

Menor valor: ¿oferta más favorable?

IVÁN ALIRIO RAMÍREZ RUSINQUE¹

RESUMEN

La más importante transformación establecida por la Ley 1150 de 2007 en la contratación estatal radicó en la determinación del *menor valor como la oferta más favorable* para las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Por ello, reviste de gran importancia realizar un análisis desde el punto de vista jurídico y normativo, que permita establecer si la mutación sufrida al concepto de oferta más favorable trajo consigo los fines perseguidos por la reforma, o en su defecto fue perjudicial la solución, al afectar el deber de selección objetiva, los principios de la contratación estatal de igualdad, eficacia, transparencia, planeación y equilibrio financiero del contrato y el principio constitucional de la libre competencia. Para de esta forma establecer si el modelo del menor valor como criterio de la oferta más favorable resulta eficiente jurídicamente en el campo de la contratación estatal, y si las reglas establecidas en la actualidad permiten el desarrollo armónico del sistema establecido por la Ley 1150 de 2007.

Palabras clave: Contratación Estatal; Menor valor; Oferta más favorable; Deber de selección objetiva; Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; Subasta inversa; Eficacia; Eficiencia.

1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la misma universidad. Asesor y consultor en temas de contratación estatal y Derecho Administrativo del Estado. Abogado litigante. Correo-e: ivanrusinque@hotmail.com. Fecha de recepción: 25 de febrero de 2014, Fecha de modificación: 8 de abril de 2014, Fecha de aceptación: 29 de abril de 2014. Para citar el artículo: RAMÍREZ RUSINQUE, IVÁN ALIRIO (2014). "Menor valor: ¿oferta más favorable?", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 211-253.

Retail value: A more favorable offer?

ABSTRACT

The most important transformation introduced by Law 1150 of 2007 in public procurement was the determination of goodwill as the absolute best deal for State entities, when concerned with the acquisition or provision of goods and services of uniform technical characteristics and common use. Therefore, an analysis from the point of legal and policy perspective is needed in order to establish whether the reform brought the concept of absolute best deal, or whether the solution was detrimental by affecting the duty of objective selection, the principles of equality, effectiveness, transparency, planning, and financial equilibrium of the contract and the constitutional principle of competition. Is the model of goodwill as a criterion for the absolute best deal legally effective in the field of public procurement?

Keywords: Retail value; More Favorable Offer; Objective Selection Duty; Goods and Services of Uniform Technical Characteristics and Common Use; Reverse Auctions; Effectiveness; Efficiency.

1. ANTECEDENTES Y CONSAGRACIÓN LEGAL

La contratación estatal es la herramienta más importante del Estado para materializar las políticas públicas, así como para cumplir con los objetivos del gasto público. Es por ello que dicho instrumento ha sido permeado por la corrupción, el nepotismo y el clientelismo en algunos casos, deficiencias del sistema que han existido desde los orígenes de la humanidad, ante lo cual los aparatos del Estado y los integrantes de turno han querido acabar con dichas prácticas nefastas creando diversos mecanismos, entre los que se encuentra el ordenamiento jurídico en materia de contratación estatal, tan tocado y manoseado últimamente. La reforma más importante al Estatuto general de la contratación se produjo con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual introdujo puntos fundamentales a La ley 80 de 1993, entre los cuales realizó un revolcón al deber de selección objetiva (Consejo de Estado, 2009, exp.17366)², determinó la oferta más favorable y supuestamente materializó los principios de "eficiencia" y transparencia (Consejo de Estado, 2001, exp. 12037). Entre las reformas, la más importante que se plasmó fue la del menor valor como criterio único para determinar la oferta más favorable.

2 En el mismo sentido, Consejo de Estado (2011, exp. 1776) y Consejo de Estado (2006, exp. 14576).

El primer antecedente que estableció el menor valor como punto de escogencia de los contratistas del Estado fue el Decreto 2170 de 2002³, al dejar a potestad de la administración pública en los procesos de menor cuantía el hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación. En el mismo sentido se consagró dicho sistema en el Decreto 959 de 2006, reglamentos hoy derogados, pero cuyo cuerpo normativo se reprodujo con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el derogado Decreto 0734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013.

Con la expedición del documento Conpes n.º 3186 del 31 de julio de 2002, se formuló una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, basada en la eficiencia y la transparencia, teniendo en cuenta el impacto socio-económico de la misma y que trascienda el enfoque puramente jurídico "formal", con el que el tema ha sido tratado tradicionalmente. Esa fue la finalidad, la cual se enfocó solo sobre dos principios de todos los consagrados por el Estatuto de contratación estatal y el artículo 209 constitucional. Dicho documento consagró dos objetivos primordiales⁴: a) eficiencia en la utilización de los recursos públicos, y b) transparencia para evitar la corrupción⁵.

El resultado del análisis económico del citado Conpes dio como resultado que la contratación de bienes y servicios fue la de mayor peso en la década de los noventa, razón por la cual la reforma del año 2007 se enfocó sobre este tipo de contratación.

Podemos afirmar, desde ahora, que resulta incoherente desde una perspectiva jurídica que un estudio de tal envergadura, como lo son los documentos Conpes, no realice un estudio jurídico de la normatividad en materia de eficiencia y eficacia, pues lo que deja entrever es el constante sacrificio de pilares como la calidad e idoneidad de lo adquirido mediante el sistema de contratación estatal. Lo cual evidencia la falta de técnica y vista jurídica que tuvo la consecución del referido documento. Por tanto, la única finalidad del

3 Luego, con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 el gobierno de turno pulsaba por un sistema dinámico en el que se permitiera mejorar el precio ofertado por el contrato en cuestión, permitiendo una mayor obtención de eficiencia de los recursos, al determinar que las obras y servicios podrían llegar a ser contratados por un presupuesto más bajo, de tal forma que blindaban el gasto del Estado, ahorrando dinero de forma "eficiente". Esta fue la supuesta panacea establecida por el Legislador del 2007 en materia de contratación estatal.

