

**CRITERIOS PARA DETERMINAR DE FORMA OBJETIVA LA EXISTENCIA DE
PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS**

AUTORES

ANA MARIA RODRÍGUEZ BARRAGAN

JEISSON ANDRÉS RODRÍGUEZ

DOCENTE

DR. EDGAR GUARÍN RAMÍREZ

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

2017

CRITERIOS PARA DETERMINAR DE FORMA OBJETIVA LA EXISTENCIA DE PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS

RESUMEN

Dentro del régimen de contratación estatal en Colombia, se maneja un concepto precios artificialmente bajos, cuya verificación y evaluación está en cabeza de la administración a través de los comités evaluadores designados para cada proceso de contratación, no obstante, no existe dentro de la legislación colombiana un criterio concreto y claro que permita inferir de forma inequívoca cuándo una oferta presentada al proceso de contratación incurre en tal circunstancia. De allí que el presente artículo pretende determinar unos criterios a tener en cuenta en el momento de realizar la evaluación y verificación consagrado en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015¹, con el fin de que el procedimiento consagrado en esta norma, se realice de forma objetiva; para ello se utiliza como fundamento los principios que rigen la contratación estatal tales como la planeación, la transparencia, la igualdad, la libre concurrencia, el equilibrio económico del contrato, la responsabilidad, la eficacia y la selección objetiva.

ABSTRACT

Under the state contracting regime in Colombia, an artificially low price concept is handled, whose verification and evaluation is at the head of the administration through the evaluating committee appointed for each contracting process, however, it does not exist within the Colombian legislation a concrete and clear criterion that allows to infer unequivocally when an offer presented to the contracting process incurs such circumstance. Hence, this article aims to determine criteria to be taken into account when carrying out the evaluation and verification process enshrined in Article 2.2.1.1.2.2.4 of Decree 1082 of 2015, in order that the procedure

¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional

enshrined In this standard, is carried out objectively; The principles governing state contracting such as planning, transparency, equality, free competition, the economic balance of the contract, responsibility, efficiency and objective selection.

Introducción

En los procesos de contratación estatal adelantados por las autoridades colombianas, existe una obligación para el comité evaluador designado por estas, dentro de la cual, al momento de realizar la verificación de aspectos económicos, deben constatar si los valores cotizados por los oferentes incurren en el ofrecimiento de precios artificialmente bajos. De conformidad con el la norma², si el valor de una oferta PARECE artificialmente bajo, la Entidad debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador o quien haga la evaluación las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis la misma en la evaluación de las ofertas. Cuando el valor de la oferta sobre el cual la Entidad tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo cumplimiento del contrato si es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con el análisis la misma en la evaluación de las ofertas (Congreso de la Republica, Decreto 1082, 2015).

De allí que, principalmente en los procesos de contratación en los cuales el máximo puntaje por concepto económico, se otorga a quien oferte el menor valor, han tenido una gran dificultad al momento de establecer si las ofertas económicas presentadas incurren en el ofrecimiento de precios artificialmente bajos o no, ya que dicha circunstancia se evalúa en primera instancia de acuerdo a situaciones y explicaciones que cada oferente sustenta como “objetivas” según su criterio, y en segunda instancia dichas explicaciones son evaluadas por cada comité evaluador con criterios de objetividad distintos.

² Artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015.

Este escrito se realiza con el propósito de determinar criterios objetivos, para verificar si una propuesta presentada a un proceso de contratación incurre o no en el ofrecimiento de precios artificialmente bajos, utilizando como fundamento esencial la aplicación de los principios que rigen el estatuto de la contratación estatal en Colombia, como criterios que han de brindar una mayor seguridad jurídica dentro de proceso precontractual, lo cual favorece no solo a las partes intervinientes dentro del proceso contractual, sino a los fines propios de la contratación estatal, permitiendo la escogencia de la mejor oferta, situación que beneficiará no solo a las entidades estatales, sino a los proponentes, contratistas y la propia sociedad a la cual están dirigidos los objetos contractuales. Estos criterios buscan que en la práctica, las entidades estatales realicen adjudicaciones a las ofertas más ventajosas para cumplir los fines propios de la administración pública, sin que se acuda a valoraciones subjetivas, y permitiendo que los procedimientos contractuales no solo logren su finalidad, sino que se haga valorando y optimizando el tiempo y los recursos económicos empleados para la consecución del fin propuesto, con un manejo eficiente de los recursos públicos, con una planeación adecuada y respetando los derechos, deberes y obligaciones tanto de los servidores públicos como de los proponentes y eventuales contratistas. En el presente escrito se utiliza un método de análisis conceptual de los principios de planeación, transparencia, igualdad, libre competencia, equilibrio económico del contrato, responsabilidad, eficacia y selección objetiva, como fundamento para determinar los criterios que coadyuven a llenar el vacío normativo existente referente a la determinación de existencia de precios artificialmente bajos dentro de los procesos de contratación estatal.

Los principios como criterio de interpretación

Bajo la premisa de que el presente artículo pretende la determinación de criterios que permitan evaluar de forma objetiva la existencia de precios artificialmente bajos, y que dichos criterios estarán fundamentados en los principios que rigen la contratación estatal, es pertinente hacer alusión a la relevancia que tiene la interpretación de las normas jurídicas a través de estos preceptos.

A juicio de Dworkin (2012) “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso e importancia”. (P. 77). Este postulado refleja la importancia de su aplicación para el desarrollo del presente artículo, pues lo que se pretende es suplir con el contenido de los principios el vacío jurídico que existe en el decreto 1082 de 2015, respecto de la delimitación del concepto de precios artificialmente bajos. A su vez, Alexy (1993) respecto de los principios afirma que:

“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) los principios serían, pues, mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas. Por el contrario, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese sentido, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa —concluye Alexy— que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pág. 86)

En este sentido Dworkin (2012) afirma que “Una vez tales principios y directrices son aceptados como derecho, y por tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguiría que las normas, deben su fuerza por lo menos en parte, a la autoridad de principios” (P. 98).

Estos conceptos permiten establecer que los principios de la contratación estatal, son normas imperativas y de optimización. Para Sandoval (2015) “adicionalmente, sirven como criterio hermenéutico e, inclusive, se emplean como fuente integradora del derecho ante la ausencia de normas concretas nos permiten crear criterios de interpretación para llenar los vacíos legales que el ordenamiento jurídico” (P. 14). Bajo esta perspectiva nos permite realizar el análisis de los mismos, y cumplir con el propósito del presente artículo, consistente en determinar criterios que permitan una evaluación objetiva y coherente por parte de los comité evaluadores de las entidades del estado respecto de la verificación de precios artificialmente bajos, a través del análisis e interpretación de principios fundamentales de la contratación estatal.

