un asunto cardinal para determinar si se vulnera o no el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 200

, como ya lo ha puesto de presente esta Corporación, en los siguientes términos:

“En esa dirección, el pliego de condiciones, a través de dos operaciones, una principal y otra secundaria, busca que Colombia Compra Eficiente fije las condiciones de oferta (para todas las partes del Acuerdo Marco de Precios), seleccione proveedores y elabore un catálogo, para que después la entidad compradora adquiera los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, a través de una orden de compra.

“De lo expuesto, su objeto, en principio, no es la adquisición y suministro de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización y, por consiguiente, la exigencia legal arriba transcrita no le resulta claramente extensible; al menos, tampoco se desprende de la simple confrontación entre el acto administrativo demandado, las pruebas y la norma aducida como vulnerada.

97. En este orden de ideas y como la finalidad de la operación principal no es la adquisición o suministro de los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sino la fijación de las condiciones para la escogencia de los proveedores encargados de brindar dichos bienes y servicios, resulta adecuado y coherente que para la selección de tales proveedores se incluyan factores distintos al precio, en aras de garantizar la calidad y los requerimientos necesarios para su correcta prestación, para que luego, en la operación secundaria, la entidad compradora sí aplique como único criterio el menor precio, respecto del catálogo que, previamente, la Agencia de Contratación Pública ya ha decantado en la primera etapa.

Lo anterior, guarda coherencia con la regulación que al respecto se estableció en el numeral XIV del pliego de condiciones, antes mencionado, en donde se señaló que una vez la entidad verifique la necesidad en la contratación, le corresponde solicitar la cotización a los proveedores incluidos en el AMP y seleccionar “al Proveedor que cotiza Servicio de Distribución con el menor precio”.

98. Así las cosas, es dable concluir que la norma que se aduce vulnerada –artículo 5 de la Ley 1150 de 2007- no requiere ser observada en la licitación pública LP-AMP-106-2016, comoquiera que el propósito fijado para dicho proceso de selección dista de la adquisición o suministro de servicios de características técnicas uniformes y de común utilización –supuesto previsto para la aplicación del mencionado artículo–, pues, se reitera, su objeto –el del proceso de contratación en estudio– es el establecimiento de las condiciones para prestar los servicios de distribución al amparo del AMP, así como la determinación del pago de tales bienes y la forma como las entidades compradoras deben vincularse a dicho Acuerdo; por consiguiente, no prospera el cargo formulado en tal sentido relacionado específicamente con el acápite “VII. Criterios de evaluación de las Ofertas” del pluricitado pliego de condiciones.

- Infracción de las normas en que debían fundarse los actos: desconocimiento del área de reserva de que trata el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009

99. Para la argumentación de este cargo, el actor no resalta un aparte en especial del pliego de condiciones como causante de la supuesta infracción; sin embargo, de su enunciación se entiende que el mismo se predica respecto de la generalidad del pliego, toda vez que versa sobre el objeto allí planteado. En efecto, la parte demandante aduce que el acto cuestionado desconoce el área de reserva prevista en el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, a favor del Operador Oficial Postal de Colombia –OPO– al permitirle a las entidades públicas del orden nacional, a través de la suscripción del respectivo AMP, contratar los servicios de distribución con empresas distintas al OPO, lo cual desequilibra la financiación de este último y obstaculiza la garantía en la prestación del servicio postal universal de que trata el artículo 3 de la Ley 1369 de 2009, al reducir ostensiblemente los ingresos del mencionado operador oficial.

100. Sobre el particular, se destaca que el área de reserva aludida, según el artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, se refiere la restricción impuesta a las entidades de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, en virtud de la cual solamente pueden contratar los servicios de correo con el operador postal oficial o concesionario de correo. el cual es una persona jurídica habilitada por el

MinTic, a través de contrato de concesión, a la que le corresponde prestar de manera exclusiva el servicio postal universal, el servicio de giros internacionales y el área de reserva; también puede prestar los servicios de mensajería expresa y servicios postales de pago, previa autorización al respecto.

