

**REFORMA A LA CONTRATACIÓN ESTATAL:
PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE
CONTRATISTAS Y EL PRINCIPIO DE
PUBLICIDAD**

NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO



**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827**

REFORMA A LA CONTRATACIÓN ESTATAL: PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

NÉSTOR DAVID OSORIO MORENO*

RESUMEN

El Contrato Estatal se ha convertido en el instrumento ordinario de la Administración Pública, para lograr la adquisición de bienes y servicios, en aras de obtener la satisfacción del interés general de la comunidad. Con esa finalidad, la Contratación Estatal, se encuentra regulada por la ley 80 de 1993, que, consciente de la evolución de las necesidades y perspectivas de la actividad de la Administración Pública, ha sido reformada por el Congreso, a través de la expedición de la Ley 1150 del 2007, que pretende garantizar la transparencia y eficiencia de la actuación Contractual en las distintas entidades públicas del Estado Colombiano. La reforma del Estatuto Contractual, entre otras, introduce nuevos procedimientos de selección de contratistas y propende por el fortalecimiento de la publicidad de toda la actividad contractual de la Administración Pública.

ABSTRAT

The State Contract has turned into the ordinary instrument of the Public Administration, to achieve the acquisition of goods and services, into altars of obtaining the satisfaction of the general interest of the community. With this purpose, the State Contracting, it is regulated by the law 80 of 1993, which, conscious of the evolution of the needs and perspectives of the activity of the Public Administration, has been reformed for

PALABRAS CLAVES

Contrato estatal. Contratista. Administración pública. Licitación pública. Selección abreviada. Concurso de méritos. Contratación directa. Publicidad. Acto administrativo.

KEY WORDS

State contract. Contractor. Public administration. Bidding. Selected short. On merit. Direct recruitment. Advertising. Administrativo act.

Fecha de recepción: Agosto 3 de 2009

Fecha de aceptación: Octubre 6 de 2009

INTRODUCCION

En esta ocasión, pretendemos abordar, de manera breve, algunos aspectos de la reforma¹ a la Contratación Estatal, con ocasión de la expedición de la Ley 1150 de 2007¹ y el decreto reglamentario 2472¹ del 7 de julio del 2008, que introdujeron modificaciones sustanciales a la Ley 80 de 1993¹.

Esta temática contiene, entre otras, importantes transformaciones sustanciales y procesales, que serán analizadas desde dos aristas, a saber: 1) Nuevas modalidades de selección de contratistas¹ y 2) El Principio de Publicidad en la actuación Contractual¹ de la Administración Pública¹.

1. NUEVAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

Las Entidades Estatales escogerán a sus contratistas, a través de los mecanismos de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa¹, en aras de salvaguardar y aplicar efectivamente el Principio de Transparencia en la Actividad Contractual de la Administración Pública.

1.1. LICITACIÓN PÚBLICA

La licitación pública¹ se mantiene como regla general, dentro de los procedimientos de selección de contratistas de la Administración Pública¹. En esta modalidad, se introduce la novedad que la oferta podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa¹. Esta técnica consiste en 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 por tener el menor costo evaluado represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.¹

PALACIO HINCAPIÉ define la Subasta Inversa, en los siguientes términos: *“Podemos decir descriptivamente que la subasta inversa consiste en seleccionar en las negociaciones como adjudicatario del contrato, no a quien ofrece más por un bien, sino por el contrario, a quien ofrece ejecutar una obra o servicio por un menor valor...”*¹. (Cursiva fuera de texto).

A partir de la reforma comentada, la adjudicación de la licitación pública, se deberá realizar mediante audiencia pública, que será adoptada por el jefe de la entidad o su delegado, mediante acto administrativo motivado, que se notificará al oferente favorecido en la respectiva audiencia¹.

Consideramos que la notificación del acto administrativo de adjudicación, aunque se hace en la misma audiencia, debe ser personal y en concordancia con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y no como lo afirma algún sector de la doctrina¹, que la notificación del acto se hace por estrados.

Al respecto señala el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007: *“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...". (Cursivas nuestras).