Precio artificialmente bajo

Como presupuesto esencial para establecer de forma clara el objeto de estudio del presente escrito, es necesario determinar y delimitar el concepto de precio. Para Rodríguez (2016) “El precio termina siendo la remuneración que pide el oferente a la entidad estatal, por las obras, bienes o servicios que se obligaría eventualmente a realizar en su favor. Y el precio, dentro de una oferta, resulta dado finalmente en función a una propuesta que fija la propia Administración en los pliegos de condiciones o sus equivalentes” (p. 102).

El precio ofertado dentro de un proceso de contratación estatal tiene unas características especiales, unos requisitos que han de ser tenidos en cuenta al momento de realizar su evaluación y verificación por parte del comité evaluador designado para tal fin, y así corroborar la

coherencia, seriedad y proporcionalidad de este respecto del objeto contractual. Al respecto (Rodríguez, 2016) indica que:

El precio debe ser real e intangible: El precio debe ser real y por tanto, los proponentes tienen la carga de ofrecer una contraprestación que esté acorde con las condiciones del mercado y debe “guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido”, pues ello asegurará la correcta ejecución del contrato. (...) El numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, Prevé: Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”. Así se observa como el contratista es sujeto pasivo de responsabilidad cuando por hechos imputables a su gestión, más tarde, pretende sustentar alguna reclamación en contra de la administración contratante. (Rodríguez, 2016, pág. 106) Otra condición que debe contener el precio es su intangibilidad, que hace referencia al carácter inmodificable del ofrecimiento económico y que por tanto no puede ser alterado unilateralmente por ninguna de las partes, esto es, no por los proponentes ni tampoco por la Administración, sin perjuicio de las correcciones aritméticas que se puedan presentar a instancias de las entidades estatales, solo en determinados casos, pues en estos eventos, no hay modificación del precio, sino un ajuste en el valor porque se advierta la existencia de un error menor en un determinado ítem” (Rodríguez, 2016, pág. 109)

Ahora bien, respecto de la verificación de si el precio se considera artificialmente bajo, el Artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015 indica que si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. La

pregunta es ¿Cómo determinar cuándo el precio parece artificialmente bajo? Pachón (2014) haciendo una crítica al contenido de la norma, indica que “en este reglamento pudo incluirse la fijación de una banda de precios mínimos y máximos con efecto eliminatorio tal y como existía antes de la vigencia de la Ley 1150³, ya que de esta forma se torna más objetiva la evaluación de este factor” (P. 64). Sin embargo la normatividad legal vigente aplicable deja dicha consideración en manos del comité evaluador quien deberá seguir el procedimiento para establecer la existencia de tal situación. Para Gómez (2015) “se eliminó en esta disposición la prohibición que estaba prevista en el artículo 2.2.10 del Decreto 734 de 2012⁴, según la cual la entidad estatal no podía establecer límites de los cuales presumir que una propuesta era artificialmente baja. Esta norma permite contrarrestar el lavado de activos y otras prácticas ilegales o monopolísticas y, por tanto, omitir esta valoración puede ser grave” (Gómez, 2015, pág. 42)

Para el Honorable Consejo de Estado (2008), el precio es artificialmente bajo, debe declararse cuando es, “Irrisorio o falso como valor de los bienes y servicios que se pretende contratar, frente a lo que realmente arroja la realidad económica y financiera del mercado y las condiciones del proponente”. A su vez, Hincapié (2014) afirma que: “Los precios deben ser proporcionales a la prestación que cumple el contratista, pero se dan eventos en los cuales el proponente reduce el precio de sus ofrecimientos a niveles que no representan ni el costo que le generaría su ejecución. (P. 251).

Se evidencia entonces que la norma, no define de forma taxativa o expresa unos criterios específicos y concretos que le permitan al evaluador discernir de forma objetiva cuando un

³ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁴ Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Derogado por el Decreto 1510 de 2013.

precio incurre o no en la cotización de bienes, obra o servicios a precios artificiales, no obstante, de la lectura sistemática de las normas aplicables es posible establecer dos presupuestos que deben ser verificados dentro de este proceso de verificación. Matallana (2013) afirma que: “El decreto reglamentario solo da dos presupuestos para habilitar una oferta de que se tenga “sospecha” de ser artificial: 1) Que no ponga en riesgo el proceso de selección 2) Que no ponga en riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse” (P. 504).

Este autor desarrolla estos dos presupuestos en el siguiente sentido:

“De acuerdo a lo expuesto, el concepto de propuesta artificialmente baja para garantizar que no ponga en riesgo el proceso de selección o el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse, es aquella oferta que se encuentra por debajo del promedio de precios de mercado pero que ha superado el punto de no pérdida, en donde el oferente si se le llega a adjudicar el contrato, se vería lesionado en su patrimonio, pues implicaría su empobrecimiento. Que no ponga en riesgo el proceso de selección, debe entenderse en aquellos casos que se afecte el derecho a la igualdad de aquellos oferentes que actuando bajo el principio de la buena fe constitucional previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, presentan ofrecimientos por encima del punto de no pérdida y se le adjudica a aquel que con dicho propósito pretenda hacer un ofrecimiento, por debajo del punto de no pérdida” (Matallana, 2013, pág. 505) Así mismo, debe entenderse que no se ponga en riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de no adjudicarse, se encuentra asociado a varios eventos: 1) en primer lugar que no se ponga en riesgo la calidad del objeto contratado cuando al ejecutarse el contrato, el contratista para no perder como consecuencia de una oferta artificial, pretende colocar bienes de menor calidad de la ofrecida con el fin de evitar la pérdida en su patrimonio, con lo cual,

si el sistema de control y vigilancia del contrato opera generaría el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. 2) En segundo lugar que durante la ejecución del contrato el contratista alegue rompimiento de la ecuación contractual y promueva una reclamación ante la entidad contratante, con el riesgo para el estado de que esté obligado a reparar por aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, que indica que el estado responderá patrimonialmente , por los daños antijurídicos que le sean imputables , causados por acción u omisión de las autoridades públicas ¿Por qué respondería el Estado por el daño antijurídico? Porque actúa con negligencia y descuido al permitir adjudicar una oferta por debajo del punto de no pérdida y quedaría obligado a reparar el daño, y al ser una conducta calificada con culpa grave puede dar lugar a la acción de repetición prevista en la Ley 678 de 2001" (Matallana, 2013, pág. 506)

Esta postura nos permite establecer que para ejecutar un adecuado análisis del valor de la oferta, la entidad debe realizar un adecuado y riguroso estudio de mercado dentro del cual debe determinar de la manera más diligente el valor real del bien, obra o servicio objeto del contrato, y es allí donde cobra un papel preponderante la correcta ejecución del principio de planeación.

