



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1373 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Definición de vínculos para la Norma: i=9131;

CONTRATACIÓN ESTATAL - Criterios para adjudicación de licitación. Empate en la evaluación / LICITACIÓN PÚBLICA - Criterios de adjudicación. Empate en la evaluación / PLIEGO DE CONDICIONES - Criterios para la adjudicación. Empate en la evaluación / SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA - Criterios para la adjudicación de licitación

Las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique la permisión de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista. Si bien en la actualidad no aparece expresamente enunciada en la ley 80 la fórmula de adjudicación para el evento de empate en la evaluación, teniendo en cuenta el criterio de la distribución equitativa de los negocios, como si lo estaba en el estatuto anterior, no significa ello, que la administración en aras de satisfacer el interés general que rige la contratación pública no pueda incluirlo ahora, en los pliegos de condiciones como criterio para la adjudicación, pues la razón de no haber quedado establecido en forma explícita en el Estatuto de Contratación de 1993, no es otra que el esquema diferente que incorporó la ley 80, la cual pretendió modificar el excesivo rigorismo y detalle de requisitos y procedimientos, para hacer girar el régimen en torno a las finalidades, reglas y principios que deben regir la gestión pública en esta materia.

CONTRATACIÓN ESTATAL - Fraccionamiento de contratos / FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS - Prohibición / SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA - Principios a los que debe sujetarse elaboración de pliego de condiciones / PLIEGO DE CONDICIONES - Principio de igualdad

El estatuto actual traduce el querer del legislador de evitar por todos los medios la posibilidad de que la administración haga nugatorio el mandato de obligatoriedad de la licitación o procedimiento de escogencia objetiva del contratista, y así impedir que los contratos queden en cabeza de uno solo o pocos contratistas. De manera que la facultad de la administración para elaborar unilateralmente los pliegos de condiciones está regida, en primer lugar, por el cumplimiento de la finalidad de interés general del contrato que se trate y por el principio de legalidad, y en segundo lugar limitada por los principios de transparencia, imparcialidad y de buena fe, este último inmerso en toda la actividad contractual. Todo ello impide a la entidad licitante introducir en los pliegos condiciones o reglas que contraríen el principio de igualdad para beneficiar a determinado licitante, como cuando se establecen condiciones que de antemano se sabe que sólo podrá cumplir una persona natural o jurídica determinada, o bien "que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas". Tampoco podrá dejar en cabeza de un solo contratista varios contratos con el mismo objeto, pues mediante el fraccionamiento de contratos se elude el proceso licitatorio, lo que constituye favorecimiento indebido, en la forma en que antes quedó expuesto.

CONTRATACIÓN ESTATAL - Residencia como factor de evaluación / LICITACIÓN PÚBLICA - Residencia como factor de evaluación: prohibición / RESIDENCIA - No puede la entidad licitante incluirlo como factor de evaluación en sus licitaciones

La residencia como factor de evaluación, constituye un factor discriminatorio y por tanto no puede la entidad licitante incorporarlo en sus licitaciones, lo cual no impide que la administración diseña cada proceso licitatorio teniendo en cuenta la naturaleza del objeto a contratar, incluyendo en los pliegos de condiciones factores objetivos que permitan evaluar experiencia, cumplimiento y capacidad real y residual de contratación, siempre que se observe el principio de transparencia y de selección objetiva del contratista.

CONTRATACIÓN ESTATAL - Veracidad de la información es de obligatorio cumplimiento para licitante / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Veracidad de la información por licitantes / PLIEGO DE CONDICIONES - Veracidad de la información como factor de evaluación

La veracidad de la información por parte de los licitantes es de obligatorio cumplimiento, y por tanto, cuando se ha desvirtuado debidamente la presunción de buena fe en procesos de contratación anteriores, la administración debe aplicar las consecuencias previstas en la ley, para lo cual puede advertirlo así en el pliego de condiciones, sin perjuicio de la responsabilidad que se origina por el suministro de información falsa y de las acciones que debe tomar la entidad pública ante la cual se incurrió en esta conducta ilícita.