El Acto Administrativo de adjudicación, en principio, es irrevocable. Con la nueva norma, esa decisión de la Administración Pública, es susceptible de ser revocada, cuando sobrevenga una inhabilidad o incompatibilidad, durante el lapso comprendido entre la adjudicación del contrato y su respectiva suscripción, o con la demostración de que se obtuvo por medios ilegales¹.

En el evento de presentarse la situación anterior, el artículo 9º de la ley 1150 de 2007, permite que la Entidad Estatal aplique lo dispuesto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que, a su vez, señala: *"...En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad..."*. (Cursivas nuestras).

Sobre el alcance de esta norma, SUAREZ BELTRÁN manifiesta: *"...Hace bien la norma al diferenciar una situación de la otra, en la medida en la cual la segunda no podrá imponerse tal decisión al proponente el proponente que quedó en el segundo lugar en el certamen, dado que el mismo no puede entenderse obligado a suscribir un contrato cuando su oferta ya no se encuentra vigente y cuando las condiciones han variado probablemente de manera sustancial por la ejecución parcial efectuada. Por ello, en este caso, se la posibilidad de negociar con el segundo calificado a efecto de favorecer a la administración que, de lo contrario, debería iniciar un proceso licitatorio."*¹. (Cursiva fuera de texto).

1.2. SELECCIÓN ABREVIADA

Este mecanismo de selección de contratistas se concibe como un procedimiento simplificado que busca garantizar la eficiencia en la actividad contractual, en

aquellos eventos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio.¹

La Ley 1150 de 2007, consagra como causales de la selección abreviada, las siguientes:

- La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización¹.
- Menor cuantía¹
- Celebración de contratos para la prestación de servicios de salud¹.
- declaratoria de desierta de la licitación pública¹.
- Enajenación de bienes del Estado¹
- Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas¹.
- Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta¹.
- Contratos sobre programas de desmovilización, reincorporación a la vida civil, protección de personas amenazadas, programas de atención a población desplazada por la violencia y programas de protección de derechos humanos de grupos de personas de habitantes de la calle¹.
- Contratación de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional¹.

En el procedimiento de selección abreviada, cuando se aplique la causal de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, las entidades estatales podrán hacer uso de los mecanismos de subasta inversa¹, instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios¹ y de procedimientos de adquisición en bolsas de productos. Se encuentra exceptuada la aplicación de estos procedimientos, en los contratos que tengan por objeto la adquisición de estos bienes y servicios, cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía¹.

El artículo 46 del decreto 066 de 2008, incorporó la denominada contratación de mínima cuantía¹, dentro del capítulo de la selección abreviada, como aquella modalidad contractual que permite celebrar contratos cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, sin que sea necesario obtener previamente varias ofertas, teniendo en cuenta solamente los precios del mercado.

No obstante, consideramos que, aunque la modalidad se encuentre prevista dentro del capítulo de este mecanismo de selección de contratistas, se convierte en una autónoma e independiente forma de contratación, sin que se pueda catalogar como una causal de selección abreviada y muchos menos, de contratación directa, debido a que no fue incluida por el legislador dentro del listado taxativa y expresamente consagrado para la procedencia de cada una de las anteriores modalidades.

1.3. CONCURSO DE MERITOS

Esta modalidad de selección de contratistas, se utiliza para la escogencia de consultores o proyectos, a través de los sistemas de concurso abierto o de precalificación¹.

El objeto del concurso de méritos es desarrollado por el artículo 54 del decreto 2474 de 2008, en los siguientes términos: *“A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura...”*. (Cursivas nuestras).

En el concurso de méritos, los factores de selección serán la capacidad intelectual, experiencia y calidad del servicio, y se excluye el precio de la propuesta como factor determinante en el proceso de selección.

Al respecto señala SUAREZ BELTRAN: “...En ese sentido, la reforma revive el llamado “concurso de méritos”, por virtud del cual se premia el talento y la experiencia en la contratación de consultoría por encima del precio, creando las condiciones para un desarrollo vigoroso de esta área, responsable, entre otras cosas, de los diseños y de la interventoría de las obras públicas.”¹. (Cursiva fuera de texto).