Principio de planeación

A la planeación se le reconoce como un principio vertebral en materia de contratación pública y, en general, como un cimiento de toda la organización estructural del Estado social de derecho (Sandoval Peña , 2015, pág. 15). El principio de planeación es uno de los criterios más relevantes para la realización de un proceso de evaluación objetivo de precios artificialmente bajos, pues es allí donde en primer lugar los proponentes inician su proceso de análisis para la elaboración y presentación de oferta económica y a su vez es el punto de partida desde el cual la entidad estatal inicia su proceso de verificación de precios ofertados. Para Rosero (2016) “En el

pliego de condiciones se deben establecer con claridad, los factores de evaluación y ponderación de ofertas, las reglas que se van a respetar a la hora de evaluar, por parte del comité asesor y evaluador de propuestas designado.” (P. 114). En este sentido Mejía (2014) afirma que “Cuando el valor del contrato este determinado por precios unitarios la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos.” (P. 259)

Cuando se trata de la determinación de existencia de un precio artificial, debemos iniciar por establecer que la Entidad Estatal realizó un estudio de mercado serio, adecuado, responsable, coherente y proporcional al objeto contractual y a los fines de la administración pública, que le permita determinar cuál es el valor real de la obra, bien o servicio a contratar, es decir, se parte de la base de que la entidad dentro de la elaboración de los estudios previos, realizó un estudio de mercado dentro del cual definió los costos y valores que le sirvieron de base para la determinación del presupuesto oficial del proceso de contratación, a través de un estudio idóneo, y adecuado del sector, ya que estos valores serán los que sirvan como punto de comparación y determinación de la existencia de precios artificialmente bajos.

El artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, indica que con el propósito de suministrar al público en general información veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. A su vez el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.1 respecto del deber de análisis de las Entidades Estatales, establece que la Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo y que se debe dejar constancia de este análisis en

los Documentos del Proceso, y por último, en su artículo 2.2.1.1.2.1.1 respecto de los estudios y documentos previos, indica que son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato, y que en este sentido deben contener entre otros el valor estimado del contrato y la justificación del mismo, incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos.

A su vez, el honorable Consejo de Estado respecto del principio de planeación ha hecho referencia a que el principio de planeación es vital para el cumplimiento de otros principios de la contratación estatal, porque de la correcta aplicación y ejecución de este principio, depende que el proceso se desarrolle en debida forma, y bajo esta perspectiva establecido lo siguiente:

“En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros” (Consejo de Estado, Sección Segunda, 2014)

En otra de sus providencias, para el caso concreto objeto de estudio, el Consejo de Estado estableció los preceptos del principio de planeación respecto del análisis de precios, afirmando que el mismo debe ser real, para lo cual indicó lo siguiente:

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad

(...) La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (...) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos” (Consejo de Estado Sección Tercera, 2013)

A su vez, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (2014), dentro de su guía para la promulgación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, establece que:

Al respecto, cabe señalar que lo que se desea determinar es si el precio es razonable, valiéndose de factores como la estimación previa del contrato adjudicable y los precios del mercado o de todo contrato anterior sobre el que se disponga de datos. Se hace

hincapié en que se solicite información sobre el precio propiamente dicho, no sobre los costos en que se ha basado el proveedor o contratista para determinarlo. Ese criterio refleja el hecho de que la entidad adjudicadora no puede basarse únicamente en un análisis de los costos básicos para determinar con exactitud el riesgo de incumplimiento del contrato, que es, después de todo, el objetivo de la evaluación. En segundo lugar, la entidad adjudicadora deberá tener en cuenta la respuesta del concursante en cuestión. Sin embargo, el hecho de que este se niegue a facilitar la información solicitada no dará automáticamente a la entidad adjudicadora el derecho a rechazar la oferta; será uno de los factores que deberá tener en cuenta al considerar si su precio es anormalmente bajo. Solo tras adoptar las medidas previstas en el párrafo 1 del artículo podrá la entidad adjudicadora rechazar una oferta que considere anormalmente baja. Sin embargo, no está obligada a rechazar toda oferta que sea anormalmente baja. El Estado promulgante tal vez desee conservar esa flexibilidad, en reconocimiento del carácter sumamente subjetivo inherente a la evaluación del riesgo de incumplimiento, o puede decidir, en cambio, circunscribir la discrecionalidad para aceptar o rechazar esas ofertas con miras a evitar incongruencias y arbitrariedades y a promover las buenas prácticas de contratación. A tenor del párrafo 2, toda decisión de rechazar una oferta anormalmente baja debe ser consignada en el expediente de la contratación y comunicada sin demora al concursante afectado, y podrá ser impugnada con arreglo al capítulo VIII de la Ley Modelo. 11. Los Estados promulgantes deben ser conscientes de que existen otras medidas, además de las previstas en este artículo, para prevenir eficazmente el riesgo de incumplimiento que plantean las ofertas anormalmente bajas (Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, 2014, pág. 123)”

Es así, que el principio de planeación se torna de vital importancia a la hora de realizar la verificación de precios dentro de un proceso de contratación estatal, y por ende es un criterio que se ha de tener en cuenta al momento de efectuar la verificación de existencia de precios artificialmente bajos, pues como se ha argumentado, dicha verificación se hace en comparación con los valores previamente determinados por la entidad dentro del estudio de mercado realizado, el cual debe ser público y debe contar con una etapa dentro de la cual todo interesado pueda realizar observaciones o presentar objeciones en ejercicio de su derecho de contradicción, lo cual se traduce en la aplicación misma del principio de transparencia.

Principio de Transparencia

La transparencia es, para efectos de la determinación de los criterios objetivos para la evaluación de precios artificialmente bajos, la forma en que se debe proceder y actuar en cada una de las etapas del proceso de contratación, este principio ha de permear cada una de las actuaciones de la administración, así como de los interesados y participantes del proceso.

Su desarrollo normativo se encuentra determinado en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y ha sido regulado en la Ley 1150 de 2007, Rodríguez (2015) afirma que en cuanto la Ley 80 de 1993 se relacionan las diferentes reglas de proceder a cargo de la administración en la actividad contractual, y en la Ley 1150, se regulan los distintos procedimientos de selección de los contratistas del Estado (P. 44).

