

RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Relevance of the principle of objective selection of the contractor
in the field of state contracting

Angélica Johana Ortiz Castro*
Unisangil

Resumen

A partir de un estudio de los principios contenidos y desarrollados en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018, la presente investigación de tipo analítico- descriptiva, se lleva a cabo con el fin de destacar la importancia que en materia de contratación estatal ha representado el reconocimiento por parte del legislador del principio de selección objetiva del contratista, teniendo en cuenta que éste se ha mostrado no sólo a nivel normativo sino jurisprudencial como una de las más importantes garantías de los participantes de los procesos de contratación que de acuerdo a lo establecido en el artículo 355 de la Carta Magna, adelantan las entidades territoriales de los distintos órdenes, con el fin de “impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo” Constitución Política de Colombia [Const.] (1991, art. 355), a través de las distintas modalidades de contratación dispuestas para tal fin, en aras de materializar los fines esenciales del estado.

Palabras Clave

Fines del estado, contratación estatal, entidad pública, selección objetiva de contratista.

Abstract

From a study of the principles contained and developed in Law 80 of 1993, Law 1150 of 2007 and Law 1474 of 2011, the present investigation of analytical, descriptive type is carried out in order to recognize the importance that in matter State procurement has represented the recognition by the legislator of the principle of objective selection of the contractor, taking into account that this has been shown not only at a regulatory level, but also as one of the most important guarantees of the participants of the contracting processes. according to what is established in article 355 of the Magna Carta, the territorial entities of the different orders advance, with the purpose of “promoting programs and activities of public interest in accordance with the National Plan and the sectional plans of Development”, through of the different types of hiring arranged for this purpose, in order to materialize the essential purposes of the state.

Key Words

Purposes of the state, state contracting, public entity, objective selection of contractor.

**Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.*

Introducción

La Ley 80 de 1993 representa un hito en la consolidación del sistema normativo en materia de contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, en razón a que, pese a los numerosos esfuerzos dirigidos a estructurar la legislación relacionada con el tema hasta ese momento, éstos resultaron infructuosos y, contrario sensu, generaban un vacío legal que impedía el idóneo ejercicio del artículo 355 constitucional que dispone que *“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*. Const. (1991, art. 355). Con base en lo anterior, en la pre citada norma jurídica y demás normas que la han modificado y complementado, se tiene que las entidades estatales de todo orden se encuentran en la obligación de llevar a cabo la escogencia de los contratistas que coadyuvarán el cumplimiento de sus objetivos bajo las modalidades de contratación: licitación pública (como regla general), selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa y, bajo la estricta sujeción a 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.

De lo anteriormente expuesto deviene la importancia del tema objeto de investigación, teniendo en cuenta que según el principio de selección objetiva del contratista, establecido en el art. 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por las Leyes 1474 de 2011 y 1882 de 2018, *“es objetiva la selección en la cual la escogencia*

se haga 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” Congreso de Colombia, Ley 1150 (2007), situación que supone la transparencia del proceso de contratación adelantado y, pone en igualdad de condiciones frente a la entidad estatal a los proponentes que decidan participar del proceso contractual.

Así las cosas, surge la idea de identificar la importancia del reconocimiento del principio de selección objetiva del contratista en materia de contratación estatal, como garantía del ejercicio transparente de escogencia de contratista dentro de los procesos contractuales que decidan adelantar las entidades estatales con el fin de promover el desarrollo de sus comunidades.

Metodología

La metodología empleada para la estructuración del presente artículo de reflexión es de tipo analítico – descriptiva, en razón a que con base en el análisis que se realiza de las disposiciones que en materia de contratación estatal desarrollan el principio de selección objetiva del contratista, se identificará la importancia del principio en mención y la garantía que representa para los participantes de los distintos procesos de contratación estatal que las entidades territoriales de todo orden adelantan con el fin de promover el desarrollo de las comunidades a su cargo, así como la consolidación de los fines esenciales del Estado contenidos en la Carta Magna.

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 permitirá formular una serie de conclusiones con base en los resultados que sean obtenidos.

Resultados

El principio de selección objetiva del contratista en la normatividad colombiana

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993– precisa 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).

Así las cosas, el deber de selección objetiva del contratista fue contemplado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, con el fin de destacar 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; no obstante lo anterior, éste artículo fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 e incorporado al ordenamiento jurídico a través del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual define la selección objetiva del contratista como:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga 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...(…)...” Ley 1150(2007)

En desarrollo de lo anterior, el artículo 5 de la precitada Ley establece determinados criterios de escogencia y calificación que las entidades deben observar en sus pliegos de condiciones, o sus documentos equivalentes; los cuales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

El numeral segundo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

El párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:

PARÁGRAFO 1. *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. *Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.*

Los párrafos 3º, 4º y 5º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 fueron adicionados por el artículo 5º de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:

PARÁGRAFO 3o. *La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.*

PARÁGRAFO 4o. *En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura con-*

tratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptarla experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.” Ley 1150(2007)

Aunado a lo anteriormente expuesto, la Ley 1150 de 2007 es clara al precisar en el parágrafo 2° del artículo 2 que la selección objetiva es obligatoria en todas las modalidades de selección del contratista que adelante las entidades estatales.

