

DAD005
2013
ej. 1

1323716

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR



LICITACION PÚBLICA

AGRIPINA CASTRO CUESTA

MERLIS CANTILLO CAICEDO

Especialización en Derecho Administrativo

Diplomado en Contratación Estatal

PROMOCIÓN 29

BARRANQUILLA

2013

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR



LICITACION PÚBLICA

AGRIPINA CASTRO CUESTA

MERLIS CANTILLO CAICEDO

Dr. Jorge Bolívar

Especialización en Derecho Administrativo

Diplomado en Contratación Estatal

PROMOCIÓN 29

BARRANQUILLA

2013

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

2. RESEÑA HISTORICA DE LA LICITACION PÚBLICA# 6

2.1 LICITACION PÚBLICA Y SU EVOLUCION EN ALGUNOS PAISES#8

2.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES#10

2.3 CONCEPTOS#10

2.4 PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION #18

2.5 LICITACION GENERAL#22

2.5.1 Planeación y Estudios Previos#22

2.5.2 Proyecto de Pliego de Condiciones# 27

2.5.3 Pliego de Condiciones#28

2.5.4 Acto de Apertura#32

2.5.5 Publicación del Acto de Apertura#33

2.5.6. Revocatoria del Acto de Apertura#34

2.5.7 Evaluación de las Propuestas#35

2.5.8 Acto de Adjudicación#39

2.6 LA LICITACION ESPECIAL#44

2.6.1 Etapas de la Licitación Especial#49

CONCLUSION#51

BIBLIOGRAFIA#53

INTRODUCCION

La licitación pública, es una modalidad de selección de contratistas, por medio de la cual una entidad estatal abre una convocatoria, con fundamento en un pliego de condiciones, para que las personas interesadas presenten sus propuestas y entre ellas se selecciona la más favorable, en esta modalidad se garantiza los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia ya que se realiza en forma pública y en igualdad de condiciones para que todos tengan la oportunidad de participar en el proceso de selección.

Las razones que determina esta modalidad de selección son: la cuantía y el objeto del contrato, se celebran contratos de mayor cuantía y en razón del objeto los contratos de fiducia pública y el encargo fiduciario, también se utiliza preferentemente en los contratos de obra, concesión, suministro de bienes y servicios y compraventa de bienes muebles, siempre y cuando no sean bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización y superen la menor cuantía.

En Colombia, esta modalidad de selección es considerada la más usada al momento de celebrar un contrato estatal, ya que permite a todas las personas participar en igualdad de condiciones en un proceso de selección, garantizando la transparencia y la objetividad en la selección de contratistas.

Este es un tema muy importante para el estudio del derecho administrativo, ya que de la selección de los contratistas dependerá el éxito en la ejecución de los

contratos estatales, también, porque esta modalidad se estructura a partir de un factor económico y mediante este tipo de selección se adjudican los contratos de mayor cuantía, se deberá evitar que los representantes legales de las entidades estatales se beneficien mediante la adjudicación de estos contratos o traten de beneficiar a terceras personas.

El artículo 30 de la ley 80 de 1993, establece el procedimiento que se debe seguir en esta modalidad de selección, cuyas reglas deberán cumplir las entidades estatales al momento de iniciar un proceso de licitación y la ley 1150 de 2007, introduce algunas medidas para la eficiencia y transparencia del estatuto de contratación.

2. RESEÑA HISTORICA DE LA LICITACION PÚBLICA.

La licitación pública, es un procedimiento que se ha utilizado en casi todos los países del mundo, es quizás la más conocida y antigua modalidad de selección usada por las entidades en todos estos años y ha tenido a través del tiempo varias denominaciones:

- En Italia, se le llama pubblico incanto o asta pública.
- España, subasta pública y concurso subasta.
- Portugal, concurso público.
- Francia, adjudication ouverte o adjudication publique.

La licitación pública, es una modalidad de selección que ha ido evolucionando con los años, pero antiguamente ya se utilizaba, como sucede en el derecho romano que se usaba por regla general, en las contrataciones del Estado.

Dromi, manifiesta en su libro, licitación pública, año 2002, pag.114 que la licitación.

“Desde las primeras épocas el botín obtenido en la guerra era vendido públicamente a los mejores oferentes y en el lugar a donde iba a verificarse la venta se plantaba un “asta” arma guerrera y a la vez insignia real. De ahí deriva el término subasta con que en muchos países se designa el procedimiento

de la licitación...posteriormente, en el código de Justiniano, se generalizó la venta de asta pública, debiendo efectuarse así todas las ventas de bienes fiscales. Después el procedimiento se hizo también aplicable a los contratos de obras públicas; el censor, que era el encargado de dirigir la contratación de las obras públicas, era quien preparaba la fórmula del contrato, ósea el equivalente a nuestro pliegos de condiciones, a tenor de la cual se verificaba la subasta pública, la cual se adjudicaba a quien pedía la suma menor”

De este punto se observa, que en este tiempo aunque a su modo, ya se utilizaba el procedimiento que caracteriza esta modalidad de selección.

El autor, explica, en la misma página del libro citado.

“El censor realizaba discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, que hubieran dejado incumplidos contratos

Anteriores. En cuanto a la garantía que debían constituir los oferentes, podía consistir en fianzas personales o hipotecas sobre sus propios fundos. En la edad media se empleó el sistema de subasta “a mata candela”, el que consistía en recibir ofertas para alguna construcción de importancia durante el tiempo que ardía una vela, para después

adjudicar la obra a quien había ofrecido ejecutarla por el menor precio”

Si observamos los inicios de la licitación pública y su evolución hasta hoy, aquí en este punto se da lo que hoy conocemos como la verificación de los requisitos que debían tener los proponentes, para seleccionar los que si los cumplieran y así poder adjudicar el contrato. También, nos damos cuenta que aunque ha presentado cambios en el transcurrir de los tiempos, en el fondo la esencia de esta modalidad sigue siendo la misma, en todos los tiempos.

En la licitación pública, siempre se han tenido en cuenta algunos aspectos muy importantes para la adjudicación que han perdurado en el tiempo como la seriedad en el cumplimiento de los contratos, la garantía y el menor precio que ofrezca el oferente para la ejecución de la obra u otro contrato.

2.1 LICITACION PÚBLICA Y SU EVOLUCION EN ALGUNOS PAISES.

España:

El 27 de febrero de 1852, por decreto real se estableció que todo contrato de servicio y obras públicas debía celebrarse mediante subasta pública, fue ratificado por la ley del 1 de julio de 1911 y la ley de contratos de 1965.

Francia:

En el siglo xv expidieron ordenanzas por las que se dispone que las obras públicas se hagan por licitación, en el periodo revolucionario se expidieron también los decretos 23 y 28 de octubre 5 y 5 de noviembre de 1970, todos sobre el procedimiento licitatorio y en periodo de restauración siguió el mismo proceso licitatorio, ya con el tiempo por medio de la ordenanza del 4 de diciembre de 1836 se estableció la obligación de utilizar la licitación como regla general para todos los contratos de suministro, obras del estado y transportes.

Portugal:

El 31 de agosto de 1881, se estableció la obligación de recurrir a la licitación pública para las contrataciones del Estado.

Italia:

Ley 2248 de obras públicas, de marzo 20 de 1865, reglamentación legal del procedimiento de licitación, también, la ley de octubre de 24 de 1933.