4 Documento Conpes 3186 de 2002, a lo largo del cual se realiza un análisis financiero y económico desde la perspectiva de la demanda, la oferta, la inversión y el gasto.

5 En este sentido, el literal B del Documento Conpes 3186 de 2002 dice: "Para nadie es un secreto que por desventura la corrupción ha generado altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado, e importantes sacrificios en cuanto a su calidad e idoneidad con lo que no solamente se afecta la eficiencia y eficacia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente frente a este fenómeno no solo una necesidad económica sino un imperativo ético".

documento Conpes en cuestión, fue la de consagrar mecanismos que mitigaran la corrupción, creando el menor valor como único factor de escogencia del contratista en la adquisición de bienes y servicios de común utilización⁶.

No se explica, porque en la reforma, si bien se realizó referencia a la Ley Modelo para la contratación Pública de la UNCITRAL, donde se consideró el factor precio como determinante, pero utilizando fórmulas alternativas que generan un equilibrio entre el aspecto técnico y económico, no se tuvieron en cuenta dichas reglas, más aún en un país donde las administraciones públicas no cuentan con organismos netamente tecnócratas en definir patrones de calidad, sino, por el contrario, donde se le deja a potestad del operador que lleva en curso el proceso la determinación de las características de los bienes y servicios y en la mayoría de situaciones no se fijan patrones de calidad.

Como consecuencia del documento Conpes y demás estudios, se produjo la reforma establecida por el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007, una de las más relevantes fue la derogación del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en el cual se establecía la prohibición de tomar el precio como único criterio de evaluación, para establecer la obligatoriedad de evaluar solo el precio en tratándose de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

De tal forma, se consagró de forma legal en lo que respecta al menor valor como oferta más favorable un dirigismo contractual, mitigando de todo ámbito la discrecionalidad consagrada al operador jurídico por el legislador de 1993, de establecer bajo su libertad la configuración de los pliegos, los factores de escogencia de conformidad con los fines que buscaba la contratación en concreto. De esta forma, el artículo citado referente al deber de selección objetiva permitía establecer la mejor oferta a partir de la ponderación de criterios previamente instaurados en los pliegos de condiciones y documentos del proceso de selección, factores que fueron establecidos por el legislador del año 1993, sino que facultaba al operador jurídico a su construcción de acuerdo con la necesidad establecida por el conglomerado social y los fines del Estado. Visto desde una perspectiva del deber ser, funcionó en correcta forma; tal es así, que grandes procesos culminaron en forma adecuada, tanto en la escogencia del contratista como en el resultado escogido a corto y largo

6 En este sentido, el numeral 6.5. del Documento Conpes 3186 de 2002 dice: "se considera aconsejable utilizar procedimientos de "subasta" en aquellos casos en que el tipo de bien o servicio a contratar tenga condiciones técnicas uniformes o similares y la cuantía de lo que se contrata así lo justifique. En ese sentido podrá usarse el procedimiento, o bien para producir adjudicaciones a quien mejor satisfaga las "variables económicas" escogidas para la subasta, o como procedimiento para determinar el contenido de la oferta económica. La ventaja de este procedimiento estriba en que expone al mercado las ofertas de todos los participantes, de forma tal que les permita a todos mejorar la propia dentro del lapso de tiempo previsto previamente la puja. De esta forma la entidad obtiene la mejor oferta posible de todos y cada uno".

plazo. No obstante lo anterior, la discrecionalidad establecida por el legislador del 1993 se desbordó o fue mal aplicada, sin tener en cuenta los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Lo cual generó la promulgación de la Ley 1150 de 2007, en la que se quiso poner en cintura a los operadores jurídicos frente a la discrecionalidad de establecer los factores de escogencia del contratista, tal como se plasmó en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, estableciendo la oferta más favorable a la luz del deber de selección objetiva, bajo la premisa de que será objetiva la selección cuando la oferta sea la de menor precio. Lo cual resulta ser un yerro (ESTRADA, 2010: 247) del legislador con exposiciones y fundamentos poco relevantes frente al tema de la contratación estatal, sino siendo un paliativo de la corrupción, como estudiaremos a continuación, realizando un primer análisis de cada uno de los procedimientos en los que se consagró el comentado sistema.

2. CONSAGRACIÓN LEGAL. PROCEDIMIENTOS APLICABLES

2.1. SELECCIÓN ABREVIADA

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se consagró la modalidad de la selección abreviada, prevista para aquellos casos en los que por las "características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio", puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

La gran transformación sufrida por el Estatuto de contratación estatal fue la mutación del deber de selección objetiva, al establecer que cuando se acuda a dicho procedimiento "el único factor de evaluación será el menor precio ofrecido".

Dentro de la modalidad de la selección abreviada se consagraron diferentes causales para acudir a esta, entre otras la establecida en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, referente a la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniforme y de común utilización, prescribiendo que cuando se trate de esta clase de bienes o servicios a adquirir o suministrar, sin importar la cuantía, se debe acudir a dicha modalidad a través de cualquiera de los siguientes tres procedimientos consagrados en la Ley: 1) subasta inversa, 2) bolsa de productos y 3) acuerdo marco de precios.