Bajo esta línea argumentativa, Colombia Compra Eficiente ha sostenido que el principio de selección objetiva propende porque la selección de los contratistas en los procesos contractuales que adelanten las entidades públicas se realice de una manera clara, objetiva y que no genere desigualdad entre los proponentes. En concordancia con lo anterior, ésta selección se encuentra determinada por los criterios de precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad, experiencia, entre otros, los cuales, considerados integralmente permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. Colombia Compra Eficiente, Síntesis: Etapa precontractual – CCE.

Así las cosas, las autoridades estatales se encuentran en la obligación de efectuar una calificación de las propuestas presentadas dentro del proceso contractual, atendiendo fielmente el contenido de las mismas. Es necesario que la entidad elija la oferta más favorable para ésta, es decir, aquella que teniendo en cuenta los factores de escogencia

resulte ser la más ventajosa para la entidad y para el desarrollo del objeto contractual. En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5° Ley 80 de 1993), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia (art. 30 num. 3 Ley 80 de 1993), y iii) la transparencia (art. 24 Ley 80 de 1993).

Análisis o Discusión

Tal como se precisó anteriormente, el principio de selección objetiva del contratista fue contemplado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 y, es considerado el mecanismo que prevé la ley para escoger al mejor proponente de acuerdo a los fines de la contratación estatal. Éste principio promueve entre otras, las garantías de que la oferta más favorable para la entidad estatal es decir, la que se ajuste a los requisitos y condiciones objetivas de evaluación indicadas en los pliegos de condiciones, será la elegida; que la escogencia de la mejor propuesta estará sujeta a criterios objetivos, contrarios a consideraciones subjetivas y discrecionales y, que los contratistas serán escogidos mediante los procedimientos de selección consagrados en la ley.

Este deber de selección objetiva rige sin consideración el procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él todas las modalidades de contratación establecidas por la Ley.

Para Mantilla Pallares (2014) 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.

Conforme a estos parámetros, el Consejo de Estado ha precisado algunos casos en los cuales se viola este principio, por ejemplo: cuando una entidad al evaluar las propuestas asigna puntajes idénticos en aspectos tales como flujo de suministros, subcontratos y flujo de fondos, pues no las estaría calificando atendiendo fielmente el contenido de las mismas; cuando una entidad pública deja de adjudicar un contrato a una sociedad que obtuvo mayor puntaje atendiendo a criterios como: la regla de equivalencia de las propuestas por existir una escasa diferencia en el puntaje final entre el primero y segundo proponente y por la existencia de recomendaciones desfavorables por el incumplimiento de otro contrato, los cuales no estaban previstos en el pliego de condiciones; cuando una entidad pública incluye en los pliegos de condiciones criterios de penalización a los participantes que no contribuyen en nada en el proceso de selección; entre otros. Colombia Compra Eficiente, Síntesis: Etapa precontractual – CCE. Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/etapa-precontractual-cce>.

Consecuencias de la inaplicabilidad del principio

Según lo dispone el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, existen cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato, además de las causales consagradas en el derecho civil. *Ámbito Jurídico*. (julio, 2016). Así las cosas, el artículo 44 de dicha normativa incluye, en la causal 3ª, que los contratos del Estado serán completamente nulos cuando se celebren con abuso o desviación de poder, entendiendo ésta como la circunstancia que se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de

buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (02 de septiembre de 1998) Sentencia C 456 (1998). Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado en que cuando los funcionarios eluden los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos y deberes indicados por la ley incurren en abuso o desviación de poder al apartarse de los fines que se buscan con la contratación, que no son otros que el interés público y el bienestar de la comunidad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B” (02 de mayo de 2016) Expediente 37066. Lo anterior, teniendo en cuenta que antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, es decir, con la Ley 80 de 1993, factores como 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). Así las cosas, 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.

Con base en lo expuesto previamente, las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, teniendo en cuenta que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía,

imparcialidad, publicidad y libre concurrencia como orientadores de la actividad contractual.

Conclusión

Del anterior análisis se puede concluir que el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, teniendo en cuenta que a través de éste, el Estado busca garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han respetado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

Referencias

Ámbito Jurídico. (julio,2016). Eludir los procedimientos de selección objetiva configura nulidad absoluta del contrato. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/eludir-los-procedimientos-de-seleccion>

Colombia Compra Eficiente, Síntesis: Etapa precontractual - CCE. Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/etapa-precontractual-cce>.

Congreso de Colombia Ley 80 (1993)

Congreso de Colombia Ley 1150 (2007)

Congreso de Colombia Ley 1474 (2011)

Congreso de Colombia Ley 1882 (2018)

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C (31 De Enero De 2011) Radicación Número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B (28 De Mayo De 2011) Radicación Número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C (24 De Julio De 2013) Radicación Número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991)

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (02 de septiembre de 1998) Sentencia C 456 (1998).

Derechos Humanos, Funcionarios, Pedagogía, Servicio Público.

Mantilla, C.M. (2014). La importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de Licitación Pública en Colombia. *Revista Principia IURIS*.

Miranda, M.J. (2015). La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla. (Tesis para optar por el título de Maestría en Contratación) USTA. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1824/Mirandamilton2015.pdf?sequence=1>

Nieves-López, J. (2017). El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual. *Revista Verba Iuris*, 12(37), pp. 13-24.

Rave Aristizábal Gabriel (2008). *Actuaciones Administrativas y Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R