Como se puede analizar, la licitación pública, es una modalidad de selección muy antigua, se estableció en algunos países como Italia, Portugal, España, Francia y es por regla general, debido a su procedimiento, la que permite garantizar los principios de la contratación estatal en el mundo.

2.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES

La primera ley de contabilidad nacional en Colombia, fue la ley 428 del 13 de octubre de 1870, este fue el antecedente de la ley 775 de obras públicas, la cual fue la primera ley de obras públicas en nuestro país (Colombia) y rigió hasta el 13 de octubre de 1947, que fue cuando se inició la ley 13.064.

El procedimiento de licitación pública, inicio regulado por la ley 13.064, ley de contabilidad 23.354/56, el reglamento de contrataciones del estado decreto 5720/72, modificado por el decreto 383/73, las normas estatutarias de diversos entes públicos estatales decreto 309/73 y el decreto 229/74 para las empresas del Estado incorporadas a la Corporación de Empresas Nacionales, C.E.N.

Estas, fueron las primeras leyes que se reglamentaron en el país en cuanto a lo concerniente a la licitación pública como modalidad de selección de contratistas, leyes que nos sirvieron de base para las leyes que hoy nos rigen en contratación estatal.

2.3 CONCEPTOS

Existen muchos conceptos a cerca de la licitación, pero todos tienen algo en común y es que la licitación, es el procedimiento más adecuado que debe utilizar toda entidad estatal para seleccionar a sus contratistas.

En nuestro concepto, la Licitación pública, es una modalidad de selección que las entidades estatales utilizan con el fin de seleccionar a sus contratistas, cuyo

procedimiento es invitar a todas las personas, para que participen en una convocatoria que se realiza con fundamento en un pliego de condiciones, que serán las reglas a seguir y los interesados presentaran sus propuestas de las cuales se seleccionara la oferta más favorable para adjudicar el contrato estatal.

Otros conceptos:

El párrafo del artículo 30 de la ley 80 de 1993:

Define la licitación pública como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”

De este artículo se interpreta, que en este procedimiento, la entidad les da las mismas oportunidades a todos los interesados en participar en dicho proceso. Resaltando con ello, los principios de publicidad, igualdad de oportunidades, transparencia y los demás principios establecidos en la contratación estatal.

ENRIQUE; Sayagues Laso, en su libro tratado de derecho administrativo, tomo I Montevideo 1963, pag.553. La licitación pública es un “procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece en condiciones más ventajosas para los fines del interés público que se persigue con la contratación estatal”

En este concepto se hace énfasis en que la entidad siempre está buscando un oferente que ofrezca una propuesta, que sea de beneficio al interés público, porque hay que tener en cuenta que lo que está en juego son los recursos de la misma comunidad.

DROMI, licitación pública, buenos aires edición 2002 pagina 113.

“Es un procedimiento de selección del co-contratante, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los intervinientes, tiende a establecer la mejor oferta, el precio más conveniente.”

JORGE; Eliecer Fandiño Gallo, en su libro modalidades de selección de contratistas edición 2012, página 36. “Es un procedimiento de selección de los contratistas por parte de entes estatales en ejercicio de funciones administrativas, por medio de la cual estas invitan, públicamente a los posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de condiciones, formulen ofertas, y entre ellas se seleccione entre ellas la más favorable”.

BORJA; Ávila Ramiro, (2009), pág. 217: en su libro estudios jurídicos sobre contratación estatal, manifiesta lo siguiente “hay que recordar que la licitación pública es la norma general” Esto quiere decir que todos los procesos de selección de contratistas deberían de realizarse por medio de esta modalidad y que la selección

abreviada, concurso de méritos y la contratación directa son la excepción.

Las razones determinantes para escoger esta modalidad de selección son:

La cuantía:

Por este medio de selección, se celebraran los contratos de mayor cuantía, (la cuantía se determina de acuerdo al presupuesto de cada entidad), por esto la importancia de esta modalidad de selección, ya que como sabemos estos son los contratos de mayor costo de la administración y es necesario que se realicen garantizando el principio de transparencia y los demás principios de la contratación estatal.

El objeto:

Los contratos de fiducia pública y el encargo fiduciario, estos contratos en razón del objeto del mismo deberán escoger a sus contratistas por esta modalidad de selección.

También, hay que agregar, que la licitación pública, se podrá utilizar a discreción de la entidad, porque las modalidades de selección abreviada y contratación directa no son vinculantes, esto es siempre y cuando dichos contratos superen la menor cuantía (la menor cuantía también se determinara de acuerdo al presupuesto de cada entidad estatal).

En España, definen la discrecionalidad, como un margen o libertad de decisión conferida a la administración por parte del legislador, es decir, el legislador le está confiriendo esta libertad de decisión a la entidad y la entidad debe hacer buen uso de ella, ya que cuando utilice esta libertad de tomar decisiones lo haga conforme a lo establecido por la ley.

En su libro, diritto amministrativo, tercera edición 1993, Gianni Massimo Severo, pag.47-49, identifica el contenido de la discrecionalidad administrativa “con la obligación de la administración de ponderar entre el interés público y lo demás intereses públicos, que concurren con aquel en cada caso y las tenidos en cuenta por la autoridad decisoria”

DE SANCHEZ; Morón, (1994), pág. 13, en su libro discrecionalidad administrativa y control judicial advierte que “la ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (...) de ahí que (...) las autoridades que han de enfrentar esos problemas hayan de actuar sin que su conducta este predeterminada al menos totalmente, por una norma jurídica (...) en esto consiste la discrecionalidad (...)”

Manifiesta el mismo autor que “sin embargo, en el seno de un estado de derecho, las decisiones de la administración a la que se recomienda la gestión de los intereses generales no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el liberrino arbitrio del decididor de turno”

Esto quiere decir, que la administración deberá tomar decisiones basados en fundamentos legales y que vayan de acorde con la defensa de los intereses generales y no particulares.

Según la ley 1150 de 2007 artículo 2.2.

Señala que las entidades estatales puedan adelantar procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual es decir, aunque la ley estableció en qué casos la entidad debe escoger la modalidad de selección abreviada y contratación directa, nada les impide usar el procedimiento de licitación pública, lo que indica que cada vez se le da más oportunidad a las entidades estatales para utilizar esta modalidad de selección que garantiza la transparencia en los contratos estatales.

Podemos interpretar esta modificación de la ley, como una forma de protección a los contratos que superen la menor cuantía, ya que la modalidad de selección es fundamental en el momento de escoger a los contratistas y así evitar que se presente la corrupción en este tipo de contratos.

La principal característica de la licitación:

Es objetiva, lo que significa que garantiza el principio de transparencia que es vital en estos procesos, en cuanto a lo mencionado anteriormente, el consejo de estado se ha manifestado en sentencia 19 de julio 2001 y ha dicho “el proceso

licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y el deber de selección objetiva del contratista” lo que quiere decir, que cuando la entidad escoge esta modalidad de selección, garantiza que se cumplan dichos principios del estatuto contractual.

Sentencia 19 de julio 2001. Exp. 12037 c.p ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUE.

Los principios que rigen licitación, son los siguientes:

Igualdad, publicidad, transparencia, libre concurrencia y los demás principios que rigen la contratación estatal, esta modalidad de selección constituye la principal modalidad en la cual se garantiza que se respetara lo ha establecido la ley de contratación ya que no existe ningún tipo de discriminación, la convocatoria se hace a todo público para que presenten sus ofertas y de ellas escoger la más favorable para la administración.