Desde una perspectiva más práctica, Hincapié (2014) afirma respecto del principio de transparencia que “Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo a unas reglas precisas, completas y objetivas. (P. 61). De igual forma, este autor incorpora otro requisito adicional respecto de la oponibilidad a

terceros de la totalidad de documentos que integran el proceso de contratación, para lo cual indica que:

La Publicidad de las actuaciones contractuales garantiza la transparencia que permite a la comunidad ejercer control sobre ella ya sea por conducto de asociaciones cívicas comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, quienes podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyan contravenciones o faltas en materia de contratación estatal (Hincapié, 2014, pág. 62)

En este mismo sentido Matallana (2013) afirma que: “los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir, los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.(P. 329). Esta oportunidad de pronunciarse respecto de los documentos y actuaciones de la administración, no solo garantiza el cumplimiento de los principios del debido proceso, publicidad y contradicción como garantía para los interesados, sino que es una oportunidad que la entidad para revisar sus propias decisiones y de ser necesario corregir en forma oportuna cualquier yerro en que se hubiese podido incurrir en la estructuraciones del proceso o en la elaboración de los documentos que lo integran obteniendo la mejor oferta técnica y económica que sea más favorable para los intereses de la entidad; de esa manera se evita el riesgo de demanda por no acceder a las pretensiones de quien alega poseer el primer orden de elegibilidad (Matallana, 2013). Para Serrano (2013) la aplicación del principio de transparencia el proceso de contratación se debe llevar a cabo de forma “Pública, objetiva, imparcial y diáfana, sin dar lugar a ambigüedades que puedan ser aprovechadas por personas inescrupulosas, deseosas de apoderarse de los dineros del erario

público, cuyo destino es satisfacer necesidades de la colectividad” (P. 39). Este autor define y concreta los principios que a su juicio hacen parte integral del principio de transparencia y que deben ser aplicados en cada una de las etapas precontractuales, para lo cual manifiesta que:

En aplicación del principio de transparencia, se debe interpretar las reglas de la contratación relacionadas con el procedimiento de selección y escogencia del contratista y las cláusulas y estipulaciones de los contratos, teniendo en cuenta los fines y principios del estatuto contractual, los mandatos de la buena fe, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos (Serrano, 2013, pág. 42). El principio de imparcialidad que debe regir en las actuaciones administrativas, tiene un vínculo estrecho con el principio de transparencia. Si en virtud de ese principio, las autoridades deben actuar, teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos administrativos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés, en general, cualquier clase de motivación subjetiva (...) La publicidad, es un principio de la función administrativa que va de la mano con el principio de transparencia. Si con esta última máxima, se busca que la actividad contractual sea del dominio público, salvo reserva legal, para que toda persona pueda ser veedora de la forma como se administran los dineros públicos; que mejor, que dicha actuación, así como sus actos sean conocidos de manera masiva por la ciudadanía mediante el empleo de tecnologías o medios electrónicos (Serrano, 2013, pág. 40)

Se puede señalar que, el principio de transparencia es el deber ser del actuar y proceder de la administración y de los interesados dentro de un proceso contractual. En el caso concreto objeto de estudio, la transparencia se verá reflejada en el momento en que la entidad le dé

traslado y publicidad a cada una de sus actuaciones, dentro de los términos establecidos para tal en el procedimiento contractual, cuando permite el ejercicio del derecho a la contradicción y genera un espacio de controversia que permite una interacción, beneficiando y enriqueciendo el proceso mismo y los fines que busca. Para Güechá Medina (2015) el ejercicio del derecho a la contradicción:

“Es la oportunidad propicia para que los oferentes, hagan valer sus derechos y no tener que acudir al desgastante proceso judicial, para que el juez del contrato determine la viabilidad o no de las objeciones presentadas, cuando se pronuncien sobre el acto definitivo demandado; pero es igualmente una ocasión para que la Administración corrija sus errores en la evaluación y se libre de los procesos judiciales, que le puedan acarrear consecuencias gravosas, desde el punto de vista económico indemnizatorio y de la ejecución del contrato y cumplimiento de los fines que se propone la contratación” (Güechá Medina, 2015, pág. 135)

La transparencia propiamente dicha, envuelve dentro de si el cumplimiento de principios de orden constitucional que la integran, la soportan y la complementan, así lo afirma Rosero (2016) al indicar que este principio es un desarrollo del derecho a la igualdad, como derecho constitucional, toda vez que la entidad estatal busca contratar el bien o servicio para cumplir los fines del Estado en la selección de la oferta más favorable, que garantice la eficiencia en el cumplimiento del contrato, evite la indebida selección del contratista y permita la libre concurrencia para una selección objetiva del mismo, en igualdad de condiciones y oportunidades, y dé a conocer todas las especificaciones y condiciones del contrato a celebrar, así como los requisitos habilitantes y factores de calificación. (P. 96)

Es por ello, que se hace necesario profundizar la aplicación del principio de igualdad como criterio que coadyuve a la determinación de precios artificialmente bajos.

Principio de Igualdad

El principio de igualdad tiene una especial protección ya que hace parte de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política. Para el caso concreto de su aplicación dentro del Estatuto de Contratación Estatal, el Honorable Consejo de Estado se ha indicado que:

El principio de igualdad en un proceso de contratación es desarrollo del derecho constitucional consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Además, a él se hace alusión expresa en el concepto que de la licitación pública prevé el párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y los principios de transparencia, y el deber de selección objetiva de que tratan los artículos 24 y 29 de la citada ley, incorporan reglas que son claro desarrollo del mismo. El principio de igualdad en el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones. Por ende, este principio implica entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos

y condiciones establecidas en los pliegos, sin que pueda rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007)

En este sentido, Rodríguez (2015) afirma que: “Se trata de un derecho con connotaciones amplias en el régimen de contratación estatal pues está atado al principio de transparencia y de libertad de concurrencia. La selección objetiva del contratista es el claro y típico ejemplo de la selección práctica de la igualdad”. (P. 27). A su vez, Matallana (2013) respecto del principio de igualdad indica que: “Se refiere a la garantía que debe otorgar el Estado a los ciudadanos que muestren interés (...) para que defina unas reglas de selección objetivas que les permitan participar en condiciones que no generen privilegios para algunos de los participantes” (P. 71).

Por otra parte Rosero (2016) en sus argumentos respecto de la definición del principio de igualdad dentro de los procesos de contratación además de establecer la igualdad de oportunidades, incorpora un elemento adicional que corresponde a las acciones afirmativas respecto de grupos vulnerables de la sociedad, para lo cual indica que:

En el pliego de condiciones se deben establecer reglas que pongan en igualdad de condiciones a todas las personas interesadas en la contratación, para diseñar y presentar las ofertas con unos mismos lineamientos, sin perjuicio, claro está, de las acciones positivas o afirmativas, a favor de grupos discriminados; vale decir, con la inclusión de condiciones que favorezcan a quienes se encuentren en situación de discriminación, ya sea por razones sociales, económicas o culturales (Rosero, 2016, pág. 111)

Se observa que la aplicación del principio de igualdad no solo debe garantizar las mismas oportunidades y condiciones para todos aquellos que pretendan contratar con el estado, sino que deben incluirse aspectos que garanticen la concurrencia de grupos discriminados y vulnerables constitucionalmente protegidos. Sin embargo, existe un factor adicional atinente a la libertad, que es aplicable y pertinente a la verificación de precios artificialmente bajos, que corresponde a la libre concurrencia, el cual debe ser analizado, pues obedece a la libertad que cada interesado tiene de estructurar su oferta de conformidad con las condiciones objetivas y concretas propias y específicas del oferente.