[Ver el art. 24, Numeral 5, Ley 80 de 1993](#)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente:

RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH

Bogotá, D.C., septiembre 14 de 2001

Radicación número: 1373

Actor: MINISTRO DE JUSTICIA

Referencia: CONTRATACIÓN ESTATAL. Selección del contratista y criterios de evaluación.

El señor Ministro de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre algunos aspectos relacionados con el procedimiento de selección y factores de evaluación en los contratos estatales, y para el efecto formula los siguientes interrogantes:

"Primero.- Puede un organismo o entidad administrativa impedir que sus contratos se acumulen en cabeza de un solo contratista (persona natural, jurídica, unión temporal o consorcio), no obstante su capacidad individual o asociada de contratación, buscando así desarrollar el fin general estatal de la prosperidad ciudadana, que es igualmente fin específico de la contratación estatal (C.P. art. 2º.), la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (Ley 80 de 1993, Arts. 3º; 5º, num. 8º y 25, num. 3º.) y el ajuste de la conducta del Estado a la ética y a la justicia (Ley 80 de 1993, art. 26 num. 4º.)?"

Para lograr dicho objetivo, puede establecerse como factor de evaluación de propuestas la razonabilidad de la vinculación contractual, entendida como un límite al acaparamiento, disminuyendo puntaje a partir de un cierto número de contratos de similar objeto y/o valor, que el proponente haya celebrado con la entidad?

Segundo.- Puede tenerse como factor de evaluación de propuestas el conocimiento del medio regional en el que vaya a ejecutarse la obra a contratar, presumiéndolo y graduándolo a partir de la antigüedad del domicilio o residencia en el mismo por parte de los proponentes?

Tercero.- Sin perjuicio de la responsabilidad en que incurren los contratistas por haber suministrado información falsa (Ley 80/93 art. 7º) (sic), puede establecerse como factor de evaluación la veracidad de la información suministrada a la entidad en contrataciones anteriores?"

La Sala considera:

La gestión contractual de la administración pública regulada actualmente por la ley 80 de 1993 La Constitución Política atribuye al legislador la competencia para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, especialmente de la nacional (art. 150 in fine) y mediante la ley orgánica de presupuesto la de señalar la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar (art. 352).

-, como actividad pública está al servicio del interés general y afecta a los fines esenciales del Estado (arts. 1º y 2º de la C.P., art. 3º ley 80/93)-, debe cumplirse con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y a los postulados de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y con aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (art. 23).

En desarrollo del principio de transparencia, la selección del contratista, por norma general, siempre debe efectuarse por medio de licitación o concurso públicos, conforme lo ordena el numeral 1º del artículo 24 de la citada ley, excepto los casos de contratación directa, taxativamente señalados en la misma norma.

El objeto de este principio es garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la celebración de contratos con las entidades estatales y la selección objetiva del contratista, tanto en la precedida de licitación o concurso, como en la contratación directa.

Selección Objetiva de los contratistas del Estado

El principio de transparencia, al que debe sujetarse la contratación estatal, encuentra concreción en las reglas para la escogencia objetiva del contratista, tal como se puso de presente en el trámite legislativo del estatuto de contratación "Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

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

(...) el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del estatuto anterior, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el citado artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste de manera clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección". Gaceta del Congreso. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992. Imprenta Nacional. Septiembre 23 de 1992, pág. 18. , y que se expresa en el artículo

culo 29 de la ley 80 del siguiente tenor:

"Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, salvo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (...)" (Destaca la Sala)

La Corte Constitucional al resolver la constitucionalidad parcial de los artículos 24, 25, 28 y 29 de la ley 80 por violación al principio de igualdad de oportunidades, expresó:

"La Corte aprecia que la manera como la Ley 80 regula la forma de presentación y evaluación de las propuestas de los oferentes, es especialmente exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando el paso a cualquier consideración discriminatoria que puedan llevar a cabo las autoridades. En efecto, el Estatuto de Contratación Administrativa está estructurado con base en ciertos principios generales cuales son el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, enumerados en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley, que están concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades (...)"