En su libro, contratación estatal, CASTRO; Cuenca Carlos, (2010), pág. 41 Universidad del Rosario manifiesta lo siguiente:

“otro principio también ajeno que podría considerarse como el núcleo de la contratación pública, es el de la responsabilidad de los servidores públicos que intervengan en las diversas etapas de la contratación”

Este principio de la responsabilidad de los servidores públicos, hay que tenerlo en cuenta en la contratación, porque los servidores públicos, son los encargados de llevar a cabo la escogencia y adjudicación y celebración de dichos contratos, lo cual nos indican que tendrán una gran responsabilidad en este proceso. En el manual de licitaciones públicas Las licitaciones públicas en las administraciones públicas modernas, de la Doctora ISABEL CORREA y otros,

CEPAL (2003), dice: "Aunque existen varias formas y procedimientos de selección, no cabe duda que la licitación pública, es la que permite gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el estado y en definitiva la comunidad"

Es cierto, cada vez que el estado logra seleccionar sus contratistas mediante esta modalidad, está cuidando los recursos de la comunidad y por lo tanto preservando el estado social de derecho.

En la legislación argentina, este es el procedimiento de principio de la contratación en la administración pública de este país, su finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrara el contrato, siguiendo siempre el procedimiento que se requiere para una selección del contratista de la manera más efectiva posible, aquí la administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas, para obtener una mejor comparación de ofertas y tomar la decisión que resulte más oportuna y conveniente. Este, es un aporte muy importante

para nuestro estudio, ya que también en este país se prefiere esta modalidad de contratación.

En el fallo 12037 de 2001 del Consejo de Estado del proceso licitatorio dice la sala de lo contencioso administrativo “son elementos fundamentales del proceso licitatorio la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones” son estos elementos los que hacen de la licitación pública una modalidad confiable al momento de escoger a los contratistas para celebrar un contrato estatal, porque es abierta al público para que todas las personas puedan participar, garantiza el derecho de igualdad de los oferentes ya que todos tienen las mismas oportunidades y esta licitación deberá realizarse teniendo en cuenta las reglas del pliego de condiciones, lo cual no permite que se cambien las normas del proceso respectivo.

Este tipo de modalidad, constituye un elemento fundamental en la contratación del estado, hoy en día en Colombia, vemos como en algunas administraciones públicas este proceso se ve afectado por el nivel de corrupción que se presenta en el país, ojala, que todas estas modificaciones que se están presentando en las normas sirva para cambiar la imagen de la contratación estatal en nuestro estado social de derecho.

2.4 PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION

El procedimiento, que se debe llevar a cabo para esta modalidad de selección, se encuentra estipulado en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, de acuerdo

a este artículo las principales etapas que se deben tener en cuenta en una licitación son las siguientes:

1. Apertura de la licitación: esta se hará por medio de acto administrativo motivado.

El consejo de estado ha manifestado que este un acto de trámite y aunque tiene este carácter, podrá ser impugnado cuando contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual.

2. Elaboración de los pliegos de condiciones: los pliegos de condiciones son las reglas de la licitación y contendrán toda la información sobre el proceso, la entidad deberá tener en cuenta lo establecido por los normas de contratación sobre el contenido de dichos pliegos.

3. Publicación de la convocatoria: se hace con el fin de que todas las personas puedan participar en el proceso y puedan conocer el contenido del pliego de condiciones.

4. Presentación de las propuestas: en este plazo se presentaran las propuestas por los interesados y si es necesario se realizara una audiencia con el fin de escuchar a los participantes, precisar el contenido y alcance del pliego y aclarar todos los puntos del proceso.

5. Plazo, para presentación de propuestas y cierre: este plazo se señalara en los pliegos de condiciones.

6. Presentación de alternativas y excepciones por parte de los proponentes: es una oportunidad que tienen los proponentes de sujetar sus propuestas a lo contenido en los pliegos.

7. Evaluación de las propuestas: la administración evaluará las propuestas con el fin de verificar si necesita aclaración por parte de los proponentes o si es suficiente para seleccionar una propuesta que sea más favorable, esta evaluación se deberá realizar con el cuidado y profesionalismo de los servidores públicos escogidos para esta labor.

8. Traslado del informe de evaluación: el informe de evaluación permanecerá en secretaría por 5 días hábiles para que los proponentes presenten las observaciones que consideren pertinentes.

9. Adjudicación del contrato: este plazo también deberá estar fijado en los pliegos y si es necesario se podrá prorrogar.

10. Audiencia pública de adjudicación del contrato: en esta audiencia participarán todos los que intervinieron en el proceso y las demás personas que así lo deseen y de la misma se levantará acta en la cual se dejara constancia de todo lo acontecido.

12. Suscripción del contrato: el adjudicatario deberá suscribir el contrato correspondiente en las fechas fijadas para ello, de no hacerlo, la administración hará uso de todas las acciones legales constituidas para este tipo de negocios.

En el evento que esto suceda, la administración, mediante acto administrativo debidamente motivado, dentro de los quince días podrá escoger al proponente que quedo en segundo lugar, esto, siempre y cuando esta propuesta sea favorable para la entidad estatal.

Esto es lo que nos establece el estatuto de contratación estatal, más adelante ampliaremos lo concerniente a estas etapas de la licitación pública. Agregamos a esto, que es muy importante saber que los contratos que se efectúan por esta

modalidad, como ya hemos dicho con anterioridad, son especialmente los de mayor cuantía, de manera que la entidad estatal, deberá establecer cuál es la menor cuantía, tomando como base su presupuesto anual, para saber que contratos estarán sujetos a la licitación.

En su libro modalidades de selección de contratistas en la contratación estatal, pág. 39 el Doctor, JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO, manifiesta:

“Los contratos del estado se clasifican de mayor, menor y mínima cuantía, determinada en función del presupuesto anual de la entidad y el valor del contrato que se proyecta celebrar, expresado en función del salario mínimo legal mensual”

En razón del objeto, se podrá utilizar esta modalidad de selección para los contratos de fiducia y encargo fiduciario, también, a discreción de la administración, se podrán celebrar contratos que estén sujetos a la modalidad de selección abreviada y contratación directa, siempre y cuando estos contratos superen la menor cuantía. Hay que agregar que de igual forma los contratos de obra, concesión, suministro y compraventa de bienes muebles, suministros de servicios, este último siempre que no sean bienes y servicios de características uniformes de común utilización, están sujetos a la licitación.

La ley 1150 de 2007, introdujo muchos cambios y trajo algunas novedades al estatuto de contratación y una de ellas es la interpretación de dos tipos de licitación una licitación general y otra especial o por conformación dinámica de la oferta.

2.5 LICITACION GENERAL:

Esta licitación se caracteriza, porque a los oferentes no se les permite mejorar la oferta que presentaron al inicio del proceso.

2.5.1 Planeación y Estudios Previos

Antes de iniciar un proceso de licitación general, se deberá de realizar una etapa de planeación y estudios previos, ya que se establecerá la necesidad que se satisface con el contrato, definir el objeto a contratar, los fundamentos jurídicos que soportan esta modalidad de selección, el análisis técnico y económico del contrato, la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, el soporte que permita la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

Es muy importante tener en cuenta todos estos aspectos al momento de abrir un proceso de licitación ya que de esta etapa dependerá el contenido del pliego de condiciones, el cual constituye el marco jurídico del proceso y en toda licitación deben observarse las reglas establecidas en la ley de contratación estatal.