Libre Concurrencia

El artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, indica que cuando a juicio de la administración, la oferta parezca artificialmente baja, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Asimismo, establece esta norma que cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

Esta disposición tiene su fundamento en el contenido del artículo 333 de la Constitución Nacional, el cual indica que en desarrollo directo del principio de igualdad, Rosero (2016) afirma que dentro de los pliegos de condiciones las entidades del Estado deberán establecer condiciones impersonales y generales. Este principio impide que los pliegos de condiciones sean diseñados para que solo uno o unos pocos puedan acceder a la licitación, por tanto, los requisitos habilitantes de pasa o no pasa deben ser los necesarios y con la proporcionalidad requerida,

acorde con la naturaleza del objeto contractual y del presupuesto destinado por la entidad convocante, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (P. 114)

Complementa dicha apreciación el contenido del principio de la buena fe, que aplicado a los procesos de contratación estatal implica a juicio de Rosero (2016) que: “Los oferentes no podrán presentar información falsa, ni ofertas artificialmente bajas, ni ocultar inhabilidades o incompatibilidades, y evitar que se impliquen entrabamientos o dilaciones injustificadas del proceso (P. 114)

Frente a este hecho, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (2014), dentro de su guía para la promulgación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública, establece que:

El artículo establece salvaguardias para proteger los intereses de ambas partes. Por un lado, faculta a la entidad adjudicadora para investigar toda oferta anormalmente baja antes de que se concluya un contrato, previniendo así el riesgo de que el contrato adjudicado no pueda ejecutarse, o no pueda ejecutarse con arreglo al precio ofrecido, y evitando gastos adicionales, demoras y perturbaciones en la marcha del proyecto. Por otro lado, la entidad adjudicadora no podrá rechazar sin más una oferta por el mero hecho de que su precio parezca anormalmente bajo. Ese derecho se prestaría a irregularidades, ya que podría rechazarse una oferta sin dar al proveedor o contratista que la hubiese presentado la oportunidad de explicar las razones que pudiese tener para ofrecer ese precio, o basándose en una evaluación totalmente subjetiva. Ese riesgo puede ser grave en la contratación internacional, ya que un precio anormal en un país puede ser perfectamente normal en otro. Por esas razones, solo se permite que se rechace una oferta anormalmente baja cuando la entidad adjudicadora haya tomado medidas para fundar sus

dudas acerca del buen cumplimiento del contrato ofrecido, sin perjuicio de lo dispuesto en otra ley aplicable que la obligue a rechazar una oferta si se ha incurrido en algún acto delictivo (por ejemplo, el blanqueo de capitales) o práctica ilícita (como la inobservancia de la obligación de pagar el salario mínimo o los aportes de seguridad social, o la colusión). En consecuencia, en el párrafo 1 del artículo en examen se indican las medidas que la entidad adjudicadora ha de adoptar, antes de rechazar una oferta anormalmente baja, a fin de garantizar que se respeten las debidas garantías procesales y los derechos del concursante afectado (Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, 2014, pág. 122)”

Las medidas preventivas recomendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (2014) para la verificación de existencia de precios artificialmente bajos son concordantes con el procedimiento establecido en el Decreto 1082 de 2015, pues se coincide en que en primer lugar se debe solicitar aclaraciones por escrito al proveedor o contratista en relación, por ejemplo, con datos o muestras que prueben la calidad del objeto ofrecido por este, el método de fabricación utilizado, las soluciones técnicas elegidas y toda otra condición excepcionalmente favorable aprovechada por el proveedor o contratista para la ejecución del contrato, que permitan a la entidad adjudicadora llegar a la conclusión de que el concursante podría cumplir el contrato por el precio ofrecido. Bajo esta perspectiva indica la citada guía que:

Un examen cuidadoso de la idoneidad de todo proveedor o contratista con el que se negocie, así como de su oferta, puede ser particularmente útil al respecto. (...) La entidad adjudicadora también debe ser consciente de la necesidad de reunir datos exactos y completos acerca de la idoneidad de los proveedores o contratistas y de sus antecedentes,

así como de prestar la debida atención a todos los aspectos de la oferta en la evaluación, no solo al precio (por ejemplo, a los gastos de mantenimiento y reposición). Esas medidas pueden servir de gran ayuda para determinar los riesgos de incumplimiento del contrato. Otras medidas podrían ser: i) dar a conocer los efectos adversos que puede tener una oferta anormalmente baja; ii) impartir formación al personal responsable de la contratación, dotarle de recursos suficientes y tenerle bien informado, entre otras cosas, de los precios del mercado, y iii) dar tiempo suficiente para cada etapa del proceso de adjudicación. A fin de evitar que se presenten ofertas anormalmente bajas y de promover una actitud responsable de parte de los concursantes, tal vez convenga que en el pliego de condiciones se haga saber que una oferta puede ser rechazada si su precio es anormalmente bajo y plantea dudas acerca del buen cumplimiento del contrato (Naciones Unidas, 2014, pág. 124)

Como se puede observar, estas medidas están enfocadas no solo a la verificación del valor de la oferta respecto de los precios reales del mercado, sino que buscan que desde la misma evaluación del precio, se pueda determinar si existen riesgos de incumplimiento en la ejecución del contrato que puedan derivar en un posible desequilibrio económico del contrato, situación ésta que es otro de los criterios objetivos de evaluación que se pretende desarrollar dentro del presente escrito.

Equilibrio Económico del contrato

Este principio tiene su origen normativo en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, e indica que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Hoyos et al. (2015) afirma que: “si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las

partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (P. 147). Por otro lado Hoyos et al. (2015) cita a Palacio Hincapié (2014) para resaltar el hecho de que este principio, surgido de la jurisprudencia y la doctrina administrativas, insta al mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones a cargo de las partes en cada momento de la ejecución del contrato, y que también resulta aplicable a las entidades públicas (P. 148). Para Hincapié (2014) el principio del equilibrio económico del contrato inspira el desarrollo de las prestaciones a cargo de las partes, para mantener su equivalencia en cada momento de la ejecución del contrato. (...) se aplica en favor de las entidades públicas y que ya no se trata de una simple ayuda para colaborarle al contratista a la ejecución del contrato, sino que puede llegarse aún a asegurarle, en ciertos casos, el beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista (P. 71)

El concepto de equilibrio económico y financiero de los contratos a juicio de Causa (2015) “se sustenta en los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, en virtud de las cuales las partes en un contrato deben responder a la reciprocidad respecto de las expectativas existentes al momento de proponer o contratar, según el caso”. (P. 113). Para este autor la entidad debe evitar una reclamación posterior por parte del oferente y eventual contratista, y para ello debe desplegar las medidas preventivas necesarias para constatar y evaluar la existencia de riesgos previsibles y su apropiada tipificación desde la etapa precontractual dentro de los pliegos de condiciones, y en este sentido manifiesto lo siguiente:

El desajuste financiero entre prestaciones, derechos y obligaciones desde el mismo momento de la oferta hasta la culminación de la ejecución del contrato, constituye per se desequilibrio contractual, no necesariamente con derecho a su restablecimiento. El simple

rompimiento de las condiciones surtidas al momento de ofertar o de contratar, según el caso, no da lugar al restablecimiento del contrato, entre otros, porque pesa sobre el oferente y el contratista el deber de atender los mínimos de sagacidad. Entre otras limitantes a la reclamación, tenemos que la afectación a la ecuación contractual, para otorgar derecho al restablecimiento, no debe tener su origen en riesgos previsibles. La desatención de carga de previsión del riesgo se ha prestado para abusos, lo que ha motivado que el legislador exija, entre otros, incluir en el pliego de condiciones, la estimación, tipificación, cuantificación y asignación de riesgos previsibles (Causa, 2015, pág. 116). El equilibrio económico y financiero contractual, como finalidad, comporta una garantía abstracta de las expectativas existentes al momento de ofertar o contratar. En su génesis, se perfila sobre la base de que las condiciones iniciales pueden alterarse por causas imprevisibles, cuya existencia puede estar latente al momento de ofertar o de contratar (...) En resumen: el incumplimiento tiene su origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes. (Causa, 2015, pág. 160)

Una vez más se enfatiza en el protagonismo que tiene el comité evaluador y asesor designado por cada entidad para la estructuración y evaluación de los procesos de contratación, y claramente el representante legal de la entidad estatal, pues se les exige actuar de forma diligente y previsiva a fin de evitar incurrir en la ruptura de la ecuación económica al momento de la ejecución del contrato. Situación que nos invita a analizar cuál es la responsabilidad de los funcionarios públicos que intervienen dentro del proceso de contratación pública en Colombia.

Principio de Responsabilidad

De conformidad con el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en virtud de este principio, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a

vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas; Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos; Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. Esta misma norma indica una única responsabilidad para los contratistas, consistente en que responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

Rodríguez (2015) afirma que este principio “estructura todo el régimen de responsabilidad del Estado, penal, disciplinario, civil, fiscal que le atañe a los servidores públicos y contratistas en el trámite, celebración y ejecución de los contratos estatales” (P. 23). A su vez Gómez y Velandia (2015) en su texto sobre deberes y riesgos como posibles generadores de responsabilidad, indican como claro factor de responsabilidad de los funcionarios públicos el hecho de “no tener una adecuada estimación del valor del contrato a celebrar, puesto que el estudio de mercado no refleja un acercamiento a los precios reales del mercado” (P. 54). Por otra parte establecen respecto del principio de responsabilidad lo siguiente:

El proceso de contratación en Estado envuelve deberes a partir del momento en que la administración identifica que le corresponde satisfacer una necesidad y que la misma

atiende al interés general. Una vez realizada esta individualización, le corresponde elaborar todos los estudios, diseños, anteproyectos, proyectos, diagnósticos, etc., los cuales le determinan saber cuál es la mejor opción para adquirir una obra, un bien o un servicio. Esta etapa, que la doctrina ha denominado preparatoria o etapa precontractual con fundamento en necesidades previa y claramente identificadas, implica el deber de elaborar todos los estudios y documentos previos necesarios, dentro de los cuales se encuentran: Análisis de oportunidad, conveniencia y proyecto de pliego de condiciones. (...) Esto determinará el cumplimiento de procedimientos particulares en cada caso; dichos procedimientos respetarán los principios esenciales de la contratación y buscarán un proceso de selección puramente objetivo, en el que prevalezca aquella más favorable para la entidad, sin tener en consideración motivaciones de carácter subjetivos. (...) Las omisiones que se cometan en etapas de planeación tienen implicaciones graves por verse reflejadas en la etapa de desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato, lo cual genera la declaratoria de desierta, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien o servicio prestado e incluso el quebramiento de la ecuación contractual (Ivan Dario Gomez Lee, Diana Velandia Castro, 2015, pág. 53).

Este principio está plenamente ligado al hecho de que los funcionarios públicos deben velar porque el proceso de contratación cumpla los fines del objeto contractual, que supla las necesidades para las cuales fueron realizados, es decir, que cumpla con los requisitos de eficacia que exigen la constitución y la ley, entendida esta como otro de los criterios objetivos para determinar la existencia de precios artificialmente bajos, razón por la cual se hace necesario analizar en que consiste este principio.

Principio de Eficacia

De acuerdo con el numeral 11 del artículo 3 de la ley 1437 de 2011, en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscaran que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

El principio de eficacia según Rodríguez (2015) encuentra sustento en el principio de economía en la contratación pública ya que “propende por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, 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”. (P. 40). Por su parte Hoyos et al. (2015) afirma que este principio “está ligado al manejo eficiente de los recursos públicos, por lo que toda contratación que se haga con recurso del erario, debe ser eficiente” (P. 153). A su vez Ibagón (2014) afirma que el principio de eficiencia se concretiza además en el mandato de aptitud funcional de la administración, la eficiencia es un propósito del Estado de derecho y la relación con el alcance de objetivos predeterminados, con respecto al vínculo entre el medio y el fin (P. 66), y bajo esta perspectiva considera que la eficacia precisa de un ejercicio legislativo claro y adecuado, indicando que:

El Mandato de claridad normativa pone de manifiesto la necesidad de la previsibilidad de los resultados de aplicación de los preceptos normativos concretos, también en relación a los supuestos de hecho de un precepto particular o de varios preceptos legales. El mandato de determinación normativa se refiere a la exigencia de una formulación idiomática, en la medida de lo posible, libre de contradicciones y de precisión conceptual

de la legislación, incluso al emplear conceptos jurídicos indeterminados (Ibagón, 2014, pág. 65)

Por otra parte, Matallana (2013) realiza una distinción del principio de eficacia, indicando que este principio debe verse desde el punto de vista teleológico, es decir, analizado el fin o propósito del proceso contractual, y en segundo lugar a través del procedimiento que se utilice para su consecución; conceptos que resultan relevantes para dar claridad al criterio objetivo de interpretación que se pretende definir, en el siguiente sentido:

La eficacia se puede ver desde dos puntos de vista, por una parte se considera que el contrato estatal es eficaz cuando el mismo cumple propósitos públicos, es decir, que su objetivo apunta a garantizar el suministro de bienes y servicios que realmente requiera o necesite el Estado para el desarrollo del Estado Social de Derecho por lo tanto, el contrato estatal debe estar asociado a una meta, objetivo, estrategia de un plan de desarrollo cuando se trata de proyectos de inversión pública. El otro punto de vista de la eficacia se encuentra ya en el procedimiento de selección del contratista, en donde el Estado debe actuar de manera diligente y cuidadosa para lograr generar interés en los particulares de sus negocios públicos, de tal manera que garantice una adecuada concurrencia al proceso para que esa alta participación le permita escoger entre todos estos, aquel que presente la oferta más conveniente para el interés público, entonces, no solo se espera una alta concurrencia, sino que finalmente en la evaluación de las ofertas trate de conservar el mayor número de ofertas aplicando para ello las reglas de subsanabilidad previstas en la ley, para poder escoger entre estas la más conveniente (Matallana, 2013, pág. 71)

De lo anterior se colige, que una vez cumplidos los requisitos y presupuestos del principio de eficacia, podríamos afirmar que la entidad estaría en capacidad de escoger la mejor

más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, lo cual nos permite hacer una inserción de lo que es el principio de selección objetiva y el concepto de mejor oferta.