La definición sobre este tipo de bienes establecida en el Decreto 1510 de 2013 agregó un adjetivo no establecido por la Ley 1150 de 2007, que hace que la definición, en vez de ser clara, sea ambigua y ajena a la infraestructura social, jurídica, económica y cultural que detenta el ordenamiento jurídico colombiano contemporáneo. De tal forma que extralimitó la definición establecida por la ley, al morigerar su definición y permitir que se entienda por

bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos de calidades similares. Se trata de un concepto que hace incurrir al operador jurídico en mayor ambigüedad, para enfocar la mayoría de los bienes y servicios a adquirir en este tipo de bienes y que sean obtenidos mediante cualquiera de los tres procedimientos que priman el menor valor como oferta más favorable.

El citado decreto eliminó las causales que excluían dicha contratación a través del sistema que prima el menor valor (las obras públicas,⁷ los servicios intelectuales y los bienes y servicios sometidos a control de precios). Lo que deja ver el querer de la Agencia para la Compra Eficiente del Gobierno Nacional de enmarcar toda la contratación en el sistema del menor valor como único factor de adjudicación, y forzar a los operadores jurídicos a incurrir en imprecisiones conceptuales, en lo que se debe entender por bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

En esa consagración legal establecida por el legislador y el ejecutivo del menor valor como oferta más favorable, vamos a analizar los tres procedimientos que fueron consagrados para la selección abreviada, así:

a) Selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de la subasta inversa

La subasta inversa es un procedimiento de contratación estatal en el cual el precio es el único factor de escogencia del contratista y consiste en una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el Decreto 1510 de 2013 y en los respectivos pliegos de condiciones.

De tal manera que la oferta más favorable para la entidad sea la más baja luego de presentar una puja "competitiva" por parte de los proponentes habilitados en una audiencia de subasta inversa presencial o electrónica.

Teniendo en cuenta los bienes y servicios por los cuales se acude al procedimiento de subasta inversa, deben determinarse en el contenido de los estudios y documentos previos señalados en los artículo 40 del Decreto 1510 de 2013, cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, que tendrá una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad, cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad. Estas fichas

7 Aunque, como se establecerá más adelante, con la permisibilidad de ordenamiento jurídico de la Conformación dinámica de la oferta en la licitación pública mediante la subasta inversa, se deja abierta la posibilidad para que esta regla quede desueta y se puedan adelantar obras públicas con bienes propios de la subasta inversa, en la que el factor primordial de la adjudicación resulte ser el menor precio.

técnicas deberán contener como mínimo: a) La clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios, b) la identificación adicional requerida, c) la unidad de medida, d) la calidad mínima y e) los patrones de desempeño mínimos.

Este procedimiento plantea dos formas de realizarse, uno presencial y otro electrónico, sin que las normas en cuestión que la reglamentaron llegasen a ser pertinentes frente al tema de la corrupción, como señalaremos más adelante.

b) Selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por bolsas de productos

Al igual que el anterior procedimiento, la Selección Abreviada por Bolsa de Productos recae sobre los mismos bienes y servicios, ante lo cual el operador jurídico valorará la posibilidad de acudir a cualquiera de las tres opciones que le da la ley para adquirir dichos bienes o servicios. Respecto a este procedimiento, ocurre una particularidad, pues la selección del proveedor obedece a un régimen especial, el establecido por las disposiciones legales sobre los mercados de las bolsas de productos y los reglamentos de estas, razón por la cual el régimen jurídico aplicable para la formación, celebración, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de las operaciones que por cuenta de las entidades estatales se realicen dentro del foro de negociación de dichas bolsas, será el establecido por la misma bolsa, es decir de Derecho privado.

Además de ello, para acudir a este procedimiento es necesario que los bienes o servicios a adquirir estén dentro del listado que ofrece la respectiva bolsa de productos, que en la actualidad solo existe una legalmente, la denominada Bolsa Mercantil Colombiana. A la cual, como establece el artículo 52 del Decreto 1510 de 2013, se le debe cancelar el precio máximo de la comisión que la entidad estatal pagará al comisionista que por cuenta de ella adquirirá los bienes y servicios a través de bolsa.

Una vez realizada toda la planeación y la solicitud a la bolsa para que realice la rueda de negocios, esta seleccionará al comisionista, mediante un procedimiento competitivo de conformidad con el reglamento interno de la respectiva bolsa.

En este caso, quien en realidad presta el servicio o los bienes al ente estatal, carece de dominio contractual sobre este y de las prerrogativas estatales, que establecen una herramienta muy importante en los contratos estatales, por lo cual la entidad deberá someterse al régimen de derecho privado que predicen las bolsas de productos, dejando el Estado algo tan importante como lo es la contratación estatal, en manos de este, por decirlo así, como un fenómeno de la "privatización de los contratos estatales", resultando contradictorio con lo establecido por el documento Conpes referenciado al velar por la transparencia y eficacia de la contratación estatal, máxime cuando existen comisiones

de ley, para poner en marcha dicho procedimiento ante la Bolsa Mercantil Colombiana.