Toda entidad estatal, deberá seguir estos requisitos en la elaboración de los estudios de conveniencia y oportunidad:

1. Deberá hacer una descripción de la necesidad que la entidad estatal va a satisfacer con la contratación. Quiere decir que la entidad deberá identificar las necesidades que tiene la comunidad, para poder establecer cuáles son las más urgentes y de esta manera iniciar un proceso de contratación. Este punto es de mucha importancia ya que en nuestro medio, la contratación no se realiza por la necesidad de la comunidad, si no por el beneficio propio de la entidad, por esta razón los colombianos debemos de estar muy atentos para evitar que estas situaciones se presenten en las administraciones y cuidar los recursos públicos.
2. La entidad deberá identificar el objeto a contratar, sus especificaciones. Esto significa que debe poseer toda la información necesaria sobre el objeto a contratar, debe precisar todo lo relacionado con el mismo y tratar de establecer los aspectos más importantes que se posea.
3. Deberá escoger de acuerdo con los aspectos del contrato, la modalidad de selección del contratista. La administración determinara cual es la modalidad de selección de contratista que va a utilizar, esto de acuerdo a los fundamentos jurídicos que sustente dicha elección. En este punto hay que agregar, que la entidad no puede escoger una modalidad de selección sin un fundamento jurídico, porque tiene que respetar las leyes de contratación estatal, teniendo en cuenta que el estatuto de contratación estableció unas razones que determinan la escogencia de la modalidad de selección de contratistas, para evitar que se presenten abusos en la misma.

4. El valor estimado del contrato que se va a celebrar. También deberá incluir la forma como realizó esta operación, esto para comprobar si está correctamente calculado, indicar las variables que utilizó para hacer el cálculo del presupuesto de la administración. Hay que recordar que el valor del contrato es muy importante porque nos ayuda a determinar la cuantía del mismo y del mismo modo, nos remite a la modalidad de selección que debemos escoger, también, que la ley 1150 de 2007 en su artículo 2 puso a disposición de las entidades estatales, una tabla, la cual servirá de base para establecer la cuantía del contrato y otros aspectos relacionados con el mismo.

5. La administración, justificara los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable. La entidad debe tener en cuenta este requisito cuando la ley no sea clara, porque hay casos en que la norma deja algunos vacíos en el tema, entonces la administración debe cumplir con lo señalado en este requisito para evitar que se presenten abusos en el momento de evaluar las propuestas de los participantes en el concurso. Recordemos el artículo 2.2.9 del decreto 734 de 2012 “ofrecimiento más favorable a la entidad”.

El ofrecimiento más favorable a que se refiere el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 modificado por la ley 1474 de 2011, se determina de la siguiente manera. Inciso 3. En los procesos de selección por licitación...la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o formulas señaladas en el pliego de condiciones;
 - b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.
6. El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. La ley 1150 de 2007 en su artículo 4, establece dicho requisito que será de obligatorio cumplimiento para la administración, los riesgos previsibles en la contratación estatal, son las circunstancias que si se presentan en la ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio económico del mismo, por esta razón al determinarlos se pueden regular y se excluyen del concepto de imprevisibilidad, hay que tener en cuenta que todo riesgo que se pueda identificar y cuantificar será previsible, de manera que una vez se definen en el contrato se debe hacer claridad sobre lo que asume cada una de las partes.

Sobre este tema el Doctor FANDIÑO, (2012) pag.44 ,en su libro modalidad de selección de contratistas dice lo siguiente “ los riesgos buscan identificar todas las contingencias posibles durante la ejecución del contrato, mediante su asignación a cada una de las partes; permitiéndoles , y sobre todo al contratista, sepa a qué atenerse en caso de la ocurrencia de los riesgos asumidos, así como calcular anticipadamente si el valor del contrato y el complemento del precio por los riesgos asumidos estructuran un

negocio interesante” analizando este aspecto que es de mucha importancia para el contrato, de manera que el contratista no se admire si llega a suceder alguna de estas circunstancias.

7. Garantías para el amparo de los perjuicios. Se debe hacer un análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la celebración del contrato y de los riesgos a los que el cumplimiento y la responsabilidad puedan estar expuestos, quiere decir que la entidad al realizar los estudios previos deberá hacer esta evaluación y dejar claridad sobre el tema. el artículo 5.1.9 del decreto 734 de 2012 dispone las excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía “en los contratos de obra, operación, concesión...la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda de 5 años. En este caso el contratista otorgara garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar”
8. La entidad debe indicar si la contratación esta cobijada por el T.L.C. Esto se trata de que las entidades estatales deben observar las obligaciones que el estado se comprometa a cumplir en estos tratados. El artículo 8.1.17 del decreto 734 de 2012, sobre este aspecto dice lo siguiente “las entidades estatales deberán observar las obligaciones que en materia de acuerdos internacionales y tratados de libre comercio vinculen al estado colombiano, para lo cual establecerán si la respectiva contratación a realizar se encuentra cobijada por los mismos, Para el efecto verificaran: si la cuantía del proceso lo somete al capítulo de compras públicas, si la entidad estatal se encuentra

incluida en la cobertura del capítulo de compras y, si los bienes y servicios a contratar no se encuentran excluidos de la cobertura del mismo”

Las administraciones públicas, deberán seguir todo estos requisitos para la elaboración de los estudios previos, ya que estos análisis servirán de apoyo para la elaboración del proyecto pliego de condiciones.

2.5.2 Proyecto de Pliego de Condiciones.

Este proyecto deberá ser publicado, para que los interesados puedan hacer sugerencias y la administración si lo considera conveniente puede corregirlo y también para garantizar el principio de publicidad, establecido en el estatuto de contratación estatal, el decreto 2170 de 2002 estableció este requisito de manera obligatoria para la administración.

El Doctor BORJA Ávila Ramiro, (2009) pág. 221 en su libro estudios jurídicos sobre contratación estatal, dice lo siguiente: “El contenido de los estudios previos da lugar a la elaboración del proyecto del pliego de condiciones, en esta etapa este documento se llama “proyecto”, porque el pliego podrá ser ajustado por la entidad posteriormente. Una vez se hayan hecho todos los ajustes existirá el pliego de condiciones definitivo...se debe impedir la formulación de ofrecimiento de extensión limitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. Sobra decir que las reglas no deben de inducir en error, ni incluir condiciones y exigencias de

imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, pues son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones que impliquen renunciaciones a este tipo de reclamaciones”

Quiere decir que el proyecto del pliego debe ser lo más claro posible, para que pueda ser bien interpretado por los interesados en participar en este proceso. Sentencia 3 de mayo de 1999, exp. 12344, Consejo de Estado, En cuanto a la elaboración del pliego, la sala de lo contencioso administrativo ha precisado que la entidad licitante tiene a su cargo la carga de claridad y precisión dispuestas entre normas legales en el artículo 24 numeral 5, literal b,c y e de la ley 80 de 1993, que garantiza la selección transparente y objetiva del contratista”

2.5.3 Pliego de Condiciones

El pliego de condiciones es el marco jurídico del contrato, es decir las reglas están contenidas en este acto. El Consejo de Estado manifiesta que el pliego es un acto administrativo de carácter general, es un acto administrativo que cuando contiene cláusulas violatorias de la ley de contratación que infrinjan ilegalmente la participación de los oferentes o quede alguna manera se conviertan en un obstáculo para la selección objetiva, es posible demandarlo en acción de nulidad o de restablecimiento del derecho... sentencia septiembre 17 2007. Quiere decir que aunque el pliego es la norma que rige el proceso debe de acogerse a las normas de contratación estatal.