Principio de Selección Objetiva - Mejor Oferta

El principio de selección objetiva está consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y en este se establece la objetividad en la selección del contratista, se da escogiendo la oferta más favorable para la entidad contratante acorde con los factores de selección determinados en el pliego de condiciones y que cumplan con los fines que persigue la entidad a través del contrato, sin que tenga en cuenta aspectos subjetivos o de interés particular. Dentro de los requisitos para el cumplimiento de este principio a juicio de Rosero (2016)

“En el pliego de condiciones se deben establecer con claridad, los factores de evaluación y ponderación de ofertas, las reglas que se deben respetar a la hora de evaluar, por parte del comité asesor y evaluador de propuestas designado para el efecto por el representante legal de la entidad contratante. Este principio impide que a la hora de evaluar se cambie o modifique el pliego de condiciones, pues una vez cerrado el proceso no es dable entrar a modificar el mismo, ni calificar propuestas con criterios e interpretaciones contrarias a las definidas en el pliego de condiciones definitivo. En esa misma línea en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 se establece que el pliego de condiciones puede modificarse por adendas expedidas antes del cierre del proceso de selección (Rosero, 2016, pág. 114)”

La mejor oferta es aquella que cumple con la totalidad de requisitos habilitantes (jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia), y que ha obtenido la mayor puntuación en los aspectos objeto de ponderación previamente descritos por la Administración en el pliego de condiciones.

Se ha demostrado dentro de la argumentación del presente escrito que el decreto 1082 de 2015, no establece una reglamentación concreta y precisa para la determinación de existencia de precios artificialmente bajos, y que en su lugar se limita a establecer un procedimiento que se debe seguir en caso de que a juicio del comité evaluador, el precio cotizado por un oferente parezca estar por debajo de los precios establecidos en el estudio de mercado, para que se determine si dicho valor corresponde o no a circunstancias objetiva del proponente.

Conclusiones

Analizados los principios de la contratación estatal, podemos establecer los siguientes criterios para determinar la existencia de precios artificialmente bajos, en busca de que con su aplicación se genere un mayor grado de objetividad al momento de realizar la evaluación en este aspecto.

1. En aplicación del principio de planeación el primer criterio a tener en cuenta es la realización estudio de mercado serio, adecuado, responsable, coherente y proporcional al objeto contractual y a los fines de la administración pública, que le permita determinar cuál es el valor real de la obra, bien o servicio a contratar, es decir, se parte de la base de que la entidad dentro de la elaboración de los estudios previos, realice un estudio de mercado dentro del cual defina los costos y valores que le sirvan de base para la determinación del presupuesto oficial del proceso de contratación, a través de un estudio idóneo, y adecuado del sector, ya que estos valores serán los que sirvan como punto de comparación y determinación de la existencia de precios artificialmente bajos, de forma que tal que le permitirá verificar de forma objetiva si el valor propuesto pone en riesgo el proceso de selección y/o pone en riesgo el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de adjudicarse.

2. En aplicación del principio de transparencia, el criterio a tener presente es, que todas las actuaciones de la administración deben ser públicas, y en este sentido se debe brindar la

oportunidad de conocer y controvertir, los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten por parte de la entidad estatal, y en este sentido el comité evaluador debe poner a consideración a la totalidad de interesados en el proceso contractual, el procedimiento que realizó para establecer la existencia de precios artificialmente bajos, y brindar un espacio para que se realicen observaciones a la respuestas dadas por el o los oferentes que presentaron una cotización por debajo del valor promedio definido en el estudio de mercado.

3. En aplicación del principio de igualdad, debe entenderse que el simple hecho de adjudicar un contrato a una oferta cuyo valor cotizado está por debajo del valor establecido en el estudio de mercado, genera per se una afectación al principio de igualdad dentro del proceso de selección, toda vez que afecta el principio de buena fe previsto en el artículo 83 de la constitución Política.

El criterio de interpretación es este aspecto va dirigido a que el comité evaluador dentro del proceso que realice para la verificación de existencia de precios artificialmente bajos logre comprobar que si bien se ve afectado el principio de igualdad, las pruebas y la sustentación del oferente respecto del valor ofrecido, le permiten inferir y sustentar que el proponente actúa de buena fe, que la oferta es válida porque a pesar de que el ofrecimiento está por debajo de los valores del estudio de mercado, porque se demuestra en primer lugar que se está cotizando por encima del punto de no pérdida, y por otra parte se logre probar que no se pone en riesgo la calidad del objeto contratado, la prestación del servicio o la ejecución del obra objeto del contrato.

4. En aplicación del principio de la libre concurrencia y del equilibrio económico del contrato, debemos tener presente que estos criterios están dirigido a que si bien, los proponentes tienen la potestad de presentar una oferta y realizar su ofrecimiento económico de acuerdo a

circunstancias propias y objetivas de su estructura administrativa, técnica, operativa y financiera, deben abstenerse de presentar ofertas económicas que pongan en riesgo el proceso de selección o el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este sentido el criterio a aplicar requiere que al momento de solicitar aclaraciones por escrito al proveedor o contratista en relación, por ejemplo, con datos o muestras que prueben la calidad del objeto ofrecido por este, el método de fabricación utilizado, las soluciones técnicas elegidas y toda otra condición excepcionalmente favorable aprovechada por el proveedor o contratista para la elaboración de su oferta económica, permitan a la entidad adjudicadora llegar a la conclusión de que el concursante podría cumplir el contrato por el precio ofrecido, es decir, se debe realizar un procedimiento de verificación que logre probar sin duda alguna que el oferente a pesar de haber cotizado por debajo del estudio de mercado ofrece el bien, obra o servicio, con las calidades y especificaciones requeridas dentro del proceso de contratación.

De allí, que con este criterio de busca que las medidas de verificación estén enfocadas no solo a la verificación del valor de la oferta respecto de los precios reales del mercado, sino que buscan que desde la misma evaluación del precio, se pueda determinar si existen riesgos de incumplimiento en la ejecución del contrato que puedan derivar en un posible desequilibrio económico del contrato; se debe determinar la existencia de una razonabilidad y proporcionalidad, respecto del valor del bien, obra o servicio ofrecido respecto de las características propias del objeto a contratar, a fin de evitar una reclamación posterior por parte del oferente y eventual contratista, y para ello debe desplegar las medidas preventivas necesarias para constatar y evaluar la existencia de riesgos previsibles y su apropiada tipificación desde la etapa precontractual dentro de los pliegos de condiciones.