En el procedimiento de negociación que consagra el ordenamiento jurídico, entre otras reglas cabe enunciar las siguientes: 1. El postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio, 2. Se podrá realizar de forma presencial o electrónica de conformidad con los reglamentos de las bolsas y 3. La bolsa organizará y realizará las ruedas de negociación para la selección objetiva del comitente vendedor, quien suministrará o venderá los bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

c) Selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por acuerdo marco de precios

Este procedimiento para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas, uniformes y de común utilización no podía ser utilizado hasta el 17 de julio de 2013, fecha en la cual se expidió el Decreto 1510 de 2013, el cual reglamentó el acuerdo marco de precios y asignó las responsabilidades a que se refiere el inciso 4 del parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

El gran cambio introducido por el Decreto 1510 de 2013 fue la reglamentación de los acuerdos marco de precios, para su puesta en operación por parte de las entidades estatales, el cual adopta de manera general la obligación de acudir a los acuerdos marcos de precios que suscriba la Nación, y según el numeral del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, dicha función compete a Colombia Compra Eficiente, caso en el cual, cuando las entidades del orden nacional vayan a adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, deben en primera instancia acudir a seleccionar los operadores ya contratados para estos temas por el gobierno nacional bajo un precio uniforme negociado por este y el operador, aduciendo la premisa de adquirir los mismos bienes y servicios por un solo procedimiento realizado por el Estado y de esta forma eliminar una carga administrativa innecesaria, comprar a menor precio y reducir costos administrativos.⁸ Simplemente el sistema contractual del Estado se convierte en una *tienda virtual* en la que se compran los elementos a unos proveedores previamente establecidos por el Ejecutivo a través de acuerdo de precios marco, es decir que se trata de simples órdenes de compra para la adquisición de los bienes o servicios previstos en el acuerdo.

Esto genera una impresión de centralización administrativa de la contratación en un solo estamento ejecutivo, el menor valor como único factor de adjudicación de este procedimiento, la afectación de la libertad de compe-

8 Así lo señaló la Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios, Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional para las compras y contratación Públicas en Colombia Compra Eficiente. Publicada en la página <http://www.colombiacompra.gov.co/es/manuales> el 21 de febrero de 2013.

tencia y un efecto colateral de generación de oligopolios en la contratación estatal. También la homogenización de la contratación estatal y excesiva reglamentación del tema, que no permite al operar jurídico realizar juicios de ponderación y valoración a la luz de los principios de la contratación estatal. Lo cual supone una actuación contraria a los principios de descentralización, desconcentración y delegación administrativa, propios del avance del Derecho Administrativo.

Este procedimiento nos llama mucho la atención, pues además de las disposiciones del Decreto 1510 de 2013, el mismo estará precedido por la normatividad que para tal fin señale la agencia Colombia Compra Eficiente, luego esta es la que deberá responder por todas las etapas contractuales del negocio. De tal forma que dicha entidad fije los parámetros en los cuales la ley y el decreto enunciado no se pronunciaron.

2.2. LICITACIÓN PÚBLICA

Si bien es cierto que la ley solo consagró el factor precio como único factor de escogencia del contratista en la selección abreviada de bienes y servicios de condiciones de características técnicas uniformes y de común utilización y en la selección de mínima cuantía, la praxis de las entidades estatales ha demostrado que en los procedimientos de licitación pública y de la selección abreviada de menor cuantía el menor precio ha sido el determinante para la adjudicación.

Ello obedece a la falta de empeño de los operadores jurídicos por establecer criterios objetivos de evaluación ajenos al precio, como podría determinarse en estos procedimientos y a la política pública que se ha construido sobre el fundamento que el menor precio resulta lo más eficaz para la administración pública y ajeno a cualquier índole de corrupción.

Por ejemplo, la licitación pública de la ruta del sol, proceso al cual se le adjudicó al contratista la ejecución de la denominada Ruta del sol, una de las obras de infraestructura vial más importantes del país, en la cual el pliego de condiciones le otorgaba 800 puntos, de 1.000 posibles, al menor precio ofrecido (BERMÚDEZ, 2009). No es admisible que siendo una de las obras de infraestructura más importantes del país y tratándose no de simples bienes y servicios sino de obras viales, se propugne por el menor precio como factor de adjudicación, desconociendo la realidad de este tipo de obras frente a la estabilidad de las mismas, la calidad de los bienes a utilizar y la garantía de los productos a entregar. Sin lugar a dudas, medidas de corto plazo como el economizar recursos, bajo el lema de eficiencia, que hacen que sea más costosa la contratación estatal a costa de una real efectiva materialización de la eficacia desde el punto jurídico, como consecución de los fines de la contratación, enmarcada con grandes rubros de estabilidad, garantía y calidad de las necesidades del Estado.

2.2.1. Conformación dinámica de la oferta en la licitación pública

Producto del referenciado Documento Conpes y de la Ley 1474 de 2011, se consagró como un procedimiento propio de un sistema de negociación y un diálogo competitivo entre la entidad estatal y los particulares, en el cual se permite una negociación siempre sobre aspectos económicos. Por ello, afirmamos que obedece a un procedimiento en el que el precio resulta jugar el papel fundamental para escoger la oferta más favorable, mediante la realización de pujas que permitan una mejora en las variables técnicas y económicas. Sin antes decir que pocas serán las variables técnicas planteadas por la administración pública cuando no cuenta con el respectivo personal calificado para establecer reglas claras, expresas y objetivas sobre estas, apuntando a la administración a las condiciones económicas como determinantes en el respectivo proceso. Aunque existan autores (GÓNZALEZ, 2010: 322) que afirman que no se entiende por qué es necesaria la limitación legal de que existan factores adicionales al precio para la conformación dinámica. La cual no deja de ser una salida rápida frente al problema técnico que detentan las entidades administrativas para conformar aspectos no económicos que lleven a la escogencia de la oferta más favorable para esta.