En virtud del mencionado principio de transparencia, el artículo 24, ahora bajo examen, entre otros requerimientos exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso (...)" Corte Constitucional. Sent. C-400/99. (negritas no son del texto)

Y en la misma sentencia, al referirse al artículo 29, dice que "pone de manifiesto el interés del legislador en que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Intención que resulta también explícita cuando se leen los antecedentes legislativos de la Ley 80 (...)" (Destaca la Sala)

Ha sido preocupación constante del legislador en materia de contratación propender que se cumpla a cabalidad el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado, para garantizar el buen ejercicio de la función pública con el fin de proteger el interés general, y por ello, a pesar de que el estatuto de contratación vigente no se adentra en detalles -a diferencia de los estatutos que le precedieron-, se ocupó de dicho aspecto en varias de sus normas, dejando clara su intención de establecer reglas y principios que impidan el incumplimiento del deber de selección objetiva, y por ello en el artículo 28 consigna la forma de interpretación de las reglas contractuales. Expresa la citada disposición:

"En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

Afirmó la Corte Constitucional a propósito de las normas citadas:

"De este modo se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos máximos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración" Ibídem.

De lo expuesto, resulta que la obligatoriedad del procedimiento licitatorio con aplicación del deber de selección objetiva en la forma descrita, también de obligatoria observancia en la contratación directa, evita que la administración adjudique para favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas en quienes se concentraría la contratación estatal, quebrando el principio de igualdad y de imparcialidad, y de otro lado, impide la figura del fraccionamiento de contratos, lográndose así la pretensión de la ley en esta materia, cual es garantizar el interés general.

Criterios de Evaluación

El anterior estatuto de contratación (decreto ley 222 de 1983), estableció como criterios de evaluación para la adjudicación de una licitación, entre otros, "los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes...."

En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios". (artículo 33 ibídem).

~~En el actual estatuto, tal como se dejó dicho anteriormente, se indican solamente en forma enunciativa el cumplimiento, experiencia,~~
Concepto Sala de Consulta C.E. 1373 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

organizaci3n, equipos, plazo, precio y la ponderaci3n precisa y detallada de los mismos (Art. 29).

Dentro de los pliegos de condiciones la administraci3n determina las reglas b3sicas tanto del negocio jur3dico a celebrarse, como aquellas que rigen la selecci3n de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confecci3n de ofrecimientos de la misma 3ndole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitaci3n o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulaci3n de ofrecimientos de extensi3n ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, conforme lo dispone el art3culo 24.5 literales b) y e).

Conforme a lo anterior, las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, adem3s de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, as3 como la ponderaci3n o calificaci3n que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluaci3n de las propuestas, sin que ello signifique la permisi3n de incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes. Debe tenerse en cuenta que la igualdad, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no consiste en dar un trato id3ntico a todos los individuos. "El principio de igualdad consagrado en el art3culo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situaci3n de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situaci3n, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre s3 o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jur3dica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporci3n con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Corte Constitucional. Sent. C-530 de 1993. Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-400/99, en la cual se declararon exequibles apartes de los art3culos 24, 25, 28 y 29 de la Ley 80 de 1993, en cuanto se consider3 que no existe en ellos violaci3n al principio de igualdad, el cual es, sin duda, esencia de la selecci3n objetiva del contratista.

Si bien en la actualidad no aparece expresamente enunciada en la ley 80 la f3rmula de adjudicaci3n para el evento de empate en la evaluaci3n, teniendo en cuenta el criterio de la distribuci3n equitativa de los negocios, como si lo estaba en el estatuto anterior, no significa ello, que la administraci3n en aras de satisfacer el inter3s general que rige la contrataci3n p3blica no pueda incluirlo ahora, en los pliegos de condiciones como criterio para la adjudicaci3n, pues la raz3n de no haber quedado establecido en forma expl3cita en el Estatuto de Contrataci3n de 1993, no es otra que el esquema diferente que incorpor3 la ley 80, la cual pretendi3 modificar el excesivo rigorismo y detalle de requisitos y procedimientos, para hacer girar el r3gimen en torno a las finalidades, reglas y principios que deben regir la gesti3n p3blica en esta materia.