También, manifestó en sentencia 31 de octubre 2007 rad. 15475 lo siguiente:

“El pliego de condiciones forma parte esencial del contrato porque comprende los términos y las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas y reglas bajo las cuales se efectuara el contrato”

El Consejo de Estado en sentencia de 26 de abril de 2006 expediente 16041, manifestó:

“Este deber de sometimiento a la ley y al pliego de condiciones, impide a la entidad modificar los requisitos del pliego fuera de los eventos y oportunidades expresamente previstos en la ley, como quiera que esto resulta lesivo de los principios que rigen la selección y de los derechos de los participantes” quiere decir que la entidad al preparar el proyecto del pliego debe cuidarse que este respetando tanto las normas como los principios del estatuto de contratación.

Sentencia 15005 de 8 de junio 2006 C.P Maria Elena Giraldo, Consejo de Estado:

“Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección”

La sala de lo contencioso administrativo advierte que el pliego es por regla general intangible, lo cual significa que no es dable alterarlo o inaplicar las reglas y condiciones previstas en el. No obstante la jurisprudencia concibe como precedente

la modificación de aspectos puntuales del pliego si los cambios son razonables, objetivos y se comunican oportunamente a todos los interesados, se someten a la ley que rige la selección y, sobre todo, si se producen antes del cierre de la licitación, esto es, antes de que se cumpla el plazo dispuesto a la presentación de las respectivas propuestas.

El Doctor FANDIÑO, (2012), pág. 48 en su libro modalidad de selección de contratistas edición manifiesta:

Que el pliego de condiciones se define “como un acto administrativo unilateral expedido forma motivada en la etapa precontractual por medio del cual se regula la convocatoria pública para la presentación de la propuestas, se establecen las condiciones a las cuales se deben sujetarse, el procedimiento de selección del contratista y contenido del contrato..” entendemos de esta definición, la importancia del pliego y por esta razón es el elemento fundamental del contrato estatal.

Que el pliego de condiciones, es un acto administrativo de naturaleza general, esta manifestación de la administración crea situaciones impersonales, objetivas y abstractas, este acto se puede demandar mediante la acción de nulidad. El pliego es la norma que rige la convocatoria y los participantes en la misma deben guiarse por las reglas allí establecidas.

Las entidades públicas, al momento de la elaboración de los pliegos, aunque tiene autonomía, deben cumplir los requisitos establecidos en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, los cuales son:

- a) Requisitos objetivos para que las personas puedan participar en el proceso, es decir los requisitos que deberán cumplir los participantes para poder presentar sus propuestas.
 - 1. La capacidad jurídica, será la capacidad para contraer derechos y obligaciones.
 - 2. La experiencia que deben presentar los participantes en el campo que se va a desarrollar el contrato.
 - 3. La capacidad financiera, significa que el proponente debe de tener capacidad financierarequerida para responder por el objeto del contrato.
 - 4. La organización, significa la estructura de trabajo con la que cuenta el contratista para la ejecución del contrato.
- b) Reglas objetivas, justas, claras y completas que aseguren una escogencia objetiva.
- c) Las condiciones de costo y calidad del objeto.
- d) En la elaboración del pliego se deberán incluir condiciones y exigencias que puedan cumplir las partes del contrato.
- e) Estas reglas deben estar escritas con gran claridad, para que no haya malas interpretaciones por parte de los proponentes y así evitar problemas futuros en la ejecución del contrato.
- f) Se definirá el plazo para la ejecución del contrato. Si el pliego de condiciones

no contiene los requisitos mencionados anteriormente, dichos pliegos serán ineficaces ante la ley.

El decreto 734 de 2012 en su artículo 2.2.3, en general y sin perjuicio de los requisitos especiales, menciona también estos requisitos:

1. Descripción detallada y completa del objeto del contrato.
2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos y demás reglas.
3. Las razones y causas que generan el rechazo de las propuestas o de la declaratoria de desierto del proceso de selección.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías y demás asuntos relativos al mismo.

En resumen de todo lo mencionado anteriormente, el pliego de condiciones es en definitiva, la norma del proceso de selección y por esta razón su importancia, ya que de la elaboración de este, depende en gran parte, la eficiencia en el proceso de selección, adjudicación del contrato y ejecución del mismo.

2.5.4 Acto de Apertura

El acto de apertura de la licitación pública, es un acto administrativo que debe de estar debidamente motivado, significa que desde este momento se abre la licitación. Aquí la entidad deberá señalar lo siguiente:

Objeto de la contratación.

- La modalidad de selección que corresponde a la contratación
- Cronograma del proceso, con indicación de los lugares y fechas en que se realizaran las audiencias respectivas.
- Lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones, los documentos previos y definitivos y otros.
- Convocatoria a las veedurías ciudadanas.
- El certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo a las normas orgánicas correspondientes.
- La entidad podrá también, señalar otros asuntos que considere pertinentes para la convocatoria.

2.5.5 Publicación del Acto de Apertura

Esta publicación se realizara en diarios de amplia circulación, dentro de los 10 a 20 días anteriores a la apertura de hasta 3 avisos con intervalo de 2 y 5 días calendarios, según el objeto y naturaleza del contrato, este aviso deberá contener la información sobre el objeto y las características de la licitación respectiva.

Debemos recordar que el principio de publicidad, es uno de los más importantes en el proceso de licitación, de manera que la entidad debe realizar este procedimiento tal cual, como lo establece la ley de contratación.

2.5.6. Revocatoria del Acto de Apertura

La entidad podrá revocar el dicho acto hasta antes de la fecha y hora prevista para la adjudicación del contrato, esto será solo si se presenta alguna de las circunstancias del artículo 93 que señala el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo que son las siguientes:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la constitución política y a la ley.
2. Cuando no este conforme con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Solo en los casos descritos anteriormente, se le permite a la entidad la revocatoria de dicho acto, debido a que se trata de la vulneración de los preceptos legales.

En cuanto a la audiencia de asignación de riesgos hay que tener en cuenta que, en este tipo de modalidad es obligatorio determinar, estimar y asignar los riesgos previsibles, según la ley 1150 de 2007, artículo 4. Otra audiencia que se celebra es la de aclaración y modificación de los pliegos, se hará dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para presentar propuestas, en caso de que algún interesado solicite aclaraciones adicionales la entidad responderá mediante comunicación escrita y se le enviara a todos los participantes en el proceso, con el fin de preservar el principio de publicidad.

El consejo de Estado, también, se ha manifestado sobre este tema y ha dicho que solo es posible modificar los pliegos, siempre y cuando no afecten el principio de

igualdad constitucional, es decir, que no sea que la administración modifique los pliegos para favorecer algún proponente, porque estaremos frente a la violación de dicho principio.