Lo cierto es que el diálogo competitivo en Derecho comparado se ha establecido para cierto tipo de contrataciones complejas (Directiva 18, 2004, Comunidad Europea) mas no para convertirse en la regla general de la contratación pública, máxime cuando en este procedimiento desaparecen las excepciones legales propias de la selección abreviada mediante subasta inversa o bolsa de productos, como el tema de las obras intelectuales o las obras de infraestructura propiamente dichas, resultado que puede generar un gran riesgo de la eficacia de la contratación estatal en sacrificio a los postulados alegados por el gobierno. Puesto que el modelo de contratación estatal colombiano es particular y la realidad social indica que se debe trabajar por unos cometidos estatales desde el punto de vista jurídico a largo plazo y no a corto, lleno de garantías constitucionales y legales, que permitan tener contratos que redunden en sus beneficios y no menores costos que perjudiquen la calidad de las obras.

2.3. SELECCIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA

Otro de los procedimientos en los que se consagró la regla del menor valor como único factor de evaluación y de escogencia del contratista, resultando la oferta más favorable para la Entidad, aquella que tenga el menor precio ofertado, fue el de la modalidad de la selección de mínima cuantía.

En su consagración legal a través de la Ley 1474 de 2011, se eliminaron los requisitos denominados habilitantes y se consagró la panacea de la contratación estatal contemporánea del Derecho colombiano, el menor valor como único factor de adjudicación. A tal punto llega el régimen reglado y violatorio de

los principios de igualdad que el reglamento estableció que solo se realizará la evaluación y verificación a la propuesta más baja, punto determinante en un modelo cuya importancia resulta ser la economía financiera de los rubros del Estado, sin importar criterios de mayor peso en la contratación estatal de cualquier Estado social de Derecho.

Nótese que la realidad social y jurídica indica que la regla general de la contratación estatal en Colombia no resulta ser la licitación pública, sino la selección abreviada a través de los tres procedimientos comentados, teniendo en cuenta que no importa la cuantía del contrato sino solo las características técnicas uniformes de los bienes y servicios a adquirir, sin mayores precisiones técnicas y de calidad definidos.

No obstante lo anterior, se ha evidenciado que en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía se han acogido al menor valor como el factor fundamental de escogencia o el criterio de mayor puntuación para la selección del contratista. Lo cual obedece a la falta de empeño de los operadores jurídicos por establecer criterios objetivos de evaluación ajenos al precio, como sería posible determinar en los procedimientos que permiten ponderar la calidad de la oferta. Sin embargo, la política pública que se ha construido sobre el fundamento del menor precio, como lo más eficiente para la administración pública y ajeno a cualquier índole de corrupción, infiere a los operadores a la utilización de dicho factor de adjudicación.

Lo cierto es que la consagración legal del menor valor genera grandes reparos desde un punto de vista jurídico en concordancia con los principios de la igualdad, la eficacia, la transparencia, la planeación, el equilibrio financiero del contrato, la libre competencia, pues se generan fenómenos de colusión, corrupción, pequeños oligopolios en la contratación estatal, falta de cumplimiento de los fines del Estado, falta de garantía y calidad de los bienes y servicios, generando unas implicaciones jurídicas que analizaremos a continuación.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DEL MENOR VALOR COMO OFERTA MÁS FAVORABLE

El análisis que plantearemos en este acápite radica en valorar la institución del menor valor como factor determinante en la adjudicación de los contratos públicos en la legislación colombiana a raíz de las recientes reformas implementadas por parte de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y los decretos reglamentarios, desde la perspectiva de los principios de la contratación estatal. Para concluir si el menor valor resulta coherente y viable jurídicamente con los postulados constitucionales y legales de nuestro ordenamiento.

3.1. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA

En primera medida vamos a abordar el tema en comento, desde la perspectiva del deber de selección objetiva, teniendo en cuenta que más que un principio implica un deber, que se traduce en una obligación para toda la administración pública, el cual se debe acatar de forma irrefutable. Así las cosas, en la consagración legal referenciada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se estableció el *menor valor* como único factor de adjudicación cuando el objeto de la contratación estatal sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización. Razón por la cual el legislador, más que determinar una definición y dotar de herramientas al operador jurídico, bajo unos parámetros de principios y reglas objetivas, sobre el deber de selección objetiva, excedió dicha labor y regló de manera irrefutable en aquel, la norma referente al menor valor como factor de adjudicación cuando el Estado adquiera dicho tipo de bienes y servicios, en los diferentes procedimientos que enunciamos.

El deber de selección objetiva entendida como aquella oferta más favorable para la entidad, aplicable a todas y cada una de las modalidades y por ende a los procedimientos de la contratación estatal, apunta a la transparencia y la concurrencia, el principio de igualdad de los proponentes (Consejo de Estado, 2000, exp. 12663)⁹ y la obligación de determinar los criterios de selección de los contratistas (Sentencia de Constitucionalidad C-400, 1999)¹⁰. El deber de selección objetiva se estableció con un matiz más reglado al aspecto discrecional y dotado de principios que el anterior articulado, pues a pesar de establecerse el mismo encabezado jurídico basado en que 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. De tal forma que las reglas no admiten valoración alguna a la luz de los principios constitucionales y legales, sino que obedecen a reglas que deben cumplirse so pena de incurrirse en una selección no objetiva. En ese ámbito, se consagró como garante del deber de la selección objetiva el menor precio ofrecido sin valoración alguna ni interpretación posible por parte del operador jurídico, cuando se trate de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización. Lo cual deja mucho que desear frente a una

9 “...esto se traduce en el deber de la escogencia de la propuesta más favorable entendida no solo para la administración sino para los fines de la contratación estatal. La selección objetiva pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prima la TRANSPARENCIA, LA IMPARCIALIDAD e IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, ajena a consideraciones subjetivas”.

10 “Reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole aseguran una escogencia objetiva”.

ley de principios, al consagrar un procedimiento reglado para los operadores e intérpretes, donde se plasmó que lo más barato es lo más favorable para la entidad y por ende lo más objetivo a la luz del ordenamiento jurídico, porque desde el punto de vista constitucional, pueden verse fracturados varios postulados constitucionales que afecten la operación de dicho sistema.