La escogencia de consultores se realiza en varias etapas: a) Acto administrativo de apertura; b) Publicación del pliego de condiciones; c) invitación a presentar propuestas; d) presentación de propuestas; e) verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas; f) elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas; g) traslado del informe de evaluación; h) apertura de la propuesta económica del primer elegible; i) verificación de la consistencia de la propuesta económica y j) adjudicación del contrato o declaratoria de desierta¹.

1.4. CONTRATACIÓN DIRECTA

El mecanismo de selección de contratistas de la Contratación Directa, procede en los eventos taxativamente señalados por el legislador y en las que no se requiere o no se puede adelantar un proceso concursal de selección¹. Este procedimiento debe observar, como las demás modalidades de escogencia, los principios de Transparencia, economía, responsabilidad, planeación y selección objetiva.

De conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, la contratación directa¹ procede en los siguientes eventos:

- Urgencia manifiesta¹
- Contratación de empréstitos¹
- Contratos interadministrativos¹

- Contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que necesitan reserva para su adquisición¹.
- Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas¹.
- Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician acuerdos de reestructuración de pasivos (Leyes 550 de 1999 y 617 de 2000), siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.
- Cuando no exista pluralidad de oferentes¹.
- Para la prestación de servicios profesionales¹ y de apoyo a la gestión¹, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.
- Arrendamiento o adquisición de inmuebles¹.

La reforma introduce la exigencia a las Entidades Estatales que, cuando se proceda a utilizar el mecanismo de Contratación Directa, deben expedir un Acto Administrativo que determina la causal escogida o aplicable, el objeto contractual, el presupuesto del contrato y el lugar donde se pueden consultar los estudios previos¹.

Este acto administrativo no será obligatorio que se expida cuando las Entidades decidan escoger al contratista, mediante la causal de los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos.

En el evento de urgencia manifiesta, el acto administrativo de declaratoria de la misma, reemplazará y hará las veces del acto administrativo de justificación de la contratación directa, exigida para las demás causales.

Por su parte, como concreción de la simplificación de la contratación directa, sin abandonar el cumplimiento del principio de transparencia, las Entidades Públicas

elaborarán e incluirán en los estudios previos, solamente, lo relacionado con la descripción de la necesidad, objeto contractual y fundamentos jurídicos de la modalidad de selección de contratistas escogida¹.

Resulta importante anotar que, frente a la regulación original de la ley 80 de 1993, la reforma legislativa excluye la causal de menor cuantía de la modalidad de contratación directa y la incluye como evento procedente en la modalidad de selección abreviada¹.

En ese orden, así como el legislador introdujo importantes cambios en los procedimientos de selección de contratistas en la actividad contractual de la Administración Pública, también incorporó medidas novedosas para garantizar el cumplimiento efectivo del Principio Constitucional de Publicidad, como lo analizaremos, brevemente, a continuación.

2. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En todas las actuaciones de la Administración Pública, resulta indispensable la efectiva garantía de la publicidad de las decisiones y actividades de las entidades públicas, en aras de materializar la esencia del Estado Social de Derecho, previsto en la Constitución de 1991.

Inspirado en el cumplimiento efectivo de esa finalidad, nuestro legislador, mediante la expedición de la ley 1150 de 2007, establece precisas pautas para garantizar la aplicación del principio constitucional de publicidad¹ en la actividad contractual de la Administración Pública, e inclusive, genera el espacio para la utilización e implementación de la publicidad electrónica, con el fin de hacer más eficiente y eficaz los procesos contractuales en las entidades estatales.

Todos los actos y procedimientos de la actuación contractual deben ser publicados, y además, la sustanciación de las actuaciones, expedición de actos administrativos, documentos, contratos y actos derivados de la actividad precontractual y contractual podrán realizarse por medios electrónicos¹.

La información de la publicidad de los actos derivados de la contratación, se realizará en el Sistema Electrónico para la contratación pública (SECOP)¹, a través del portal único de contratación.

