

**Señor Juez de Tutela Administrativo del Circuito de Bogota.
(REPARTO)**

E. S. D.

Juan Diego Aristizabal Giraldo, identificado con cédula de ciudadanía número 1.020.740.179, mayor de edad, residente y domiciliado en la ciudad de Bogotá, actuando como segundo representante legal de la sociedad PROSAIN SAS. Identificada con NIT 901019784-8, como consta en el certificado de existencia y representación legal que se adjunta, por medio del presente documento, presento ante Ustedes **ACCIÓN DE TUTELA POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO POR VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE** contra la Unidad Administrativa Especial – Agencia Nacional de Contratación Pública – **Colombia Compra Eficiente**, (en adelante “CCE”) bajo las siguientes consideraciones:

1. PARTES

1.1. Parte accionada.

Agencia Nacional de Contratación Pública – **Colombia Compra Eficiente** “CCE”, es una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, dotada de autonomía administrativa, financiera y con patrimonio propio, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, según el Decreto Ley 4170 de 2011, identificada con nit 900.514.813-2, y representada legalmente por su directos Señor **Juan David Duque**, o quien haga sus veces.

1.2. Parte accionante.

La parte accionante es PROSAIN SAS. Identificada con NIT 901019784-8 como consta en el certificado de existencia y representación legal, que tiene como segundo representante legal al señor **Juan Diego Aristizabal Giraldo** identificado con cédula de ciudadanía número 1.020.740.179

2. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 y con el objeto de proteger el derecho al debido Proceso, solicito en forma respetuosa al Despacho se ordene a la Agencia Nacional de Contratación Pública – **Colombia Compra Eficiente** “CCE”:

1. Sírvase ordenar la suspensión inmediata, en el estado en que se encuentre, del proceso de selección “Contratación Directa CCE-116-IAD2020”, cuyo objeto es “la seleccionar los Proveedores del Instrumento de Agregación de Demanda

de Software y servicios profesionales”, mientras se resuelve la presente acción de tutela.

Se solicita que esta medida de orden de forma urgente e inmediata para que se logre impedir la adjudicación del contrato y la materialización de un perjuicio de carácter irremediable con la vulneración de nuestros derechos fundamentales.

2. Si lo anterior no fuere posible porque ya hubiese consumado el acto, que en todo caso se asegure que no se pueda suscribir ningún contrato derivado de ese proceso de contratación.

Para la efectividad de la medida, se solicita la utilización de medio expedito y eficaz de notificación, que permita asegurar que la orden judicial ha sido conocida en tiempo por el accionado. Así mismo, se ruega informar el carácter perentorio y obligatorio de la misma, y las consecuencias de su incumplimiento de orden civil y penal.

Para esos efectos, Colombia compra eficiente dispone del correo electrónico notificacionesjudiciales@colombiacompra.gov.co y para este proceso en particular el correo electrónico agregacionsoftware@colombiacompra.gov.co

La pertinencia de la presente solicitud radica en que, entre tanto se resuelve de fondo la presente acción de tutela y se adelanta la acción de nulidad en contra del acto de apertura de este proceso, el contrato pueda ser adjudicado al oferente elegido y que se suscriba el contrato, lo cual ocasiona un perjuicio irremediable a nuestros intereses, consistente en haber perdido en forma contraria a derecho la oportunidad de participar en el procesos de selección bajo las disposiciones legales que corresponden.

Dados los tiempos establecidos por parte de la entidad para la presentación de la oferta y la adjudicación del contrato, la acción posible para defender los derechos lesionados, que es la acción de nulidad, no cumple con el objetivo de inmediatez requerido en esta oportunidad.