Dentro de ese marco legal, se ha establecido una serie de herramientas para garantizar el cometido del deber de selección objetiva (Consejo de Estado, 2009, exp. 17366)¹¹, siempre en el marco y respeto por el principio de la igualdad (Consejo de Estado, 2011, exp. 17767)¹². Aspecto que se puede quebrar al momento de estar frente a una propuesta artificialmente baja, pues en el momento en que se acude al menor valor como oferta más favorable y la propuesta más barata, es el resultado de artificios y engaños para quedarse con un contrato, se quiebran la igualdad y la selección objetiva. Y más allá el sistema del criterio como lo más barato, lo más objetivo, quiebra la libertad de competencia frente a proveedores, compradores de pequeña medida, generando beneficios a los fabricantes directos de los productos y servicios que necesita el Estado, es decir desde el principio les genera una ventaja de competencia frente a los demás (Consejo de Estado, 2012, exp. 23087)¹³. Fenómeno que pone en gran riesgo la ejecución contractual y por ende la consecución de los fines del Estado que se pretenden satisfacer con la contratación. Aparte de ello, es posible que se presenten otros riesgos que pueden llegar a afectar el deber de selección objetiva, como la colusión entre proponentes, el lavado de activos, la generación de oligopolios en la contratación estatal, la afectación a libertad de competencia, etc.

- 11 Sentencia en la que se señaló los elementos necesarios para garantizar la selección objetiva del contratista, siendo estos: "1) Ausencia total de subjetividad; 2) estar determinado por la comparación de distintos factores establecidos con anterioridad por la administración en el pliego de condiciones; 3) estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponda a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4) estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las ofertas presentadas". Y resalta que el deber de selección objetiva se materializa en "el obrar administrativo debe ser en todo momento imparcial, transparente y acorde con el derecho de igualdad".
- 12 Al establecer que "La selección de los contratistas debe identificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados, ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas, iii) la garantía del derecho de contradicción, iv) la publicidad de las actuaciones de la administración, v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta, vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". En el mismo sentido, Consejo de Estado (2006, exp. 14576).
- 13 "...fuese la más barata o la más económica; lo anterior no implica per se que tuviesen asegurada la adjudicación de la licitación".

El menor valor como la oferta más favorable, desborda sus límites a otros procedimientos en los cuales el factor técnico y de calidad pasa a un plano abandonado por darle preeminencia al menor valor como lo más favorable para la entidad, todo lo cual se ampara en el mismo marco legal que afirma que esto es garante del deber de selección objetiva. Empero, desde un análisis concreto y factico de las situaciones que se presentan en el mercado, lo objetivo puede ser lo más subjetivo desde el marco legal, al fracturar la igualdad de oportunidades de los proponentes, la imparcialidad de la administración, la neutralidad y contrario a los fines buscados por la administración pública, desprovisto de calidad y garantía de los bienes y servicios buscados por el Estado.

3.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Teniendo en cuenta el análisis efectuado desde el punto de vista del deber de selección objetiva, es necesario e irrefutable hacerlos desde los principios de la contratación estatal, pues estos van de la mano con el comentado deber. Razón por la cual se efectuará un estudio de aquellos principios propios de la contratación que se vean inmersos en el menor valor como factor de adjudicación de los contratos estatales.

3.2.1. Desde el punto de vista del principio de igualdad

En primera medida se tomará el principio de igualdad, garantía constitucional irrefutable en cualquier Estado Social de Derecho y en las actuaciones administrativas, propias para adjudicar los contratos estatales (ARCHILA & PABÓN, 2012: 11), pues el querer del legislativo del año 1993 (Congreso de la República, Exposición de Motivos)¹⁴ fue consagrar unos procedimientos de selección del contratista, con el mayor respeto a garantizar desde todo punto de vista el principio de igualdad, no solo desde su perspectiva administrativa, sino desde su ámbito constitucional como derecho fundamental, siendo la premisa de partida para llegar a una buena conclusión, una contratación que satisfaga la finalidad de interés público.

Garantía que, respecto a los nuevos procedimientos consagrados con la reforma del año 2007, en especial en los procedimientos que establecieron el menor valor como el factor determinante en la escogencia de la propuesta más favorable de las entidades, se ve transgredida al restringir en gran medida

14 Ley 80 de 1993: "se hace de esta forma explícito que el propósito de los procedimientos de selección consiste en garantizar dicha igualdad, así como permitir que la administración escoja a quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de la finalidad de interés público que ella pretende alcanzar con la contratación, todo ello en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y, obviamente, de una estricta responsabilidad".

su aplicación, pues no permite ni garantiza la participación de cualquier interesado en condiciones de igualdad, ya que aquellos son producto de sistemas negociados donde el único factor determinante es el precio, sin garantizar la libre competencia, la empresa nacional, la pequeña y mediana empresa, y prescindiendo de requisitos de calidad y garantía, para concentrarse netamente la negociación sobre el precio y el objeto (GÓNZALEZ, 2010: 325). Lo cierto es que se sacrifican estos postulados legales, propios de la expresión de la igualdad.

Ante lo anterior, sería coherente que el ordenamiento jurídico contemplara herramientas al operador jurídico para certificar el derecho a la igualdad, de tal forma que se garantice la libre competencia, se promueva la empresa colombiana (MARIENHOOF: 72), se excluya o dificulte la posibilidad de que se presente colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la administración pública (MARIENHOOF: 71), se provean bienes, servicios y obras con calidad, garantía, idoneidad y capacidad en sentido amplio, que lejos de lograr una *eficiencia* desde el punto de vista económico, a la luz del menor precio, satisface los intereses del Estado, sus finalidades y a sus administrados.

