

IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA EN EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

IMPORTANCE OF THE BEGINNING OF TARGETS SELECTION
OF THE CONTRACTOR IN THE PUBLIC PROCEDURE BIDDING
IN COLOMBIA.

L'IMPORTANCE DU PRINCIPE DE SÉLECTION OBJECTIVE DE
L'ENTREPRENEUR DANS LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES
PUBLIC EN COLOMBIE.

Carlos Mauricio Mantilla-Pallares¹

Fecha de Recepción: 6 de mayo de 2014

Fecha de Aprobación: 10 de junio de 2014

Págs.: 141-161

RESUMEN

En el régimen de contratación estatal colombiano (Ley 80 de 1993 y Decreto 1150 de 2007), se establece que las entidades estatales deberán seleccionar los contratistas bajo las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa; aplicando los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, con el objeto de cumplir los fines propios de la Contratación Estatal. La aplicación de los principios en materia contractual va más allá de la mera selección objetiva del contratista, es decir, los principios generales del derecho, los

1 Universidad Santo Tomás, Seccional Cúcuta. Este artículo es producto de la Investigación "Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia".

que hagan parte de la Constitución o de una ley, han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal y no solo en el momento de la selección del contratista. Es decir que, postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia y la responsabilidad, entre otros, deben ser desplegados en cada una de las etapas del trámite contractual.

PALABRAS CLAVE

Contratos estatales, Interés general, Licitación pública, Principio de transparencia, Selección objetiva.

ABSTRACT

In the Colombian regime of state engagement (Law 80 of 1993 and Decree 1150 of 2007), it is found that the contractors will have to select the state entities under the modalities of Public Bidding, Brief Selection, Contest of Merits and Direct Contracting; applying the beginning of transparency, economy, responsibility, selection it targets, good faith, planation, advertising and equality, in order to fulfill the own ends of the State Engagement. The application of the beginning in contractual subject goes beyond the mere objective selection of the contractor, that's means, general

beginning of the right, which do part of the Constitution or of a law, it has to be estimated in all the stages of the state engagement and not only in the moment of the selection of the contractor. So that, postulated as the good faith, the prevalence of the general interest, the due process, the transparency and the responsibility, and others, they must be opened in every of the stages of the contractual process.

KEY WORDS

State contracts: They are juridical generating acts of obligations that celebrate the state entities, expected in the private right or in procedure of public law, as title enunciation they are named next: Contract of work, contract of consultancy, contract of provision of services, contracts of concession, fiduciary orders and of fiducially public, and others.

RESUME

Dans le régime d'embouche étatique colombien (loi 80 ,1993 et décret 1150, 2007), prévoit que les entités étatiques doivent sélectionner les entrepreneurs sous les modalités d'adjudication publique, sélection abrégée, concours de vue et engagement direct; en appliquant les principes de transparence, de

l'économie, responsabilité, sélection objective, de bonne foi, planification, la publicité et de l'égalité, avec l'objet de remplir les fins propres du recrutement étatique. L'application des principes en matière de contrats, au-delà de la sélection simple objective du entrepreneur, c'est-à-dire les principes généraux du droit, ceux qui font partie de la Constitution ou d'une loi, doivent être appréciés dans toutes les étapes du engagement étatique et ne pas seulement au moment de la sélection du emboche. C'est-à-dire que, postulats comme la bonne foi, la primauté de l'intérêt général, le processus, la transparence et la responsabilité, parmi autres, doivent

être déployés dans chacune des étapes de la procédure contractuelle.

MOTS CLES

Engagements étatiques: sont des actes juridiques générateurs d'obligations qui tiennent les entités étatiques, prévus par le droit privé ou sur des règles de droit public, comme ceux qui sont nommés ensuit à titre indicatif : engagement de travail, contrat de consultants, contrat de fourniture de services, contrat de concession, commandes d'affectation spéciale et de fiducie publique, parmi autres.

1. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA EN EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

El Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública basa su actuar en tres principios fundamentales de obligatoria y rigurosa aplicación; no obstante, los principios generales y particulares del derecho administrativo y de la función administrativa deben ser observados en todos los procedimientos

precontractuales, contractuales y post-contractuales.

Los principios son reglas que inspiran toda regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Sin embargo, algunas legislaciones latinoamericanas han regulado expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, estos son: transparencia, economía y responsabilidad.

Igualmente se tienen en consideración los mandatos de la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos, que son aquellos en los que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios reguladores de la función administrativa, que corresponde a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (Fandiño Gallo, 2009).