5. Los principios de responsabilidad y eficacia envuelven los deberes de la administración desde el mismo momento en que se identifica que le corresponde satisfacer una necesidad y que la misma atiende al interés general, y en este sentido debe cumplir con su obligación de cumplir los fines estatales con el propósito de satisfacer los derechos e intereses de los administrados.

Los criterios de objetividad respecto de estos principios están enfocados a la responsabilidad que tiene la administración de realizar un proceso que cumpla con la totalidad de exigencias que el estatuto de contratación requiere para la elaboración de los procesos de contratación, y especialmente se exija a los proponentes el cumplimiento de sus obligaciones consistentes en responder cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, y así evitar como lo indica Matallana (2013) el riesgo para el estado de reparar patrimonialmente al contratista, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por acción u omisión de las autoridades públicas por negligencia y descuido al permitir adjudicar una oferta por debajo del punto de no pérdida.

Así mismo, el criterio de eficacia como factor determinante para la evaluación de precios artificialmente bajo debe enfocarse en primer lugar a determinar de una parte que la oferta objeto de evaluación, es capaz de cumplir como los propósitos y fines públicos para los cuales fue creado el objeto contractual, y de otra parte que se respeten los derechos de la totalidad de oferentes que concurrieron al proceso aplicando en debida forma los principios de publicidad y contradicción en todas sus etapas, de forma tal que se cumpla con el objetivo de seleccionar a la oferta más favorable a la entidad y a los fines de la administración pública, justificadas con un manejo eficiente de los recursos públicos, con una planeación adecuada y respetando los

derechos, deberes y obligaciones tanto de los servidores públicos como de los proponentes y eventuales contratistas.

6. Finalmente, respecto del principio de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es claro que el criterio a tener presente es que la evaluación de las ofertas debe realizarse sin que se tenga en cuenta consideraciones subjetivas o de interés particular, y en este sentido es viable concluir que no siempre la oferta más económica, es la mejor oferta o la oferta más ventajosa para los fines y propósitos de la contratación estatal.

En este sentido es pertinente hacer un énfasis en que dicha objetividad como criterio debe predicarse al momento en que la entidad requiere a un proponente para que explique las razones por las cuales su oferta parece artificialmente baja. Para el caso que nos ocupa, es en esta instancia donde la objetividad juega un papel preponderante, pues dichas circunstancias según indica la norma, deben corresponder a circunstancias objetivas del proponente que le permiten cotizar por debajo de los valores reales reflejados en el estudio de mercado realizado por la entidad.

Dichas explicaciones deben corresponder a circunstancias debidamente probadas y justificadas a fondo por el proponente, de tal suerte que le permitan a la entidad constatar si el proponente justifica: a) la afectación del derecho a la igualdad respecto de los demás proponentes, b) que su ofrecimiento obedecen a circunstancias ciertas y reales, c) que efectivamente cumple con los requerimientos técnicos y especificaciones de calidad de la obra, bien o servicio, descritos en el pliego de condiciones y documentos del proceso de contratación, d) que el valor cotizado a pesar de estar por debajo del valor del estudio de mercado, está por encima del punto de no pérdida y, e) que el valor ofrecido no genere riesgos que puedan generar el incumplimiento del contrato y ponga en riesgo la ejecución del mismo.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdez, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Obtenido de Scribd.
- Causa, J. a. (2015). *ProQuest ebrary*. (U. d. Norte, Ed.) Obtenido de Bases de datos Universidad Santo Tomas:
file:///E:/TRABAJO%20DE%20GRADO/SOPORTES%20MARCO%20DE%20REFERENCIA/Debates_contemporaneos_sobre_derecho_publico_en_Colombia_EQUILIBRIO%20ECONOMICO.pdf
- Congreso de la República. (10 de octubre de 1993). Ley 80. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (10 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (2007). Ley 1150.
- Congreso de la Republica. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. Bogota, Colombia.
- Consejo de Estado Seccion Tercera, 27315 (Consejo de Estado 24 de 04 de 2013).
- Consejo de Estado, Seccion Segunda, 2520-12 (Consejo de Estado 20 de Octubre de 2014).
- Consejo de Estado, Seccion Tercera, 24715 (Consejo de Estado 08 de enero de 2008).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 17.783 (Consejo de Estado 04 de junio de 2008).
- Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección "B", Expediente 18293 (Consejo de Estado 27 de abril de 2011).
- Consejo de Estado, Seccion Tercera, Subsección "C", Expediente 23.087 (Consejo de Estado 5 de julio de 2012).
- Constituyente, A. N. (6 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional, C-372 (Corte Constitucional 15 de mayo de 2002).
- Dworkin, R. (2012). *Los Derechos En serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona, España: Ariel.
- Gómez, I. D. (2015). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia* (Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Güechá Medina, C. (2015). *Contratos Administrativos* (Tercera ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Hincapié, J. Á. (2014). *La Contratacion de las Entidades Estatales* (Séptima ed.). Medellín: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Ibagón, M. L. (2014). *El principio del Estado de Derecho y los Contratos Estatales*. Bogotá.

- Ivan Dario Gomez Lee, Diana Velandia Castro. (2015). *Contratacion Segura* (Tercera ed.). Bogotá, D.C.: Instituto de Seguridad Juridica y Probidad.
- José Fernando Hoyos García, Guillermo León Betancur Hincapié, Pablo Andrés Garcés Vasquez, Juan Paulo Vélez Ruiz, Juan Carlos Beltrán Bedoya, Rodrigo Orozco Montoya. (2015). *La Contratación Estatal*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública* (Tercera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mejia, A. M. (2014). *Nuevo Sistema de Compras y Contratos de la Administración Pública* (Segunda ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Juridica Diké.
- Naciones Unidas. (2014). *Comision de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional*. Obtenido de <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-e.pdf>
- Pachón, C. (2014). *Contratación Pública* (Sexta ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Palacio Hincapié, J. A. (2014). *La Contratacion de las Entidades Estatales* (Séptima ed.). Medellín: Libreria Jurídca Sanchez R. Ltda.
- Rodriguez, M. F. (2015). *Los Contratos Estatales en Colombia* (Segunda ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sanchez R Ltda.
- Rodríguez, M. F. (2016). *Evaluación y Rechazo de Ofertas en la Ley 80 de 1993*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R Ltda.
- Rosero, B. (2016). *Contratacion Estatal* (Tercera ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Sandoval Peña , V. A. (2015). Nulidad Absoluta del Contrato Estatal Por Violación del Deber de Planeación. *Revista de Derecho Público No. 35 Universidad de los Andes*, 1-27.
- Serrano, S. Y. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación* (Segunda ed.). Bogota D.C.,: Grupo Editorial Ibáñez.