Con el fin de materializar el principio de publicidad, la nueva normativa¹ señala que deben ser publicados los siguientes documentos:

- Aviso de convocatoria pública
- Proyectos de pliego de condiciones
- Observaciones y sugerencias al proyecto
- La lista corta o multiusos del concurso de méritos
- Acto de apertura del proceso de selección
- Invitación a ofertar
- Pliego de condiciones definitivo
- Acta de audiencia de aclaración de pliegos
- Acta de audiencia de revisión de asignación de los riesgos previsibles
- Adendas
- Informes de evaluación
- Acto de adjudicación
- Acta de audiencia pública de adjudicación
- Acto de declaratoria de desierto de los procesos
- Contrato(adiciones, modificaciones o suspensiones)
- Acta de liquidación de mutuo acuerdo o acto de liquidación unilateral

Estos actos y documentos deberán publicarse electrónicamente, en la fecha de su expedición o a más tardar, dentro de los tres días (3) hábiles siguientes. Estos

actos permanecerán publicados hasta dos años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta.¹

La regla general de publicidad, encuentra excepción en el mecanismo de la selección abreviada, en relación con las causales de enajenación de bienes, productos agropecuarios. En estos eventos no será obligatoria la publicación de los documentos descritos anteriormente.

En la modalidad de contratación directa, solamente se publicarán el acto de justificación, contrato, acta de liquidación de mutuo acuerdo o acto de liquidación unilateral¹.

Los proyectos de pliegos de condiciones y los pliegos de condiciones definitivos deben ser publicados, en las modalidades de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada. Pero no será obligatorio en los procesos contractuales de menor cuantía, cuando el valor del contrato sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de esta causal.

En esa medida, la reforma legislativa pretende que la actuación contractual de la Administración Pública, sea conocida por toda la comunidad y que cualquier ciudadano tenga acceso a la gestión pública, en relación con la participación y control de los mecanismos de escogencia de contratistas del Estado y de la legalidad de los actos y contratos provenientes de las entidades públicas, en la consecución del bienestar general.

CONCLUSIONES

1. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, no se derogó la Ley 80 de 1993, sino que se introdujeron importantes reformas en actividad contractual de la Administración Pública, en aras de garantizar eficiencia y transparencia en la gestión contractual.

2. La escogencia de contratistas por las Entidades Públicas, se circunscribe a las modalidades de la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.
3. La adjudicación de la licitación pública, siempre se debe hacer mediante audiencia pública.
4. El acto administrativo de adjudicación, en principio es irrevocable, pero se puede revocar por la Administración Pública, cuando sobrevenga alguna inhabilidad o incompatibilidad desde la adjudicación hasta antes de la celebración del contrato, o que el acto haya sido obtenido por medios ilegales.
5. La selección abreviada se convierte en un nuevo procedimiento de selección de contratistas, que busca la simplificación de trámites y la eficiencia de la gestión contractual.
6. Las causales de selección abreviada se encuentran taxativamente señaladas por el legislador, sin que le sea dable a la Administración Pública, la invención o creación de eventos diferentes sin que se encuentren previstos en la norma.
7. La selección de consultores o proyectos se debe realizar mediante la modalidad del Concurso de Méritos.
8. En el Concurso de méritos los factores de selección son la capacidad intelectual, experiencia y calidad del proponente. Se elimina el precio como factor determinante de escogencia.
9. La Contratación Directa procede en los casos expresamente previstos por la ley y se debe expedir acto administrativo de justificación, salvo en los eventos exceptuados por el legislador.
10. Todos los actos y procedimientos derivados de la actividad contractual de la Administración Pública, deben ser publicados en el sistema electrónico para la contratación pública (SECOP), a través del portal único de contratación.

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V. Contratación Estatal: Aspectos controversiales. Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal. Ediciones Uniandes. Bogotá. D.C. 2007.

PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ANGEL. La Transparencia en la Contratación del Estado. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. D.C. 2007.

REYES YUNIS, LAURA. Ley de Contratación Administrativa. Reforma a la contratación estatal. Universidad del Rosario. Bogotá, D.C. 2007.

SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Legis. Bogotá D.C. 2007.

LEY 1150 DE 2007. Régimen de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Bogotá. D.C.. 2008.

DECRETO REGLAMENTARIO 2472 DEL 2008.