El principio de transparencia, es el deber ser de la contratación, que se orienta en la selección objetiva atendiendo al interés general, y se fundamenta en: la igualdad de oportunidades de los proponentes; la publicidad de todos los procedimientos y actos del proceso de Contratación que, por regla general, se realizarán por convocatoria pública, salvo las excepciones legales; el respeto por los procedimientos: cumplir con la ritualidad de las modalidades de selección, dar a conocer y controvertir los actos de la entidad y tener reglas claras precisas, completas y objetivas. (Gámez Vizcaíno, 2002).

De acuerdo a lo anterior, el principio de selección objetiva, igualmente es un deber que subyace al principio de transparencia, en tanto si la administración escogió la propuesta menos o medianamente favorable a la entidad, y como para completar con criterios de subjetividad, habrá vulnerado el principio de transparencia y con este el deber de seleccionar objetivamente la propuesta más ventajosa para la entidad contratante. (Morales Restrepo, 2012).

De conformidad con el Estatuto General de Contratación, existen tres procedimientos de selección del contratista estatal, o de vinculación contractual a saber: La licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa, y la contratación de mínima cuantía.

En cuanto a la licitación pública, se tiene que es un procedimiento de naturaleza administrativa, de carácter público que contiene una serie de actos previos o preparatorios tendientes a la formación del contrato estatal, que parte de unos estudios y requisitos previos para luego hacer la convocatoria pública para escoger entre las distintas propuestas la más ventajosa a la entidad contratante. Para el Consejo de Estado “la licitación es una de las formas mediante las cuales las entidades públicas escogen las personas naturales o jurídicas con las cuales celebrar un contrato para el

desarrollo de funciones inherentes a su competencia. Es un camino expedito y reglado, con la cual se garantiza que la contratación no sea un mero capricho de la Administración, sino que se aseguran las opciones que más convengan al interés general y por ello es un freno a la corrupción y a los manejos indebidos del presupuesto público, que atentan contra la pureza administrativa”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 22 de junio de 2001, Exp. 14373).

Para el profesor Expósito Vélez (2005), la licitación pública tiene las siguientes características: “Es un procedimiento previo a través del cual se regula la celebración de los contratos estatales con la finalidad de seleccionar la propuesta más ventajosa para la administración; es una invitación pública para que los interesados hagan propuestas, ciñéndose a los pliegos de condiciones o términos de referencia; a través de este procedimiento la administración escoge la propuesta más favorable y a ella adjudica el contrato; el procedimiento tiene como fundamento buscar la finalidad pública estatal a través del contrato administrativo con la aplicación de los principios de igualdad, transparencia, economía y cumplimiento de los pliegos de condiciones. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 22 de julio de 1996, Exp. 10313).

MÉTODO

El alcance que la presente investigación se propuso fue descriptivo, de tipo jurídico, por cuanto busca analizar la normatividad y jurisprudencia referente a la contratación estatal, especialmente lo relacionado con el principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia.

El análisis de la legislación y jurisprudencia, sobre el tema tratado se hizo mediante la aplicación de la hermenéutica jurídica. Así mismo, se utilizó el método deductivo, partiendo de los aspectos generales de la investigación, para llegar a tener un conocimiento específico de la realidad en estudio, lo que permitió formular una serie de conclusiones en base a los resultados que sean obtenidos.

RESULTADOS

1.1 El principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en la normatividad nacional colombiana

La contratación estatal colombiana está compuesta por un conjunto de normas contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios, además por principios establecidos en la misma normatividad.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales, deben supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. (Ramos Acevedo, 2012).

Es decir, la celebración de los contratos estatales tiene por propósito dar cumplimiento a los fines del Estado, por lo cual en su celebración y ejecución debe estar presente el principio de prevalencia del interés general; de ahí que la Ley 80 de 1993 defina al contratista como un colaborador del Estado. “En razón de este interés general es que la administración, además de evaluar la propuesta en forma objetiva, está en la obligación de analizar las circunstancias externas, tales como la capacidad económica del oferente; el equipo de que dispone; su experiencia; organización y estado financiero...”.

En la actual Ley 80 de 1993 se indican los límites dentro de los cuales debe actuar la administración para contratar señalando principios, reglas y preceptos que deben cumplir las Entidades estatales, entre los cuales se destacan: i) el de transparencia, que preceptúa como regla general,

procedimientos de escogencia pública de contratistas; ii) el de economía, que limita los procedimientos y etapas a los estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; iii) el de responsabilidad, que obliga a los servidores públicos a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos; iv) el de selección objetiva, que prescribe cómo la selección debe ceñirse al ofrecimiento más favorable a la administración y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores subjetivos del adjudicador; y v) el de igualdad de los competidores, que garantiza a todos los sujetos interesados en la convocatoria, estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades. (Rave Aristizábal, 2008).