El fraccionamiento de contratos

Ha sido una figura prohibida expresamente en los anteriores estatutos de contrataci3n (decreto ley 150 de 1976 y decreto ley 222 de 1983), en los cuales en forma imperativa se negaba la posibilidad de fraccionar contratos, entendida 3sta como la suscripci3n de dos o m3s contratos entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro un t3rmino, que la primera de las normatividades estableci3 en tres meses, y el estatuto de 1983, lo ampli3 a seis meses.

Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos t3rminos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendi3 terminar con la exagerada reglamentaci3n y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibici3n del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 83 del art3culo 24, seg3n la cual las autoridades no actuar3n con desviaci3n o abuso del poder y ejercer3n sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les proh3be eludir los procedimientos de selecci3n objetiva y los dem3s requisitos previstos en dicho estatuto. "Finalmente, en los numerales 83 y 93 del referido art3culo 24, se establecen ciertos deberes especiales a cargo de las autoridades. El primero de ellos hace referencia al principio general seg3n el cual la conducta de tales autoridades debe ce3nirse al principio de legalidad y a la finalidad de inter3s p3blico que debe ser el 3nico m3vil de su actuaci3n. Por ello se establece que no obrar3n con abuso o desviaci3n de poder y que deben observar los procedimientos de selecci3n y los requisitos previstos en el estatuto. En este sentido no podr3n, por ejemplo, con el fin de eludir tales procedimientos, fraccionar contratos u omitir los requisitos previos a la apertura de una licitaci3n, o los de formaci3n y perfeccionamiento de los contratos, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en la misma ley" Garc3a Gonz3lez, Jorge. El Nuevo R3gimen de Contrataci3n Administrativa. Publicaci3n del Ministerio de Gobierno. 1993. P3g. 65.

El estatuto actual traduce el querer del legislador de evitar por todos los medios la posibilidad de que la administraci3n haga nugatorio el mandato de obligatoriedad de la licitaci3n o procedimiento de escogencia objetiva del contratista, y as3 impedir que los contratos queden en cabeza de uno solo o pocos contratistas.

De manera que la facultad de la administraci3n para elaborar unilateralmente los pliegos de condiciones est3 regida, en primer lugar, por el cumplimiento de la finalidad de inter3s general del contrato que se trate y por el principio de legalidad, y en segundo lugar limitada por los principios de transparencia, imparcialidad y de buena fe, este 3ltimo inmerso en toda la actividad contractual. Todo ello impide a la entidad licitante introducir en los pliegos condiciones o reglas que contrar3en el principio de igualdad para beneficiar a determinado licitante, como cuando se establecen condiciones que de antemano se sabe que s3lo podr3a cumplir una persona natural o jur3dica determinada, o bien "que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas" Estos t3rminos fueron expresados a prop3sito del tema en estudio, por el Consejo de Estado, Secci3n Tercera en sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. No. 12344. .

Tampoco podrá dejarse en cabeza de un solo contratista varios contratos con el mismo objeto, pues mediante el fraccionamiento de contratos se elude el proceso licitatorio, lo que constituye favorecimiento indebido, en la forma en que antes quedó expuesto.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que conforme al reglamento del registro único de proponentes, la capacidad real de contratación resulta de restar a la capacidad máxima de contratación los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista, determinándose así su capacidad residual, la cual ha de ser exigida por parte de las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta, cualquiera que sea la modalidad del contrato (decreto 92 de 1.998 art. 1º), de manera tal que establecida así la capacidad real deba ser considerada como criterio de selección.

La Residencia como factor de evaluación

Conforme a lo expuesto, el factor de evaluación que se torne en parcial o discriminatorio, viola el principio de selección objetiva y por tanto desconoce el principio de transparencia.