3. HECHOS

1. El día 27 de enero de 2020, la entidad accionada publicó Aviso de Convocatoria Contratación Directa CCE-116-IAD-2020, junto con los Estudios y Documentos Previos para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Adquisición de Software por Catálogo.
2. El 31 de enero de 2020 se modificó el cronograma del proceso, establecido en el aviso de la convocatoria en el punto número 10, el cual quedó así:

Actividad	Fecha	Lugar
Publicación de Estudios y Documentos Previos en fase de borradores, Borrador de minuta y anexos	27/01/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Plazo para presentar observaciones a los Estudios y Documentos Previos en fase de borradores, Borrador de minuta y anexos	10/02/2019	SECOP II; agregacionsoftware@colombiacompra.gov.co o en Bogotá, en la Carrera 7 No. 26-20 Piso 17, asunto: Observaciones documentos borradores Proceso de selección adquisición de software por catálogo
Respuesta a observaciones y sugerencias a los documentos en fase de borradores	14/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Expedición y publicación del acto administrativo de justificación de contratación directa y publicación de documentos definitivos	14/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Plazo preliminar para la aceptación de la invitación y envío de documentos	19/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Adjudicación	21/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Firma del Instrumento de Agregación de Demanda	21/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Entrega de la garantía única de cumplimiento	26/02/2020	Carrera 7 No. 26-20 Piso 17. Bogotá, D.C.
Aprobación de la garantía única de cumplimiento	28/02/2020	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx

3. El día 10 de febrero se presentaron observaciones al proceso de contratación por parte de los interesados, entre las presentadas por **Prosain** (accionante) se encontraba la siguiente:

“2. INCONVENIENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA.

Las mismas directrices de Colombia compra eficiente determinan que los acuerdos marco de precio, que realmente es lo que adecua a este proceso, se hagan por licitación pública y que los demás procedimientos se realicen por el medio que mejor se acomode al proceso.

Siendo CCE el ente rector de la contratación pública en Colombia, de donde se refleja el ejemplo y se constituye el marco de la moralidad administrativa para las compras del Estado, no se entiende como resulta adelantando un trámite que no agrega demanda, en un sector con una amplia gama de comercializadores de una misma solución, mediante contratación directa.

La contratación directa está debidamente especificada para casos de carácter especial en el que este proceso no encaja en ningún sentido

dentro de las causales contempladas en las Ley, por lo que no es viable jurídicamente atender el proceso bajo esa modalidad de contratación.

"TITULO I.

DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA.

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. *La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:*

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

Las causales por las cuales procede la contratación directa son:

- Urgencia manifiesta.*
- Contratación de empréstitos.*
- Contratos o convenios interadministrativos.*
- Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas*
- Eventos en que no existe pluralidad de oferentes.*
- Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.*
- Contratos para el arrendamiento o adquisición de inmuebles.*
- Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.*
- La contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición."*

4. El día 14 de febrero, siendo las 8:05 PM, le entidad publicó los documentos definitivos y el documento de respuestas a las observaciones dentro de las que destaco la respuesta realizada a la observación previamente citada:

		RESPUESTA
358	Prosain S.A.S.	<i>"Colombia Compra Eficiente aclara que, de conformidad con las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la entidad tiene la facultad de Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás</i>

	<p><i>mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto. Ahora bien, también dentro de tales competencias se señala que le corresponde hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública, lo cual se materializa a través de la estructuración de instrumentos dinámicos que faciliten la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y cumpliendo los postulados del régimen general de contratación estatal”.</i></p>
--	---

5. El día 14 de febrero CCE publica la resolución número 0046 de 13 de febrero de 2020, “Por la cual se justifica una Contratación Directa a través de un Instrumento de Agregación de Demanda”, que en su parte resolutive indica:

“RESUELVE:

Artículo Primero: Justificar la contratación directa mediante un instrumento de agregación de demanda por las consideraciones expuestas en la parte motiva y en particular por lo siguiente:

a) El Instrumento de Agregación de Demanda busca: (i) aprovechar el poder de negociación que tiene el Estado como un solo comprador, agregando la demanda de adquisición de Software por Catálogo de las Entidades Compradoras; (ii) mejorar la eficiencia en la adquisición de Software; y (iii) garantizar a las Entidades Compradoras la adquisición de Software durante la vigencia del Instrumento de Agregación de Demanda. b) Las diferentes clasificaciones de Software son ofrecidas por diferentes Proveedores para atender diferentes necesidades, y su compra es una actividad que puede y debe agregarse para obtener eficiencias en el Proceso de Contratación y mejorar la posición negociadora del Estado colombiano. En el Instrumento de Agregación de Demanda es posible encontrar Software de sistema, Software de aplicación y Software de programación

c) Dentro del contexto del instrumento de agregación de demanda, el software por catálogo se refiere a un derecho de uso de una aplicación, sea a través de licenciamiento on premise, arrendamiento o a través de una modalidad “como servicio” (SaaS y similares)”.

4. DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO.

Violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo. En este caso en particular el debido proceso constitucional, de carácter fundamental, ha

sido vulnerado en diferentes actuaciones de la entidad que pretende contratar, tal como se expone a continuación.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio

4.1. Vulneración al derecho al debido proceso por desconocimiento de los procedimientos contemplados en la Ley.

La ley 1150 de 2011, dispone de manera expresa las “modalidades de selección de contratistas” por medio de los cuales las entidades de carácter público, sometidas al régimen de contratación, deben adelantar los procesos de contratación.

“TITULO I.

DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA.

ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

- 1. Licitación pública. (...)*
- 2. Selección abreviada. (...)*
- 3. Concurso de méritos. (...)*
- 4. Contratación directa. (...)*

CCE seleccionó la modalidad de “contratación directa”. Sin embargo, los casos en que aplica la contratación directa también están plenamente definidos en el numeral 4 del mismo artículo segundo de la ley 1150.

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos:

Las causales por las cuales procede la contratación directa son:

- Urgencia manifiesta.*
- Contratación de empréstitos.*
- Contratos o convenios interadministrativos.*
- Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas*
- Eventos en que no existe pluralidad de oferentes.*
- Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.*

- *Contratos para el arrendamiento o adquisición de inmuebles.*
- *Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.*
- *La contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.”*

Contrastando el objeto del proceso de selección de contratistas que consiste en “*la seleccionar los Proveedores del Instrumento de Agregación de Demanda de Software y servicios profesionales*, con los postulados normativos en referencia no cabe duda, y no hay lugar a la interpretación, que el caso que nos ocupa no se adecua típicamente a ninguna de las causales de contratación directa.

No se dan los postulados para la declaratoria de Urgencia manifiesta.

No tiene relación directa o indirecta con Contratación de empréstitos.

No se trata de un Contratos o convenios interadministrativos.

No se contrata el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas que impliquen la inexistencia de pluralidad de oferentes

No se va a tratar de Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, pues esta encaminado a la adquisición de licenciamiento temporal.

Si se interpretara que se trata de contratos de arrendamiento, en todo caso no se trata de bienes inmuebles.

No tiene como fin adjudicar Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.

No se busca la contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.”

En consecuencia, se tiene que la entidad al elegir el proceso de contratación directa esta violando el derecho al debido proceso administrativo objetivo, pues selecciono un procedimiento de contratación especial que no encaja en las causales de selección de mismo y que tiene como efecto el juzgamiento de las ofertas por un medio que no corresponde, en una actividad plenamente reglada como lo es la contratación pública, impidiendo de esta manera que se surtan etapas contempladas legalmente para presentar observaciones y verificar el cumplimiento de las condiciones por parte de la entidad.

4.2. Inexistencia de fundamentos jurídicos que soporten la modalidad de selección.

la ley 1150, en el párrafo 1 del artículo 2, establece la necesidad de justificar **jurídicamente** la selección del proceso de contratación.

Parágrafo 1°. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.

Como se notó en la presentación del hecho numero 5 de esta acción, la entidad pública no dispuso ningún fundamento o justificación de carácter jurídico que implicara honrar el citado párrafo, que por serlo no es de menor rango que cualquier otro artículo de la ley 1150.

Al cuestionársele la selección de la modalidad de contratación la entidad respondió lo siguiente:

“Colombia Compra Eficiente aclara que, de conformidad con las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la entidad tiene la facultad de Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto. Ahora bien, también dentro de tales competencias se señala que le corresponde hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública, lo cual se materializa a través de la estructuración de instrumentos dinámicos que faciliten la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y cumpliendo los postulados del régimen general de contratación estatal”.

Haciendo un análisis jurídico riguroso sobre el planteamiento de la entidad, que no fue fundamento para justificar la selección de la modalidad de contratación, encontramos que hay una clara pretensión de pasar por encima de la ley al dar respuestas que ni siquiera de manera forzada son aceptables, veamos.