En relación con el deber de selección objetiva del contratista, el artículo 29 del Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), consagra lo siguiente:

“es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. El ofrecimiento más favorable es aquel, que teniendo en cuenta los factores de escogencia tales como cumplimiento, experiencia,

organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

El Decreto 2170 de 2002 desarrolla en su artículo 4 lo referente al deber de selección objetiva, así:

“Del deber de selección objetiva. En desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y en relación con los procesos de selección, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente serán objeto de

verificación de cumplimiento pero no de calificación, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 4o. del presente artículo.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación matemática precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos y siempre que la misma resulte coherente con la consulta de precios o condiciones del mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del presente decreto.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1^{ro} del presente artículo, para la contratación que tenga como objeto la adquisición o suministro de bienes con características uniformes, las entidades estatales tendrán en cuenta como únicos factores de evaluación aquellos relacionados con el precio y la garantía de calidad de los bienes ofrecidos.

4. Para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de

factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate.

En los procesos para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, se preferirá la aplicación de las normas contenidas en el presente decreto cuando ello sea posible.

Parágrafo. En desarrollo de lo previsto en el inciso 2o. del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los documentos y requisitos allí relacionados podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación”.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante fallo de diciembre 03 de 2007 (Rad. 24.715 y otros acumulados), declaró la nulidad del presente Artículo, con excepción de su Parágrafo.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, define el principio de selección objetiva al indicar que:

“su realización se obtiene cuando la elección llevada a efecto por la respectiva Entidad estatal corresponda al ofrecimiento más favorable y a los fines que ella persigue sin tomar en cuenta

ningún tipo de motivación subjetiva”.

La Ley 1150 de 2007, que modificó en parte la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), incluyó un cambio en el proceso de selección objetiva. Antes la experiencia, la capacidad financiera y la organización como condiciones particulares de los proponentes eran objeto de calificación, lo que de entrada podía significar ventaja para proponentes con gran capacidad y experiencia que era aprovechado para que los funcionarios públicos encargados de hacer los estudios previos y elaborar los pliegos de condiciones lo utilizaran para entregarles a estos proponentes un puntaje inicial a favor. (Ricci Pino, 2005).

Estas condiciones ahora son exigidas al contratista como requisitos habilitantes para la presentación de la propuesta, pero no son objeto de puntuación. La puntuación de las propuestas recae exclusivamente sobre sus condiciones técnicas y económicas, lo que hace que los proponentes se esfuercen en presentar propuestas debidamente elaboradas.

Es importante aclarar, que el deber de selección objetiva debe cumplirse en todas las modalidades de selección del contratista: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. La Ley 1150 de 2007 también es clara al disponer en

el párrafo 2° del artículo 2 que la selección objetiva es obligatoria en todas las modalidades de selección del contratista.

Es así como, se sabe que la licitación utiliza esos principios -y otros más- de manera ampliada, casi hasta los límites posibles de cada uno, pues el contexto en el que se aplican y las etapas donde se desenvuelven, lo facilitan y lo exigen.

De acuerdo al concepto de licitación pública, que como lo señala la norma precitada:

“es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, es decir, “la ratio iuris”, no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al cumplimiento del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc.) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas”.

En relación con el procedimiento de licitación pública, la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, ha dicho que:

“El mismo hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”. (Fallo 17767 de 2011, Consejera ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz).

Por otra parte, la licitación permite que todo el que quiera participar lo haga, comparándose las distintas ofertas en igualdad de condiciones; sin embargo, la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental. (Rico Puerta, 2009).

1.2 Finalidad que tiene el deber de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la finalidad esencial de la contratación administrativa, que traduce el supuesto constitucional de realización del interés público, impone, como principio de ineludible observancia: la objetividad de la selección de los contratistas de los entes estatales, que garantice, como lo consagra el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la obtención de dichos fines”.

El mismo legislador define como selección objetiva, aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Y entiende la ley por ofrecimiento más favorable, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser

más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo algunos de ellos, el más bajo precio, o el plazo ofrecido.

Constituye entonces la selección objetiva del contratista, imperativa obligación de orden constitucional y legal a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el ente estatal contratante, cualquiera que sea el procedimiento de selección al que acude para la escogencia del proveedor o prestador del bien o servicio requerido.

Por otra parte, al esencial postulado de la selección objetiva, como principio tutelar de la contratación pública, se incorporan, en forma concordante, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 del estatuto contractual.