2.5.7 Evaluación de las Propuestas

Esta es quizás, la etapa más compleja en este proceso de licitación, ya que hay que ser muy cuidadoso al momento de hacerlo y la entidad deberá sujetarse a los criterios de evaluación señalados en los pliegos para evitarse demandas futuras. Se debe evaluar los aspectos objetivos para calificar la oferta y no al oferente y según el artículo 88 de la ley 1174 de 2011, en este caso los factores de ponderación o evaluación son los que determina cual es la oferta más favorable, estos factores son los siguientes:

- a) Ponderación de los elementos de calidad y precio: esta evaluación esta soportadas en puntajes y formulas las cuales están señalas en los pliegos, hablamos de factores técnicos que garanticen la calidad de la oferta y económicos los relacionados con los precios. Desde lo técnico lo analizamos con estos criterios: cumplimiento de contratos anteriores, calidad de los materiales, el plazo de ejecución, características medioambientales, características funcionales, procedimientos constructivos aplicables. Cuando se establecen dichos factores se le dará los respectivos puntajes. Desde lo económico: se utiliza el precio más bajo y mecanismos matemáticos para comparar las ofertas, como medidas aritméticas, bases estadísticas, la medida geográfica o la mediana y otros.

- b) Ponderación de elementos de calidad y precio: aquí se busca la mejor relación costo-beneficio para la entidad, este mecanismo consiste en determinar de las ofertas que se presentaron en el proceso cual es la que representa la mejor relación costo-beneficio mediante la conformación dinámica de la oferta.

En este mecanismo de evaluación de las ofertas la entidad deberá señalar en el pliego de condiciones los siguientes aspectos:

Las condiciones técnicas mínimas, son los requisitos que desde la perspectiva técnica debe acreditar la oferta para garantizar que se ejecutara el trabajo que la entidad requiere.

Las condiciones económicas mínimas, se refieren al valor económico total que ofrece el proponente, que corresponderá a lo que la entidad le debe pagar al contratista y será el valor del respectivo contrato.

Las condiciones técnicas adicionales, son los aspectos adicionales de la oferta técnica mínima que representan beneficios en materia y calidad de funcionamiento para la entidad estatal, el caso de unos mejores materiales que los exigidos en el pliego.

Las condiciones económicas adicionales, son las situaciones que pueden presentar beneficios para la entidad desde el punto de vista de costo del contrato

estatal, como la forma de pago, algunos tipos de descuentos, mayor garantía del bien o servicio, mayor asunción de riesgos previsibles identificados y otros.

Los estudios de evaluación serán elaborados por el comité evaluador, el cual estará conformado por servidores públicos o por particulares contratados en las distintas áreas que sean necesarias, estos resultados serán presentados a la entidad pero esto no obliga al funcionario competente a adjudicar el contrato, el consejo de estado en sentencias septiembre 7 2004 expediente 13790 y 16305, se ha manifestado en este sentido y a dicho lo siguiente:

“...los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, ya que esta solo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal, artículo 26 ord.5 ley 80 de 1993, además, esta calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinente y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes”

De todas formas la responsabilidad de la adjudicación del contrato la tendrá siempre la entidad, de manera que estos informes de evaluación deben ser tenidos en cuenta al momento de la decisión pero la administración podrá modificarlos o corregirlos si lo considera necesario.

En el mismo sentido ha señalado el consejo de estado en las sentencias antes mencionadas, septiembre 7 2004 13790 y 16305, que a través de

estos....informes de evaluación no se adoptan decisiones; los resultados que se incluyen en ellos son apenas preliminares; las indicaciones que puedan contener en relación con la decisión a adoptarse en materia de adjudicación o de declaratoria de desierta o a cerca de la eventual descalificación de una o varias ofertas no pasan a ser mera sugerencia recomendaciones; con ellos no se pone fin al procedimiento de selección contractual. De ahí que tales estudios comparativos o informes de evaluación a lo sumo puedan catalogarse como actos preparatorios, en la medida en que, se repite, simplemente contiene los análisis y las recomendaciones que han de servir de soporte para que sea el jefe de la entidad contratante o su delegado, único y verdadero responsable de la dirección y manejo de los procedimientos de selección.

Después del análisis que presenta el consejo de estado, concluimos que aunque el comité evaluador presente su evaluación de las propuestas al encargado de realizar la adjudicación, esto no quiere decir que sea definitivo para la entidad ya que el adjudicador puede apartarse del concepto del comité, claro está que deberá justificar las razones que tuvo en cuenta para tomar dicha decisión, para evitar que esto se pueda prestar para que la administración tome decisiones para poder adjudicarle el contrato a un proponente para beneficio propio.

El traslado de los informes de evaluación, se realiza dejando los informes en la secretaria de la entidad, por 5 días hábiles para que los interesados para que estos presenten sus respectivas observaciones. A su vez, los entes estatales deberán pronunciarse sobre dichas observaciones presentadas por los oferentes.

2.5.8 Acto de Adjudicación

De ahí la importancia del pliego de condiciones, porque en él está contenido los términos y condiciones en que se debe basar la administración para realizar adjudicación del contrato. En cuanto a este tema el artículo 9 de la ley 1150 estableció lo concerniente a la adjudicación del contrato para evitar que se cometan errores en esta etapa del proceso licitatorio.

El artículo 9 de la ley 1150 2007 reglamento lo siguiente:

“En el evento previsto en el artículo 273 de la constitución política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

Durante la misma audiencia y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado,

caso en el cual la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final de numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

El artículo 273 de la constitución política señala:

“A solicitud de cualquiera de los proponentes el contralor general de la república y demás autoridades de control fiscal competente, ordenaran que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública; los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, a la manera como se efectuara la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las causales se realizara aquellas serán señalados por la ley.”

En la audiencia del proceso licitatorio se tendrán en cuenta lo siguiente:

- a) Los oferentes podrán pronunciarse inicialmente sobre las respuestas dadas por la entidad a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación. En ningún caso esta posibilidad implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta; en caso de presentarse pronunciamiento que a juicio de la entidad requieran de análisis u y cuya solución podrá incidir en el sentido de la decisión adoptara la audiencia podrá ser suspendida por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de los alegado.
- b) Se podrá conceder e cuso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite con el objeto de replicar lasa observaciones que sobre la evaluación de su oferta, se haya presentado por los intervinientes.

- c) Toda la intervención deberá ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente y estará limitada a la duración máxima que la entidad haya señalado.
- d) Durante la audiencia los asistentes deberán observar una conducta respetuosa hacia los servidores públicos y los demás presentes. Quien preside la audiencia podrá tomar las medidas necesarias para preservar el orden y el correcto desarrollo de la misma, pudiendo retirar de ella a quien con su comportamiento altere su normal curso.
- e) Se podrá prescindir de la lectura del borrador de acto de adjudicación, si la entidad ha dado a conocer oportunamente su texto, con la debida antelación, para su lectura por parte de los oferentes.
- f) Terminada las intervenciones de los asistentes a la audiencia se procederá a adoptar la decisión quien corresponda y se notificara por estrados a todos los proponentes, así no hayan sido favorecido con el acto de adjudicación. Es decir como esta decisión se profiere en el curso de una audiencia pública se entiende notificada de esta forma.

En cuanto a lo explicado anteriormente por todas estas normas anteriormente mencionadas, debemos analizar que la audiencia de adjudicación, deberá realizarse con todos estos requisitos para su validez. También, cabe señalar que este acto es irrevocable obligando tanto a la entidad como el adjudicatario a cumplirlo y solo se podrá revocar si se demuestra:

- Que sobrevino una inhabilidad o incompatibilidad.
- Que el acto se obtuvo por medios ilegales.