Concepto que se ve afectado por el ordenamiento jurídico colombiano, pues los procedimientos comentados amparan un fenómeno que promueve la colusión y garantizan el ahorro de los recursos públicos a corto plazo sobre garantizar unas condiciones de igualdad y objetividad que garanticen que quien sea adjudicatario de un contrato estatal, lo sea por su capacidad en sentido amplio y por ser la propuesta más favorable para la entidad no desde el factor precio, sino de una ponderación precisa y detallada de criterios que, según el objeto, satisfagan el cumplimiento de los fines del Estado en forma íntegra, pues en el momento que el Estado favorece a las grandes empresas, para proveer los servicios y bienes del Estado, quiebra la igualdad y el mercado, generando una especie oligopolios en la contratación estatal, como en efecto pasará con los denominados acuerdos marco de precios, adoptados por el Decreto 1510 de 2013.

Lo cierto es que la concepción actual de adjudicación de los contratos estatales resulta ser muy *ius privatista* y perjudicial para lo que representa el concepto del Derecho Administrativo (SANTOFIMIO, 2003: 171), pues en aras de garantizar la supuesta *eficacia*, se sacrifica la objetividad, legalidad e igualdad (ARIÑO, 2003: 108). Por lo anterior, cuando se consagra un sistema cuya adjudicación de los contratos estatales depende del menor precio, bajo un postulado de eficiencia económico, propio del régimen privado de los negocios a nivel de mercado, se transgrede el principio, derecho fundamental y pilar de todo Estado Social de Derecho: la igualdad de los interesados y proponentes que deseen participar en los procesos de contratación del Estado.

3.2.2. Desde el punto de vista del principio de eficacia

Hecho el planteamiento respecto al principio de igualdad, se realizará el análisis de los demás principios de contratación estatal que se vean afectados o transgredidos por el menor valor como factor de adjudicación de los contratos estatales, pues a pesar de ser independientes necesariamente se conjugan entre sí, de tal forma que sean expresiones uno del otro y que garantizan la Carta Política.

El concepto de eficacia desde el punto de vista jurídico consiste en garantizar y satisfacer a plenitud la producción de los efectos queridos en el contrato en particular (Consejo de Estado, 2012, exp. 21699)¹⁵, que a su vez tiene un efecto complementario denominado eficacia social del negocio jurídico y que reviste gran importancia en materia de contratos estatales, pues lo importante para uno u otro caso no es economizar recursos a como dé lugar, sino satisfacer las necesidades del Estado y los ciudadanos y ciudadanas en un marco de legalidad y del debido proceso propio de la administración pública, por tanto que quien actúa es el Estado y no el particular (SANTOFIMIO, 2003: 76-77).

Es por ello que respecto de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado, la eficacia no puede convertirse en un punto netamente económico basado en solo economizar recursos en la contratación estatal, bajo la fórmula del menor valor como único criterio para la adjudicación de los contratos estatales, pues ello no obedece a la naturaleza de la eficacia de la administración pública cuando se selecciona al contratista, sino a un criterio de eficiencia adoptado por el legislador del año 2007 con la reforma de la Ley 80 de 1993, concepto que no obedece a un principio de la función administrativa ni de la contratación estatal, sino como un prisma o contenido del principio de eficacia.

Esto, teniendo en cuenta que la eficiencia como parte del principio de eficacia (PAREJO, 1989: 218-219) consagra diversas manifestaciones en la contratación pública: "a) el uso eficiente de los recursos; b) la economía procedimental; c) la ejecución de las decisiones administrativas contractuales; d) los recursos contra la actividad administrativa contractual (ÍNIGO SANZ, 2010: 711). Por lo que su definición no se agota solo bajo el criterio económico. Siendo así que, desde el punto de vista jurídico, se define el "uso eficiente de los recursos" como la forma en la que la tramitación y la ejecución del contrato se realicen con celeridad, economía y eficacia. Por lo cual, cuando la contratación es eficaz a través de sus trámites y ejecución, que sean ágiles, económicos y eficientes, satisfacen los postulados del principio de eficacia; de lo contrario,

15 "La Eficacia en sentido lato del contrato se refiere, entonces, a la plenitud de la producción de sus efectos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que de su celebración surgen para las partes y sus proyecciones respecto de terceros, extraños al interés dispuesto, pero efectos a su disposición".

se debe generar una responsabilidad al operador público o privado que cumpla funciones públicas, como también de los contratistas o colaboradores de la administración pública, por no garantizar en su mayor medida posible el principio de eficacia. Este debe ser el postulado y contenido del que debe gozar el referenciado principio en nuestro ordenamiento jurídico, mas no sobre conceptos de eficiencia netamente económicos. Por el contrario, lo que en la actualidad reviste respecto al principio de eficacia es un contenido netamente económico, lo cual es resultado, por un lado, del vacío que existe en la legislación respecto a este tema y otro el fenómeno de la huída al Derecho privado, ante el desprestigio de las actuaciones públicas (PAREJO: 219).

Lo cual trae como resultado la aplicación de la teoría de origen anglosajón denominada *Análisis Económico del Derecho* (SAFAR, 2010: 213), bajo un postulado netamente económico y que es el resultado de la aplicación de la regla del menor valor como oferta más favorable en la Ley 1150 de 2007, a un ordenamiento que tanto jurisprudencial como doctrinariamente tiene su propio desarrollo interno, desatendiendo que la contratación estatal reviste unas formalidades propias del Derecho público basadas en el principio de legalidad y la consecución de los fines del Estado Social de Derecho.