En primer termino alega la entidad que:

“(…) de conformidad con las competencias previstas en el artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la entidad tiene la facultad de Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Sobre los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda, el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, hace una primera referencia a ellos en el inciso segundo, deli literal “a”, del numeral 2, que se refiere a la selección abreviada en los siguientes términos:

“2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

(...)

La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a 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.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

Posteriormente, en el párrafo 5 del mismo artículo se dice lo siguiente:

Parágrafo 5°. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2 del literal a) del numeral 2 del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, les dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.

En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor, se constituirá un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

El Gobierno nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios, se hará obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Los Organismos Autónomos, las Ramas Legislativa y Judicial y las entidades territoriales en ausencia de un acuerdo marco de precios

diseñado por la entidad que señale el Gobierno nacional, podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios.

Esto quiere decir, que cuando se trate de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización - caso que no corresponde al que nos ocupa - el procedimiento a seguir debe ser el de la selección abreviada, y cuando se trate elementos que no tengan esa característica se debe hacer por medio de litación pública.

Continúa la respuesta de la entidad al cuestionamiento sobre la modalidad de selección:

“(...) Ahora bien, también dentro de tales competencias se señala que le corresponde hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública, lo cual se materializa a través de la estructuración de instrumentos dinámicos que faciliten la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.”

Pretender establecer, que el hecho de habersele conferido por la ley a esa entidad la potestad de hacer “estudios, diagnósticos, estadísticas” le permite saltarse la ley de contratación y los principios que le rigen, riñe con la más optimista de las interpretaciones que en ese sentido pueda hacerse sobre el decreto ley 4170 de 2011.

Por un lado, la ley 1150 de 2011 tiene una jerarquía superior a la del decreto ley en comento y, segundo, porque en ese instrumento jurídico no se expresa, ni siquiera de manera indirecta que esa posibilidad exista.

Es claro el decreto ley en establecer la posibilidad de hacer estudios, diagnósticos, estadísticas, pero eso en ninguna forma se materializa con la violación de la ley de contratación pública ni es patente de curso para modificar la ley.

Lo anterior queda sentenciado con el postulado normativo que la misma entidad cita, en la parte final de su respuesta, que indica:

“(...) cumpliendo los postulados del régimen general de contratación estatal”.

Queda entonces claro, que por más potestades que se le da a la entidad, la propia norma que cita para justificar su indebido acto le ordena cumplir los postulados de la del régimen general de la contratación.

4.3. Violación de otros derechos que implican el debido proceso:

Como se puede observar en el cronograma del proceso de selección, la entidad no dispuso tiempo para hacer observaciones a los documentos definitivos, situación que lamentablemente no corresponde a un error, sino a la plena convicción de evitar la participación de los interesados en el proceso, lo que pone en serias dudas la transparencia en el actuar de la entidad.

Por un parte, en el documento de respuesta a las observaciones a los borradores de los estudios previos se dijo lo siguiente:

“Pregunta 17, empresa SETI:

Agradecemos aclarar si después de la publicación de los documentos definitivos, hay oportunidad para presentar observaciones

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Colombia Compra Eficiente aclara que, por tratarse de un instrumento de agregación de demanda, una vez se publiquen los documentos definitivos no hay lugar a observaciones en la etapa precontractual, pues, iniciaría el término para aceptación de la invitación y radicación de documentos en aras de realizar la validación e inclusión de proveedores en el instrumento”.

Tampoco se estableció un término para ejercer el derecho de contradicción sobre las oferta de otros posibles proponentes, como se puede observar en el cronograma el tiempo previsto entre la entrega de la oferta y la adjudicación es apenas de 48 horas, lo que implica que tampoco se podrá realizar una evaluación por parte de la entidad

Al respecto, la ley 80 de 1993, en su artículo 24, numeral 2, relativo a la aplicación del principio de transparencia establece:

“2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”.

Aun cuando se tratara de un proceso de contratación directa debidamente seleccionada la modalidad de contratación, la entidad tenía la obligación de generar los espacios necesarios para controvertir los informes derivados del proceso, razón que deja claro la violación al debido proceso por parte de la entidad.