En el caso en estudio, el factor de residencia fue estudiado por la Corte Constitucional, que concluyó que el mismo constituye un elemento discriminatorio, tesis que la Sala acoge en su integridad. Manifestó la Corte al respecto:

"En este sentido, se pregunta la Corte si resulta legítimo que en el pliego de condiciones de una licitación pública, la autoridad territorial busque estimular la ingeniería local y que para ello se apele a establecer un puntaje determinado a favor de los proponentes que acrediten tener residencia o sede de sus negocios en el municipio que acomete la obra pública.

El fomento de la ingeniería local, en atención a su aporte fiscal y a la generación de empleo, de todo lo cual se beneficia el municipio y sus habitantes, corresponde a una finalidad plausible y que por sí misma no atenta contra la Constitución ni la ley. El medio empleado para alcanzar la finalidad aludida, consistente en reservar un puntaje en el pliego de condiciones a favor de los proponentes que residan en el municipio, puede ser idóneo para obtener dicho propósito, pues mejora la calificación general de las firmas de ingeniería "nativas" y les otorga una ventaja que puede eventualmente resultar decisiva a la hora de decidir la adjudicación.(...)

El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se concibe como situación existente con anterioridad a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no domiciliado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial éste último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo. No está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (C.P., art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique" Corte Constitucional. Sentencia T-147/96.

(Destaca la Sala).

Así las cosas, no es dable a la administración, sin afectar la regularidad del proceso licitatorio, incluir factores o criterios que impliquen trato discriminatorio y el rompimiento del principio de igualdad de oportunidades entre los oferentes, lo cual no impide a la administración diseñar cada proceso teniendo en cuenta la localización de la ejecución del contrato y el objeto correspondiente, de modo que sin desconocer el principio de transparencia, incluya dentro del pliego de condiciones, para ser evaluados al momento de la escogencia del contratista, factores objetivos que permitan considerar como criterio de selección la experiencia, capacidad y cumplimiento (art.22.5 y 29).

La Veracidad de la información en contrataciones anteriores como factor de evaluación

La presentación de las ofertas por parte de los licitantes lleva consigo la manifestación expresa o tácita sobre la veracidad del contenido de los formularios y documentos anexos y, en todo caso, como ya se dijo, en la etapa contractual cobra especial importancia el principio de la buena fe de la entidad y de los proponentes, como principio general de derecho consagrado tanto en el artículo 83 de la Constitución Política, como específicamente en el derecho de los contratos del Estado, en el artículo 28 de la ley 80 de 1993.

La jurisprudencia La Corte Constitucional ha sostenido sobre dicho principio: "...De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las excepciones al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley(...)

Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues mientras la ley las faculta para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos se

haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso" Corte Constitucional. Sentencia del 15 de julio de 1992. T-460.

y la doctrina El autor Rodrigo Escobar Gil, manifiesta respecto de la buena fe en materia contractual: " Por lo tanto, la entidad licitante y los proponentes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del vínculo jurídico, porque en caso contrario, se configura una conducta antijurídica por contravenir las exigencias éticas del ordenamiento positivo (...) La buena fe en la etapa de formación del contrato estatal, obliga a la administración a realizar todo lo que sea necesario para la selección objetiva del contratista, conforme a los postulados de la libertad de concurrencia y la igualdad de proponentes (...)" Escobar Gil, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. 1999. Pág. 78., han analizado la aplicación del principio de la buena fe en los contratos; esta última ha señalado:

"La buena fe exige un comportamiento acorde con la obligación que asume cada una de las partes; ella no es una regla exclusiva de la Administración. El proponente también debe acatarla en la elaboración de su oferta, so pena de que al presentar una propuesta, incompleta, confusa, ambivalente, artificial, etc., sea descalificada, lo que ocurriría por ejemplo con quienes formulen propuestas en condiciones económicas artificialmente bajas, o que se base en información no verídica, o que oculten las prohibiciones o causales de inhabilidad o incompatibilidad en que están incurso, dando lugar al fracaso de la contratación o que se celebre el negocio jurídico afectado de nulidad, tal como se analiza en el capítulo siguiente. Debe, por tanto, abstenerse de suministrar datos inexactos o desfigurados para obtener una adjudicación. Toda actuación fraudulenta le acarrearía las sanciones económicas y personales, en cuanto con ellas se afecte a la Entidad o a quienes intervienen en la contratación, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 80 de 1993." Palacio Hincapié, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. 3ª Edición. 2001. Pág. 210.