Esto, siempre y cuando el proceso se encuentre dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo. De manera que si se presenta después no podrá acogerse a esta revocatoria establecida por la ley para protección de los contratos estatales, también, hay que agregar que este acto de adjudicación no tiene recursos por la vía gubernativa, se podrá impugnar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El consejo de estado, manifiesta que mediante esta acción, quien se crea lesionado en sus derechos podrá demandar el acto de adjudicación, esto quiere decir que no puede demandar una persona cualquiera, si no, quienes estuvieron un interés legítimo por haber presentado una oferta en el proceso de licitación.

En el caso que la entidad, no haya observado una propuesta que se acoja con lo solicitado en el pliego de condiciones, puede decidir no contratar con ninguno de los proponentes y declarar desierta la licitación mediante acto administrativo debidamente motivado.

En sentencia 16 marzo 2000, expediente 11515, la sala de lo contencioso administrativo del consejo de estado manifiesta "el Acto Administrativo en el que se declara desierta una licitación debe estar motivado, debe contener elementos facticos y jurídicos claros y razonables, la entidad no puede adoptar decisiones arbitrarias o infundadas, sus actos deben ajustarse a los fines del interés público, debe estar sometido a los principios generales del derecho, en particular los principios de igualdad, proporcionalidad, imparcialidad, racionalidad y razonabilidad,

debe atender los criterios objetivos de selección del contrato dispuestos en la ley y el pliego de condiciones”

De manera, que la entidad debe motivar esta decisión y debe fundamentarse en los principios antes mencionados, es decir no podrá declarar desierta una licitación sin tener en cuenta lo establecido en los pliegos, los cuales tienen el carácter de ley en proceso de licitación.

También agrega la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado en la misma sentencia 16 marzo 2000 expediente 11515 “no todos los hechos conducen a la declaratoria desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las cláusulas que al defecto dispuso el legislador. La administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley contrario sensu, cuando algunas de las cláusulas de declaratoria de desierta no está configurada, la administración debe proceder a la adjudicación del contrato”

De lo manifestado anteriormente, concluimos que para que la entidad declare desierta una licitación, debe tener muchas razones que deberá de fundamentar muy bien, ya que cuando se abre este tipo de procesos, se están invirtiendo, los recursos de la administración, tiempo y costo para los proponentes que participan presentando sus propuestas con el fin que les sea adjudicado un contrato estatal. En sentencia 11 abril 2002 expediente 12.294, la sala de lo contencioso administrativo (del Consejo de Estado), se pronuncia y dice “la licitación pública, entendida como el procedimiento de formación del contrato que tiene por objeto la

selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas, para los fines del interés público que se persiguen con la contratación estatal, está sometida a condiciones, normas y reglamentos que no pueden cambiarse caprichosamente durante su curso” lo que quiere decir, que al administración debe seguir las reglas de la convocatoria que fueron establecidas en los pliegos, de manera que no tiene libertad de hacer actuaciones que no estén contenidos en los pliegos y en la ley de contratación.

Hay que tener en cuenta, que el hecho que se presente una sola propuesta en el proceso de licitación, no da lugar a que se declare desierta la licitación, así lo ha estimado la jurisprudencia del consejo de estado, claro está, esta única propuesta debe de contener lo exigido por los pliegos, es decir debe ser una oferta que llene las expectativas de lo que la administración está necesitando.

2.6 LA LICITACION ESPECIAL

Este tipo de licitación consiste en que los proponentes presentan un proyecto inicial, que podrá ser mejorada mediante la realización de posturas sucesivas en un ambiente público y concurrencial, sobre los aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas.

Denominada también, como subasta inversa, la licitación por conformación dinámica de la oferta, está regulada por el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 e incorporada por el decreto 2170 de 2012.

El Doctor FANDIÑO, (2012), pág. 70 manifiesta en su libro Modalidades de Selección de Contratistas “podemos decir que por subasta inversa se entiende en seleccionar en las negociaciones como adjudicatarios de contrato, o a quien ofrece más por un bien, sino, por el contrario, quien ofrece menos por ejecutar una obra o un servicio. Será mejor la oferta la que reuniendo las mejores condiciones técnicas de ejecución en una puja de precio a la inversa, resulte ser la que se ejecute por un valor inferior a lo ofertados por los otros”.

Esto es la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes durante un tiempo determinado, ajustan la oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejorada con el fin de lograr el ofrecimiento que por tener el menor costo evaluado represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones, en las condiciones que fijo el decreto 734 de 2012. Es de resaltar que el precio ofrecido no es la única variable sometida a conformación dinámica.

La herramienta electrónica que se emplee deberá permitir que en todo momento el proponente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables las que no admiten mejoras deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas

en el sistema, de manera que este puedan ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado”

De lo expuesto por el Doctor Fandiño, se puede deducir que las características principales que tiene e identifican este tipo de modalidad son: Se escoge al proponente que ofrezca menos por ejecutar una obra o servicio, es decir quien reuniendo las mejores condiciones técnicas, ejecute el respectivo contrato por un valor inferior a los otros proponentes.

Como su nombre lo indica “subasta inversa” aquí, los proponentes pueden conocer la oferta de los demás proponentes y pueden ajustar sus ofertas, de manera que la entidad escogerá la propuesta que le genere la mejor relación costo beneficio. Esta puja dinámica es efectuada electrónicamente, con el fin de que todos los proponentes conozcan la situación que se presenta en todo momento de la subasta. Al término de la subasta, se adjudicará el contrato a quien haya presentado la oferta con la mejor relación costo beneficio para la entidad.

El doctor Ramiro Borja, manifiesta en su libro estudios jurídicos sobre contratación estatal pág 228, sobre este tema lo siguiente:

“Se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser

mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo beneficio para la entidad. En el pliego de condiciones se señalara si procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa”.

En la fecha señalada en el pliego de condiciones los oferentes presentan los documentos que acreditan la capacidad jurídica y el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera requerida por la entidad. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañara el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica

Según lo expuesto por este autor, en el pliego de condiciones la entidad deberá señalar si procede la presentación total o parcial de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa, de manera que esto debe de quedar claro antes de iniciar la licitación, nos damos cuenta que esta modalidad es una modalidad moderna que está tomando bastante fuerza a nivel nacional, se trata de un procedimiento menos complejo y que lo importante es que siempre se escogerá la oferta de mejor relación costo-beneficio.

La entidad, debe verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fueron señalados en los pliegos, con el fin de determinar cuáles son los oferentes

que pueden continuar en el proceso y con los que queden habilitados se continuara la selección de los oferentes, de manera que estos son los que pasaran a participar en la subasta.

El sistema electrónico, juega un papel muy importante en esta modalidad, porque si se usa para la presentación de la totalidad de la propuesta, este, permitirá mediante lances sucesivos ascendentes o descendentes según se defina para cada variable, obtener de manera automática la relación costo beneficio de cada propuesta y permite saber cuál es la más conveniente para la entidad.

La propuesta de oferta inicial que presente un oferente que no hizo uso de su derecho a presentar posturas, se tomara como definitiva, una vez concluido el tiempo previsto.

La herramienta electrónica utilizada para la subasta, debe permitir que los proponentes conozcan en todo momento como transcurre la subasta, esto permitirá que el oferente conozca la situación de sus competidores y pueda participar activamente en dicho proceso.

Recordemos que el sistema electrónico es un medio novedoso en nuestro medio, ya que estamos evolucionando a medida que pasan los años y así mismo evoluciona nuestro sistema legal.