4.4. Implicaciones de la indebida selección de la modalidad de selección.

La indebida selección de la modalidad de contratación, aunado a las reglas violatorias de los principios que rigen la contratación pública en este proceso, implican diversos efectos negativos para los oferentes.

1. Imposibilita la confección de ofrecimientos de la misma índole, al poner en competencia a múltiples proveedores bajo reglas que no corresponde a la uniformidad en cuanto al precio, plazo y condiciones, que resultan ser nada mas y nada menos que los elementos esenciales de los contratos, que imposibilitan la debida comparación de las ofertas.
2. Niega el derecho de contradicción, al impedir la observancia de los informes y documentos emitidos por la entidad. Se trata de que en este momento se pudieron observar los documentos previos, sobre los que la

entidad hizo modificaciones que no pudieron ser objeto de observación, tampoco se van a poder hacer observaciones sobre las ofertas de otros competidores, como si se tratara de un proceso de contratación de carácter reservado que por la naturaleza del evento se constituyera en un riesgo de seguridad nacional conocer las fichas técnicas o documentos de otros proponentes.

Adicionalmente, violando los principios de publicidad, Colombia compra eficiente ordena que las ofertas sean remitidas al correo electrónico agregacionsoftware@colombiacompra.gov.co, es decir que no quedaran dentro del sistema del Secop 2 para su trazabilidad.

3. Viola el principio de economía el hecho de disponer reglas que no ponen fin al proceso art 25 ley 80 “se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”, disponiendo reglas inexistentes en materia de contratación permitiendo el ingreso de nuevos oferentes cada dos meses cuando tendrán conocimiento de las condiciones económicas y estratégicas de los que se han hecho presentes al inicio del proceso de selección.
4. Restringe la participación de comercializadores, supeditando su participación a la habilitación de los fabricantes y firma de contratos entre esa entidad y ellos aun cuando no van a ser proveedores ni parte en los contratos de compraventa con las entidades adquirientes, como si se tratara de un acuerdo marco de precios, que por orden legal se debe adelantar por licitación pública, generando la quiebra de comercializadores que tiene su nicho de mercado en las administraciones públicas.

4.6. Violación objetiva al debido proceso administrativo:

El debido proceso implica que las autoridades se sujeten a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, cumpliendo y respetando lo que establecen las normas correspondientes. En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado que se presenta la violación de este derecho cuando la autoridad correspondiente se aparta de las normas aplicables. Al respecto, ha afirmado:

“El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia “de la plenitud

de las formas propias de cada juicio," lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso." 1

Ha quedado demostrado ampliamente, que la entidad se apartó de los mandatos de la ley 80 de 1993 y de la ley 1150 de 2011, al seleccionar un procedimiento de selección de contratista que no le es permitido y que pone en riesgo la existencia de las compañías basándose en lo que corresponde, de manera clara, a la violación del proceso que le correspondía al objeto contractual.

5. EVALUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL CASO.

Mediante sentencia de unificación SU772/14, la honorable Corte constitucional, identificados eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela con base en el artículo 86 superior y el Decreto 2591 de 1991

Para comprobar que esta acción se adecua a por lo menos uno de esos ventos, se realiza una verificación como medio de contraste sobre los dos eventos relacionados en la citada sentencia:

***Caso 1.** cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad.*

Teniendo por cierto la existencia de recursos por la vía ordinaria, como lo puede ser la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, se da por descontado que se tratan de procedimientos idóneos para la defensa de los derechos que hoy se piden sean tutelados por esta acción, pero no resulta eficaz porque se tiene que los tiempos de respuesta no permiten el resguardo de las garantías constitucionales vulneradas.

***Caso 2.** cuando la tutela se instaura como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental, se verifican las siguientes características: i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder; ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado; iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-270 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Siendo este el caso que se adecua de manera perfecta a la situación que estamos viviendo exponemos la verificación de características como medio de sustentación de la procedencia de esta acción.