Ahora bien, la ley de contratación contiene un capítulo destinado a la responsabilidad contractual, y en el artículo 52 establece la responsabilidad de los contratistas en los siguientes términos: "Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley".

De esta manera, los contratistas responderán penalmente por dolo o culpa grave, civilmente por los perjuicios ocasionados por acción u omisión y administrativamente es susceptible de ser sancionado con multas o inhabilidades, según lo determine la ley para cada caso en particular.

Así, las autoridades, según lo expresa la propia Carta, deben cumplir y hacer cumplir la ley; a los contratistas les corresponde, en armonía con la obligación de acatar la Constitución y la ley (art. 4 inc. 2º de la C.P.), cumplir fielmente con el mandato de presentar las informaciones en forma verídica. Desde un punto de vista puramente práctico, si se otorgase puntaje alguno por obrar conforme a la ley, por suministrar información veraz a las entidades estatales, habría que asignar igual calificación a todos los proponentes por este concepto, en desarrollo de los principios de buena fe y de igualdad., de tal forma que si no lo hace, le corresponde a la respectiva entidad contratante aplicar las consecuencias jurídicas que la presentación de información falsa o no verídica haya tenido en procesos de contratación anteriores, como pueden ser la configuración de causales de inhabilidad previstas por la ley - art. 8º ley 80/93 o la inhabilidad de tres años establecida por el artículo 5º inciso 2º de la ley 190 de 1.995 - Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-631 de 1.996, bajo el entendido de que la inhabilidad allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario.

, la nulidad del contrato o las decisiones que hayan recaído sobre los actos administrativos expedidos en la actividad contractual (arts. 24.7, 44 y 58 ley 80/93; art. 87 C.C.A.).

Así mismo, le corresponde a la administración poner tales hechos en conocimiento de las autoridades administrativas o la justicia penal, si a ello hubiere lugar y, tomar las acciones pertinentes para que se impongan las sanciones que seale la ley, como cuando se trate del suministro de información falsa a las Cámaras de Comercio con ocasión del registro de proponentes El artículo 22.6 de la ley 80 de 1.993 dispone: "Cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de diez (10) años sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.", en cuyo caso, si se demuestra la presentación de mala fe de información o documentos, además de la cancelación del registro, el afectado queda inhabilitado para contratar con el Estado por diez años.

Por tanto, tratándose de la obligación de actuar de buena fe, que debe necesariamente ser cumplida en todo el proceso precontractual como contractual, la administración puede advertir en el pliego de condiciones las consecuencias jurídicas que la ley prevé por la presentación de información falsa o no verídica y valorar estas circunstancias ocurridas en contratos o procesos contractuales anteriores, de tal manera que se dé aplicación a las sanciones o inhabilidades impuestas a los contratistas que así hubieren actuado. En este mismo sentido, el legislador proscribió incluir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren (art 24.5 d) ley 80/93).

Debe tenerse presente que es a la ley a la que le corresponde establecer las consecuencias de la comisión de actos ilícitos (art. 6 de la C.P.), de modo tal que si se quiebra la presunción de buena fe, deben recaer los efectos que la ley prevé cuando se falta a la verdad, pues no puede prohibirse que quien así ha actuado, continúe impunemente participando en procesos de contratación con el Estado.

Ya se dejó expuesto que el proceso contractual es reglado y por consiguiente tanto la administración como los proponentes deben ajustarse en

Concepto Sala de Consulta C.E. 1373 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

un todo al mismo.