El artículo 24 del estatuto, señala el Principio de Transparencia que garantiza la escogencia del contratista de manera imparcial, objetiva y en igualdad de condiciones. El numeral primero del artículo en comento, establece como regla general el deber de escoger al contratista por el procedimiento de licitación o concurso público, fijando por vía de excepción los casos en los cuales las entidades públicas pueden prescindir de este procedimiento. El numeral 8 ibídem, prevé que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder, para los cuales se

ceñirán a la ley y a la finalidad del interés público e igualmente les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás procedimientos previstos del estatuto de contratación.

1.3 Funciones que debe cumplir el principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia.

Es importante, señalar que ha sido una preocupación constante del Legislador en materia de contratación propender que se cumpla a cabalidad el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado, para garantizar el buen ejercicio de la función pública con el fin de proteger el interés general, y por ello, a pesar de que el Estatuto de Contratación vigente no se adentra en detalles a diferencia de los Estatutos que le precedieron se ocupó dicho aspecto en varias de sus normas, dejando clara su intención de establecer reglas y principios que impidan el incumplimiento del deber de selección objetiva, y por ello en el Artículo 28 consigna la forma de interpretación de las reglas contractuales. Expresa la citada exposición:

“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas

y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de los que trata esta Ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (...). (Ley 80 de 1993).

El Consejo de Estado, ha precisado la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037:

“Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato”. Se tiene por tanto que

los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la selección del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que este último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él.

1.4 Desarrollo jurisprudencial del principio de selección objetiva dado por el Consejo de Estado en sus pronunciamientos sobre el tema.

El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004).

De igual forma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Sentencia del 3 de diciembre de 2007,

expresa lo siguiente en relación con el principio de selección objetiva:

“(…)

d) El principio de selección objetiva (deber).

La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

(…)

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.”

En este sentido, la selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma

consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concursos públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen -transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa, de suerte que el concepto jurídico indeterminado “oferta más ventajosa” del artículo 29 citado pueda ser susceptible de concreción en sede de revisión de la legalidad y razonabilidad de la comparación de los ofrecimientos, por cuanto esta actividad no es discrecional ni arbitraria, sino reglada,

en tanto pone a la administración en frente del inequívoco camino de elegir aquella oferta que se ajusta a dichas condiciones y adjudicar al proponente que supera a los demás.”...” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P.: Luz Stella Correa Palacio, Sentencia del 3 de diciembre de 2007).

De acuerdo a la Sentencia de 29 de agosto de 2007, proferida por la Sección Tercera de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado:

“(...) la selección del contratista debe ser objetiva, a propósito de la cual precisa que tal finalidad se concreta cuando recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007).

La Sentencia del 20 de mayo de 2010, proferida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, referencia lo siguiente respecto de la selección objetiva:

“(...)”

c) La selección objetiva en la contratación estatal.

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado.

Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo

ilegal si los desconoce. Por el contrario, se entiende como acto discrecional, aquella determinación en la cual la administración puede optar entre varias soluciones posibles, siendo válida aquella que escoja.

Lo anterior significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión, de aquí que se califique como totalmente objetiva. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso

puesto que la selección se hizo en forma subjetiva...” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación No. 1.992 -11001-03-06-000-2010-00034-00 del 20 de mayo de 2010).

1.5 Cumplimiento del principio de selección objetiva del contratista en el proceso de licitación

En relación con el procedimiento de licitación pública, el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), ha expresado lo siguiente:

“...”

“El procedimiento de licitación pública hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so

pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato”.

En pronunciamiento más reciente, dicha Corporación (sentencia del 31 de enero de 2011, C.P: Olga Mélida Valle de De La Hoz), ha reiterado lo siguiente:

“...”

“la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”. (Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007).

En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir

los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

En tal pronunciamiento también se estableció:

“...”

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. (Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007).

(...)

Por su parte, el principio de responsabilidad, impone al

servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.

En íntima relación con el principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” 4. Así las cosas, “tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas”. Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.” (Ibídem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007).

(...)

Ahora bien, en cuanto al principio de selección objetiva, en virtud del cual, el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1993, consagra que la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, ha definido tal precepto legal que, ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad. Dicho de otro modo, ofrecimiento más favorable es el que resulte con el más alto puntaje o calificación, de acuerdo con la evaluación o ponderación que realice la entidad de los factores establecidos en el pliego de condiciones, previo estudio de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que habilitan una propuesta.

Por tanto, la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los

contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. (Suárez Beltrán, 2007).

Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 Constitución Política como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (De Vivero Arciniegas, 2007).