Verificación de las características:

i) el perjuicio es inminente o está próximo a suceder: Teniendo en cuenta que en el caso en concreto la publicación de documentos definitivos del proceso de contratación se dio el viernes 14 de febrero a las 8:05 pm, por lo que se entienden publicados el siguiente día hábil a las 7 am, es decir, el 17 de febrero, la presentación de las ofertas esta para el día 19 de febrero y la adjudicación y firma del contrato está dispuesto por el día 21 de febrero las acciones contempladas carecen de eficacia, pues solo el termino de reparto de una acción ordinaria puede tomar entre 10 y 30 días, tiempo en el que el perjuicio estará consumado, por lo que se debe entender que el perjuicio estará causado una vez se consume el hecho, es decir, dentro de los 3 días siguientes a la presentación de esta acción.

ii) el perjuicio que se teme es grave, es decir, en caso de configurarse supondrá un detrimento significativo sobre el derecho fundamental amenazado: el adelantamiento del proceso de selección sin observancia de los principios que rigen la contratación pública, para el caso en concreto corresponden a perjuicios irremediables pues de hacernos parte de un instrumento de agregación de demanda bajo las condiciones estipuladas por la entidad llevaría a la compañía a una quiebra segura.

En efecto, se entrará a competir solo bajo el criterio de menor precio sin que se verifiquen las condiciones de los oferentes y negando el derecho a pronunciarnos sobre los informes de evaluación y las ofertas de los competidores.

Las entidades públicas estarán obligadas a contratar por medio de la tienda virtual del estado y adjudicar al oferente con menor precios sin tener certeza de capacidad del proponente, mientras Colombia compra eficiente indica que su participación es exclusivamente como administrado de la tienda, lo que nos sacaría del mercado en ese sector, que es donde esta enfocado el software que vendemos.

Es decir que, si el instrumento se firma sin respetar las normas de contratación, que son las que permiten la participación no solo nuestra, sino la de todos los oferentes en condiciones de igualdad y basados en ofrecimientos de la misma índole, la ventaja la tendrá el que ofrece sin contar con los recursos y condiciones necesarias, sin que sirva para nuestros intereses los incumplimientos del contratista incapaz.

iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes, lo que significa que no se puede postergar la intervención del juez so pena de que se cause un daño frente al cual no puedan adoptarse medidas de restitución: tan urgente es la necesidad de las medidas preventivas, que se le ruega al Señor Juez de tutela que las decrete de manera inmediata pues, de no hacerlo, el perjuicio estará causado, lo que implica que el día viernes 21 de febrero, antes de la adjudicación, la medida preventiva debe ser adoptada y notificada a la parte accionada de la manera más expedita que sea posible, pues

como puede observar en el cronograma del procesos, la adjudicación y firma de los contratos se tiene prevista para ese día.

6. PERJUICIO IRREMEDIABLE – TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO Y DE INMEDIATEZ

La presente acción de tutela se entabla como mecanismo transitorio y de inmediatez para evitar un daño irreparable, en virtud de lo previsto en el artículo 8° del decreto 2591 de 1991, a fin de impedir que se consume la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión, los cuales se encuentran en peligro cierto e inminente de ser vulnerados.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existirá forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra.² En relación con este asunto, la Corte se ha pronunciado en estos términos:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura

² Corte Constitucional, Sentencia SU-544 de 2001.

hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la

destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio. ³

No obstante reconocer que el actor cuenta con las respectivas acciones administrativas como lo son la Acción Contractual o la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, según donde se encuentre la etapa de celebración del contrato, en este caso la violación de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, causaría un perjuicio irremediable que se configura por la adjudicación y, especialmente, por la suscripción del contrato con otro oferente en el proceso SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS 2018 – 2.

Habiéndose demostrado que el perjuicio es inminente, toda vez que a estas alturas la entidad contratante no acepta ni siquiera observaciones sobre los documentos definitivos y la fecha para la presentación de ofertas es el día 19 con adjudicación el día 21, podemos quedar por fuera del mercado toda vez que es incierto que el fabricante del producto que comercializamos tenga disposición de presentarse al proceso por las indebidas reglas propuestas, lo que no permitiría nuestra participación en el proceso.