LA SALA RESPONDE

1. La licitación o concurso público es la regla general de la escogencia del contratista, la cual supone que la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar se analiza con antelación al inicio del proceso (art. 25.7 ley 80 de 1.993), razón por la cual no deben existir diversos contratos con el mismo objeto, o con una similitud tal que en la práctica se quebrante el principio de transparencia y la selección objetiva del contratista. Así, la administración al cumplir las previsiones legales, evita el fraccionamiento y la concentración en uno o en pocos contratistas.

El objetivo de la contratación estatal es garantizar el interés general, y por ello, la entidad licitante podrá incluir en los pliegos de condiciones los factores comunes que tiendan a dicho logro, teniendo en cuenta que con ellos no se viole el derecho a la igualdad de los proponentes; conforme a lo anterior, se podrá utilizar la fórmula de la distribución equitativa de los negocios, en caso de empate en las calificaciones de los proponentes, pero sin disminución del puntaje, ya que si el contratista hubiere sido adjudicatario en otras licitaciones, ello le da experiencia y corresponde a su capacidad real y residual de contratación.

2. La residencia como factor de evaluación, constituye un factor discriminatorio y por tanto no puede la entidad licitante incorporarlo en sus licitaciones, lo cual no impide que la administración diseña cada proceso licitatorio teniendo en cuenta la naturaleza del objeto a contratar, incluyendo en los pliegos de condiciones factores objetivos que permitan evaluar experiencia, cumplimiento y capacidad real y residual de contratación, siempre que se observe el principio de transparencia y de selección objetiva del contratista.

3. La veracidad de la información por parte de los licitantes es de obligatorio cumplimiento, y por tanto, cuando se ha desvirtuado debidamente la presunción de buena fe en procesos de contratación anteriores, la administración debe aplicar las consecuencias previstas en la ley, para lo cual puede advertirlo así en el pliego de condiciones, sin perjuicio de la responsabilidad que se origina por el suministro de información falsa y de las acciones que debe tomar la entidad pública ante la cual se incurrirá en esta conducta ilícita.

Transcríbase al señor Ministro de Justicia y del Derecho. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Presidente de la Sala
RICARDO H. MONROY CHURCH

CESAR HOYOS SALAZAR
FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

CONTRATACIÓN ESTATAL - Veracidad de la información como factor de evaluación / PLIEGO DE CONDICIONES - Causal de rechazo de la propuesta por presentar información no verídica

CONSEJO DE ESTADO
Sala de Consulta y Servicio Civil
Salvamento parcial de voto
Doctor FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE
Radicación: 1373

Referencia: Contratación Estatal. Selección del contratista y criterios de evaluación

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, me aparto de su argumentación y respuesta en relación con las consecuencias que debe acarrear la presentación de información no verídica o inexacta en sucesivas licitaciones ante la misma entidad oficial.

Es deber de los contratistas obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales - art. 5º ley 80/93 -. El artículo 30.2 ibídem a su vez, obliga a las entidades interesadas elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia contemplando, entre otros aspectos, todas las demás circunstancias de tiempo modo y lugar consideradas necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

Por tanto, si la administración comprobadamente detecta el suministro de información inexacta en licitación anterior, bien puede incluir en el pliego de condiciones o en los términos de referencia la prohibición de intervenir en un nuevo proceso cuando se haya incurrido en tal práctica, lo cual se erige en una causal de rechazo de la propuesta. Por supuesto tal condición no tiene efectos permanentes ni definitivos, sólo ad-hoc.

Es claro, además, que no se trata de una causal de eliminación de la oferta sino de rechazo, por cuanto el momento de su verificación no es en la evaluación de las propuestas sino al inicio del proceso de selección.

Por tanto, a mi juicio, lo que corresponde a la administración es incorporar en el pliego de condiciones o en los términos de referencia una causal de rechazo de la propuesta por las razones anotadas y no – como lo sostiene la ponencia – limitarse a advertir en ellos las consecuencias que podrá acarrear la presentación de información no verídica, pues ello se desprende de la misma ley.

Las entidades estatales están en la obligación de defender el patrimonio y la moralidad públicos y hacer efectivos los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad de los proponentes.

FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE

Fecha y hora de creación: 2024-05-08 22:20:40