101. Así las cosas y dado que, como se indicó en párrafos anteriores, el pliego de condiciones LP-AMP-106-2016 trata sobre 3 segmentos definidos, a saber, (i) mensajería expresa nacional; (ii) mensajería expresa internacional; y, (iii) transporte de carga, es evidente que éste no pretende fijar las condiciones para contratar los otros dos servicios que integran los servicios postales, es decir, los servicios de correo y los servicios postales de pago, razón por la cual el acto enjuiciado no violó el área de reserva prevista en la Ley 1369 de 2009, pues las bases del proceso de contratación previstas en éste no incluyeron a los servicios de correo -respecto de los cuales se constituyó la antedicha área-.

Aunado a lo anterior, el mismo artículo 15, ya mencionado, consagra que “[l]os entes públicos de acuerdo con las necesidades de su gestión podrán contratar servicios de mensajería expresa, de conformidad con la Ley de contratación que les rija”, escenario de que trata el pliego de condiciones que acá se debate, puesto que versa sobre el servicio de mensajería expresa nacional e internacional.

102. Por otra parte, resalta la Sala que, en todo caso, no se acreditó que con la suscripción del AMP de que trata el sub examine, se genere una ausencia de recursos para financiar el servicio postal universal, por cuanto éste se costea, de acuerdo con los artículos 13 y 14 de la Ley 1369 de 2009, con los recursos que le transfiere el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, provenientes de la contraprestación periódica que los operadores postales deben cancelar, contribución que se calcula así:

“El valor de la contraprestación periódica a cargo de todos los operadores postales se fijará como un mismo porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de la prestación de servicios postales, sin tener en cuenta los ingresos provenientes de recursos públicos para financiar el Servicio Postal Universal y las Franquicias. Dicha contraprestación se fijará por períodos de dos (2) años y no podrá exceder del 3.0% de los ingresos brutos.

“Posteriormente al otorgamiento de la habilitación, los operadores deberán pagar una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para ser inscritos en el Registro de Operadores Postales. Cada vez que se cumplan diez (10) años de inscripción, el Operador pagará la suma determinada en este literal. Si un Operador Postal desea inscribirse también como Operador de Servicios Postales de Pago, deberá pagar la suma anteriormente estipulada por el registro adicional. El Registro empezará a regir a partir de la reglamentación que expida el Gobierno Nacional sobre las condiciones de habilitación y registro dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de esta ley.

De ese modo, no prospera el cargo de nulidad formulado por la supuesta trasgresión del artículo 15 de la Ley 1369 de 2009, comoquiera que en el acto demandado no se incluyó a los servicios de correo dentro de los segmentos cuyas condiciones de contratación de busca determinar.

- Infracción de las normas en que debían fundarse los actos: violación de los numerales 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 1369 de 2009

103. La parte actora centra estos reproches en que el AMP no garantiza ni promueve la libre competencia, puesto que elimina del mercado a las MiPymes “al generar una concentración de la contratación pública en unas pocas grandes empresas capaces de castigar sus tarifas y costos, para a futuro ser dominantes en el sector privado y público y, además, no estimula la inclusión de nuevos avances tecnológicos, al establecer las condiciones mínimas del servicio y sin que a través de la retribución de las tarifas se pueda recuperar por los servicios agregados que algunas empresas pueden ofrecer, con el propósito de diferenciarse y prestar un mejor servicio frente a otros operadores postales.

104. La Sala no es ajena a la preocupación relacionada con la eventual restricción que se pueda generar en la participación de algunos actores comerciales, en especial respecto de MiPymes, pues ello puede derivar de las condiciones en que se desarrolle el proceso de selección dirigido a la suscripción de los AMP; por ello estima oportuno resaltar análisis que esta Sección ha efectuado en la materia, cuando, al respecto, ha señalado lo siguiente:

“12.17.- Siendo una consecuencia de los Acuerdos Marco de Precios concentrar la demanda de las entidades públicas en ciertos proveedores, dado el empoderamiento del Estado como un potencial gran comprador, es claro que a Colombia Compra Eficiente, en la estructuración y planeación de los Acuerdos Marco le corresponde el deber de garantizar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas la mayor participación de potenciales oferentes, adoptando, por ejemplo, criterios de calificación no susceptibles de manipulación por ciertos grupos de participantes, creando condiciones reales para que grandes, medianos y pequeños proveedores tengan cabida, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado, como es la creación, de hecho, de monopolios u oligopolios. Con otras palabras, es predicable en este escenario la vigencia y aplicación directa de los mandatos jurídicos que emanan del artículo 333 y los que dan sentido a la llamada

Constitución Económica.

105. Pues bien, tal como se advirtió en el aviso de convocatoria de la licitación pública LP-AMP-106-2016, ésta no se trataba de una invitación limitada a MiPymes; sin embargo, esa no es una razón suficiente que frustrara su participación en el proceso de selección, pues, como lo mencionó Colombia Compra Eficiente en su contestación de la demanda y se corrobora en el contrato Acuerdo Marco de los Servicios de Distribución CCE-441-1-AMP-2016 suscrito el 25 de octubre de 2016, de las 10 empresas que celebraron dicho negocio jurídico y, por tanto, conformaron el catálogo, 4 son medianas empresas y 1 es pequeña empresa, por lo que el mismo se compuso en un 50% por MiPymes, así:

Empresa adjudicataria/proveedor	Tamaño
1. Servientrega S.A.	Gran empresa
2. Servicios Postales nacionales S.A.	Gran empresa
3. Surenvios S.A.S.	Mediana empresa
4.Redetrans S.A.	Gran empresa
5. Urbano Express Logística y Mercadeo S.A.S.	Mediana empresa
6. Portes de Colombia S.A.S.	Mediana empresa
7. Elite Logística y Rendimiento S.A.S.	Mediana empresa
8. TCC S.A.S.	Gran empresa
9. Envía Colvanes S.A.S.	Gran empresa
10. RGQ Logistics Group International S.A.S.	Pequeña empresa

106. En esa medida, es claro que los requisitos establecidos para la adjudicación del acuerdo marco no se circunscribieron a beneficiar a las grandes empresas, pues la realidad advertida con la suscripción del contrato demuestra que el mismo fue celebrado por varias MiPymes. Llama la atención que, si bien solo una pequeña empresa resultó adjudicataria, lo cierto es que el hecho de resultar incluida en la categoría de proveedora demuestra que los requisitos establecidos daban cabida a su participación, y por ello, y como resultado de la adjudicación, el 50% del catálogo quedó conformado por MiPymes.

En todo caso, se resalta que la ley y el pliego otorgaban la posibilidad de participación de proponente plural, figura a través de la cual pequeñas empresas podían unirse, con el fin de dar cabal cumplimiento a los requisitos mínimos impuestos para la adjudicación, como son, entre otros, la acreditación del parque automotor requerido para cada uno de los segmentos y de los puntos de logística solicitados para las ciudades capitales de cada departamento; por ende, la Sala no encuentra configurada la trasgresión al principio de libre competencia, aducida por el aquí demandante.

107. Finalmente, respecto al reparo esgrimido en torno a la falta de estímulo en la incorporación de avances tecnológicos para la prestación de los servicios de distribución, el demandante no acreditó, o al menos mencionó, qué innovaciones tecnológicas podrían dejar de aplicar las empresas proveedoras del AMP, ni explica cómo tal situación, de presentarse, sería transgresora del ordenamiento jurídico, de manera que la sola afirmación del actor se torna insuficiente para configurar un cargo de ilegalidad.

Costas

108. Dado que en este asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad del acto administrativo debatido, la Sala se abstendrá de condenar en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

IV. PORTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, DECLARAR la nulidad parcial del pliego de condiciones de la licitación pública LP-AMP-106-2016, en el aparte referente a los tiempos máximos de entrega de la mensajería expresa, a saber, el numeral 3 del acápite IV del mencionado acto.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

V.F



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)



logo