La urgencia se basa en el mismo cronograma que establece presentación de ofertas es el día 19 con adjudicación el día 21 del mes de febrero, si el proceso queda adjudicado para esa fecha y los contratos firmados, lo cual según el cronograma tiene fecha para ese mismo día 21, quedaremos por fuera del mercado y la fecha que se pueda tener sentencia de segunda instancia en un proceso de vía ordinaria la compañía ya no será viable económicamente, lo que plantea un afectación al derecho al trabajo, lo que también justifica la gravedad de la situación.

7. PETICIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, se solicita respetuosamente la inmediata intervención de la autoridad judicial en sede de tutela para que:

Pretensiones:

- a. De decrete la medida preventiva consistente en ordenar la suspensión inmediata, en el estado en que se encuentre, del proceso de selección “Contratación Directa CCE-116-IAD2020”, cuyo objeto es “la seleccionar los Proveedores del Instrumento de Agregación de Demanda de Software y servicios profesionales”, mientras se resuelve la presente acción de tutela.
- b. Se conceda el amparo de tutela como mecanismo transitorio, en defensa del derecho fundamental al debido proceso.
- c. Como consecuencia de lo anterior, se ordene suspender de inmediata el proceso de selección “Contratación Directa CCE-116-IAD2020” de en el estado en que se encuentre y, en todo caso, la firma de los contratos en caso de

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-544 de 2001.

adjudicación en caso de adjudicación anterior y hasta tanto se resuelva la acción judicial que se tramite para resolver de fondo el presente asunto.

Subsidiariamente se solicita que:

- d. Se ordene Colombia Compra Eficiente revocar el acto de apertura y que reestructure los pliegos de condiciones del proceso bajo los criterios legales dispuesto en la ley 1150 y la ley 80 citadas.
- e. También Subsidiariamente, si resultare imposible dar una orden judicial a tiempo que impida el perjuicio irremediable que se ocasionaría con la suscripción del contrato, se solicita que se suspenda la ejecución del contrato, hasta tanto se resuelva la acción judicial que se tramite para resolver de fondo el presente asunto.

8. COMPETENCIA

Es usted competentes de conocer esta Tutela de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. del Decreto 1983 de 2017, por dirigirse contra una autoridad del orden nacional como lo es el Colombia compra eficiente.

9. PRUEBAS

Documentales:

1. Aviso de Convocatoria Contratación Directa CCE-116-IAD-2020. (usb)
2. Estudios y Documentos Previos. CCE-116-IAD-2020 (usb)
3. Observaciones presentadas por Prosain el día 10 de febrero de 2020. (usb)
4. Formato de respuestas de Colombia Compra Eficiente. (usb)
5. Resolución número 0046 de 13 de febrero de 2020, "Por la cual se justifica una Contratación Directa a través de un Instrumento de Agregación de Demanda" (usb)

10. ANEXOS

Anexo a la presente Acción de Tutela:

1. Los documentos relacionados en el acápite de pruebas. (usb)
2. Copia de la acción con sus respectivos anexos para el traslado. (Físico).
3. Copia de la acción con sus respectivos anexos para el archivo. (físico) (usb)
4. Certificado de existencia y representación de legal de Prosain. (físico)

11. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento declaro que no he presentado otra tutela por estos mismos hechos y derechos.

12. NOTIFICACIONES.

La entidad accionada, Colombia Compra eficiente: A los correos electrónicos:

notificacionesjudiciales@colombiacompra.gov.co

y para este proceso en particular el correo electrónico:

agregacionsoftware@colombiacompra.gov.co

O a la dirección Carrera 7 No. 26-20 Piso 17. Bogotá, D.C

Al Accionante, Prosain S.A.S.

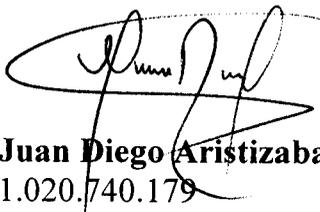
En el correo electrónico.

Comercial@prosain.co

A la dirección: Crr 45ª # 134- 40 of 305.

Y en la secretaria de su despacho. En todo caso autorizo que toda información sea remitida al correo electrónico Comercial@prosain.co

Atentamente,



Juan Diego Aristizabal Giraldo,
1.020.740.179
Segundo Representante Legal
Prosain S.A.S.