2.6.1 ETAPAS DE LA LICITACION ESPECIAL

En la licitación especial, se deben de cumplir varias etapas para lograr la eficiencia en el momento de celebrar la subasta y se deberán seguir estas reglas:

- a) Es potestativo de la entidad realizar la subasta inversa para conformar dinámicamente la oferta.
- b) En el pliego de condiciones se establecerán las variables técnicas y económicas sobre los cuales se va a realizar la subasta.
- c) Los oferentes deben presentar toda la documentación requerida por la entidad, en la fecha que la administración haya estipulado en el pliego de condiciones.
- d) La entidad debe verificar todos los requisitos exigidos a los oferentes en el pliego, con el objetivo de seleccionar a los que cumplan con lo requerido para habilitarlos a participar en la subasta.
- e) Subasta inversa, en los pliegos deberá establecerse las fechas para realizar la audiencia para la conformación dinámica de la oferta, en esta audiencia los ofertantes presentaran un proyecto inicial, que podrá ser mejorado por medio de la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de la oferta definitiva. en esta etapa de la licitación especial, se levantara acta donde se dejara constancia de todo lo acontecido en la subasta.
- f) La adjudicación se hará en audiencia pública, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 de la ley 1150 de 2007.

Es muy importante que la entidad estatal tenga en cuenta cada una de las etapas de la licitación especial ya que de ello dependerá el éxito en la subasta y sobre todo

para la administración que logra encontrar una oferta favorable para adjudicar un contrato estatal.

Hay que recordar, lo importante que ha sido la modificación que presenta la ley 1150 de 2007, la cual ha permitido mayor claridad en las modalidades de selección su aplicación en nuestro medio, también, el aporte de la jurisprudencia del consejo de estado que ha sido fundamental a la hora de interpretar las normas de contratación en Colombia.

La subasta inversa, es novedosa en nuestro medio y le permite a la administración pública realizar un proceso rápido y sin tantos procedimientos, hay que tener en cuenta que en esta modalidad, lo importante es el precio favorable que ofrecen los proponentes.

En su libro, la contratación estatal del Doctor, CARLOS CATRO CUENCAS, edición 2010 pagina 41, señala los principios de que se deben tener en cuenta a hora de realizar este tipo de modalidad se refiere a los principios de eficacia, publicidad, libre concurrencia, transparencia y demás principios que protegen la contratación estatal.

CONCLUSION

De lo expuesto se puede concluir, que en el transcurso de esta investigación, encontramos que en Colombia, como en algunos países, como Francia, España, Italia, Portugal, la licitación es la modalidad de selección de contratista más utilizada por las entidades estatales, en un país como el nuestro que está siendo acechado por la corrupción esta modalidad es la más adecuada para garantizar los principios de la contratación estatal.

El procedimiento de esta modalidad se encuentra regulado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, también, observamos cómo se ha avanzado esta normatividad teniendo en cuenta los cambios que introduce la ley 1150 de 2007 y el decreto reglamentario 734 de 2012, señalando reglas para salvaguardar el principio de transparencia en la contratación estatal en Colombia.

Se utiliza este procedimiento en los contratos de mayor cuantía y por el objeto del contrato en los de fiducia pública y encargo fiduciario, igualmente, a discreción de la entidad y preferentemente en los contratos de obra, concesión, suministro de bienes y servicios y compraventa de bienes muebles, siempre y cuando no sean bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización y superen la menor cuantía.

Su principal característica, es que corresponde a una modalidad de selección objetiva, que garantiza el principio de transparencia. El estatuto de contratación nos trae una definición muy completa de lo que significa esta modalidad de selección y en su artículo 30 define la licitación, como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable”

El consejo de estado, tiene un papel muy importante en las jurisprudencias que expide sobre este tema, ya que aclara muchos puntos y permite una buena interpretación de las normas establecidas en todo lo relacionado con la contratación estatal en nuestro país. Con este trabajo se pretende llegar al estudio e interpretación de la licitación pública como modalidad de selección de contratistas, con el fin de ampliar los conocimientos sobre la contratación estatal.

Este trabajo se realizó con una investigación profunda en libros, códigos, leyes, jurisprudencias y demás fuentes del derecho, que sirvieron como fundamento para realizar esta investigación, con la cual, se obtuvieron logros satisfactorios porque se aclararon las dudas existentes sobre el tema.

BIBLIOGRAFIA

Esta investigación se realizó con fundamento en el estudio de las siguientes fuentes de derecho:

Aspectos jurídicos de la licitación pública, LOPEZ ELIAS JOSE PEDRO, mexico1999.

Constitución política de Colombia.

Código Contencioso administrativo y demás normas concordantes.

Decreto 2474 de 2008.

Decreto 734 de 2012.

Decreto 4881 de 2008.

Decreto 2170 de 2002.

Decreto 724 2012.

Diritto amministrativo, tercera edición Milano 1993, GIANNI MASSIMO SEVERO pag. 47-49.

Discrecionalidad administrativa, SANCHEZ MORON, Madrid 1994, pag. 13

Estudios jurídicos sobre contratación estatal, BORJA AVILA RAMIRO, 2009 pag.221-228.

JURISPRUDENCIAS CONSEJO DE ESTADO.

La contratación estatal CARLOS CASTRO CUENCAS, edición 2010 pag.41.

Leyes.

Ley 80 de 1993.

Ley 1150 de 2007.

Ley 1174 de 2011.

Ley 446 de 1998.

Licitación pública, DROMI JOSE ROBERTO, buenos aires ed.2002 pag. 114.

Licitación pública, AGUSTIN GORDILLO, buenos aires 2003 pag. 345.

Manual de licitación pública, ISABEL CORREA, CEPAL, 2003.

Modalidad de selección de contratistas, JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO,
EDICION LEYER 2012 pag.39,44,48,70.

Régimen jurídico del contrato estatal, FANDIÑO JORGE GALLO, LEYER 2009.

Régimen de contratación estatal, MANUEL SANCHES C. 2009.

Sentencia 19 de julio 2001. Exp. 12037c.p ALIER EDUARDO HERNANDEZ
ENRIQUE.

Sentencia 3 de mayo 1999, exp. 12344. C.p. DANIEL ZUARES HERNANDEZ.

Sentencia 16 de marzo de 2000, exp. 11515 c.p. MARIA ELENA GIRALDO.

Sentencia 7 de octubre de 2009 exp. 16986.

Sentencia 11 de abril de 2002 exp. 12.294 c.p. ALIER EDUARDO HERNANDEZ
ENRIQUE.

Sentencia 27 de marzo de 1992 exp. 6353.

Sentencia 15005 de 8 de junio de 2006 c.p. MARIA ELENA GIRALDO.

Sentencia 26 de marzo 1992 exp. 6353 c.p CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sentencia 3 de febrero 2000 exp. 10399 c.p RICARDO HOYOS.

Sentencia 29 de enero 2004 exp. 10779 ALIER EDUARDO HERNANDEZ.

Sentencias 11 de abril 2002 exp. 12299 y 26 de abril de 2006 ex. 16041.

Sentencias 31 de octubre 2007 rad. 15475, 19 de julio 2001 exp. 120377 y febrero
del 2002 exp. 103398.

Sentencia 12 de agosto de 1999 rad. 16446.

Tratado de derecho administrativo, ENRIQUE SAYAGUES LASO, tomo I Montevideo 1963 pag.553.

Tratado integral de los contratos administrativos, JORGE ESCOLA, buenos aires, de palma 1977.