El artículo 30 de la ley 80 establece los diferentes pasos o etapas que conforman el procedimiento administrativo requerido para la adopción de una decisión. De acuerdo a esto, la entidad licitante primero debe agotar lo

correspondiente al orden interno de la administración, y luego de conformidad con el artículo 25 de la ley 80, la ley 1150 y el decreto reglamentario 2474 de 2008, realizar el conjunto de actuaciones previas al acto de apertura del proceso de selección (avisos, prepliegos, etc.) que afectan a terceros y tienen por objeto materializar los principios de planeación, transparencia y publicidad aplicables a la contratación estatal.

Cumplida dicha etapa previa, el artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula la licitación propiamente dicha, la cual se descompone en: i) el acto de apertura del proceso de selección; ii) los pliegos de condiciones; iii) la publicidad del proceso; iv) la posibilidad de aclaración sobre el alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia correspondiente, así como las modificaciones a los pliegos, si ello fuere pertinente; v) plazo de la licitación, esto es, el término a partir del cual se pueden presentar las propuestas y su cierre; vi) contenido de las propuestas; vii) evaluación de las propuestas y elaboración de los informes de evaluación; viii) traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes; ix) plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato correspondiente, y x) posibilidad de adjudicación en audiencia pública.

Como puede advertirse, se trata de un procedimiento que tiene como finalidad la selección objetiva de un proponente, la cual se concreta en la obligación de expedir un acto administrativo reglado, de manera que cualquier persona que repita la evaluación debe llegar a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva.

2. DISCUSIÓN

La selección objetiva se encuentra definida en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, y es considerada como la máxima expresión de la transparencia. Esta se concreta en que la oferta más favorable sea la que se ajuste a los requisitos y condiciones objetivas de

evaluación indicadas en los pliegos de condiciones; la escogencia de la mejor propuesta con base en criterios objetivos contrarios a consideraciones subjetivas y discrecionales, y en que los contratistas sean escogidos mediante los procedimientos de selección consagrados en la ley.

El deber de selección objetiva del contratista que caracteriza la contratación estatal, es el mecanismo que prevé la ley para escoger al mejor proponente de acuerdo a los fines de la contratación estatal, la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Este deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no solo la licitación pública, sino también la contratación directa. En efecto, por tratarse de uno de los mecanismos dispuestos en la ley para la celebración del contrato estatal, está sometida a todas las reglas y principios que el estatuto contiene, dentro de los cuales está el principio de selección objetiva.

La selección del contratista debe ser objetiva, cuya finalidad o propósito se concreta cuando recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los

fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva.

La selección objetiva del contratista, constituye una imperativa obligación de orden constitucional y legal a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el ente estatal contratante, cualquiera que sea el procedimiento de selección al que acude para la escogencia del proveedor o prestador del bien o servicio requerido.

En el caso concreto de la licitación pública, el deber de selección objetiva del contratista, se orienta a adjudicar el contrato al proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio.

3. REFERENCIAS

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 22 de julio de 1996.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 22 de junio de 2001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 03 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 20 de mayo de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 3 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 31 de enero de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 19 de julio de 2001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 29 de agosto de 2007.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 20 de mayo de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 18 de marzo de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 31 de enero de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 29 de agosto de 2007.

Constitución Política de Colombia de 1991. (2012). Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

Decreto 2170 de 2002: Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se

dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2474 de 2008: por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

De Vivero Arciniegas, F. (2007). Contratación Estatal: aspectos controversiales en Colombia. Bogotá, D.C., Ediciones Uniandes.

Fandiño Gallo, J.E. (2009). Régimen Jurídico del Contrato Estatal. Bogotá, D.C., Editorial Leyer.

Gámez Vizcaíno, J. M. (2002). Manual de Procedimiento de la Contratación Estatal. Editorial Legis, Bogotá.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto de Contratación Estatal.

Ley 1150 de 2007. Por la cual se modifican algunos artículos de la ley 80.

Ley 1474 de 2011. Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad de la gestión pública.

Morales Restrepo, D. (2012). Régimen de la Contratación Estatal anotado. Bogotá, D.C., Editorial Leyer.

Ramos Acevedo, J. (2012). Contratación Estatal: Teoría General y Especial. Segunda edición. Bogotá, D.C., Ed. Gustavo Ibáñez.

Rave Aristizábal, G. (2008). Derecho Administrativo y Contratación Estatal.

Tercera edición. Bogotá, D.C., Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Ricci Pino, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Rico Puerta, L.A. (2009). Teoría y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá, D.C., Editorial Leyer.

Suárez Beltrán, G. (2007). Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Comentarios a la Ley 1150 de 2.007. Bogotá, D.C., Editorial Legis S.A.