De igual forma, se ve disminuida la consecución de los fines propuestos por estos procedimientos, cuando a raíz de fenómenos como la colusión, el monopolio o la no libertad de concurrencia, en estos se vulnera la igualdad, no existe competencia en la adjudicación ni puja por el precio, como tampoco se ve prisma alguno referente a la pluralidad de oferentes, aspectos propios de los mecanismos en los cuales solo se escoge al contratista por el factor precio.

Por lo tanto, la denominada eficacia establecida en la Ley 1150 de 2007 corresponde a un concepto económico y afecto de la noción del Derecho público, más cercana al ámbito privado, pues la eficacia en la administración pública se relaciona con el cumplimiento real y efectivo de los cometidos estatales (PAREJO, 1995: 85)¹⁶, siendo estos en la contratación estatal, la correcta prestación de los servicios públicos y la provisión de los bienes, obras y servicios en condiciones de calidad, garantía y dando aplicación a la Carta Política y al marco de legalidad propio del Derecho público, amplia diferencia con el Derecho privado, pues toda la actuación contractual del Estado debe estar provista de las competencias que posee (Consejo de Estado, 2012, exp. 21867).

3.2.3. Desde el punto de vista del principio de transparencia

Es necesario realizar un análisis al principio de transparencia, pues la reforma del año 2007, como una de sus consideraciones más importantes, se plasmó

16 "La eficacia en la administración pública se relaciona con el cumplimiento real y efectivo de los cometidos estatales" (SANTOFIMIO, 2011: 29).

en las medidas de transparencia que se introdujeron a la Ley 80 de 1993, por parte de la Ley 1150, concepción que se fundamentó en establecer que dicho principio se garantiza y se materializa teniendo un mejor control del gasto público. De tal forma que en la medida en que se acuda a los procedimientos del menor valor como factor de adjudicación de los contratos estatales, se controla el gasto y economizan los recursos públicos o, en palabras del legislador, se hacen eficientes. Sin embargo, lo más relevante del contenido del principio en comento no es propiamente la economía de los recursos estatales, sino que el obrar de los organismos y entidades del Estado esté revestido de la controversia de los interesados, de la publicidad de sus actuaciones, del acceso a la información, del contenido objetivo, claro, completo y proporcional de los pliegos de condiciones respecto a sus requerimientos, la imposibilidad de solicitar condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, el sometimiento expreso al marco de legalidad propio de las funciones públicas, la motivación de los actos, las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato y el respeto por su actuación por los fines previstos en la Ley (Consejo de Estado, 2001, exp. 12037). Contenido que dista de lo establecido en las motivaciones de la Ley 1150 de 2007, pues se confunde jurídicamente las finalidades de los principios con una política anticorrupción y de eficiencia económica con todo el componente jurídico de que está revertido el Estatuto de Contratación Estatal.

Lo cierto es que las medidas introducidas en virtud del principio de transparencia no son tan eficaces en la praxis, pues el menor valor coadyuva a la negociación entre proponentes, promueve el lavado de activos, desconoce la empresa colombiana, promociona el contrabando, afecta la calidad de los bienes, obras o servicios, contenido directo del principio de transparencia, etc.

3.2.4. Desde el punto de vista del principio de planeación

En el presente trabajo es necesario remitirnos a la primera etapa de la contratación estatal, el principio de planeación, hoy tan esquivo y mezquino por parte de los operadores jurídicos de nuestra administración pública.

Este principio es de vital importancia para la puesta en marcha del funcionamiento del sistema que privilegia el menor valor como criterio de adjudicación de los contratos estatales, pues resulta de gran carga para el operador de la contratación definir los bienes y servicios de condiciones y características técnicas uniformes y de común utilización, pero ello resulta casi inoperante por la falta de tecnocracia de la que gozan las entidades públicas, máxime cuando para cada contratación sería necesario acudir a la contratación de los diseños de la respectiva ficha técnica, con el fin de que definan los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico en la misma, lo cual genera un costo diferente y que no se fijó en momento alguno, a diferencia del modelo anglosajón en el que la ficha de los bienes y servicios a adquirir está definida por una agencia

netamente técnica en el tema, que permite que el procedimiento esté revestido de objetividad y afecto de cualquier interés subjetivo (Consejo de Estado, 2012, exp. 19730).

Esto, teniendo en cuenta que el procedimiento en cuestión está diseñado para que a través de las fichas técnicas, parte integral de los pliegos de condiciones y del futuro contrato, no incurra en el suministro o la prestación de servicios de baja calidad, con riesgos innumerables, que muy probablemente se va a convertir en un campo de responsabilidad contractual, inclusive postcontractual, después de liquidado el contrato, toda vez que el procedimiento no fue en debida forma planeado, y al querer enmarcar todos las necesidades del Estado en procedimientos de subasta inversa, bolsa de productos y acuerdos marco de precios, privilegiando el menor precio como la mejor oferta, sin definir parámetros claros, objetivos y serios de calidad y garantía de los bienes a adquirir.

Por tal razón, el punto de partida para justificar o no la necesidad de que se opte por alguno de los procedimientos para adquirir bienes y servicios de condiciones y características técnicas uniformes, resulta la etapa de planeación del contrato, de la necesidad de la entidad de acuerdo al interés general que detenta cada entidad administrativa, lo cual reviste un alto dirigismo contractual, al establecer la obligatoriedad de acudir a dichos procedimientos cuando verse sobre dichos bienes y servicios, corriendo el riesgo de que luego del estudio detallado se pueda determinar que no corresponde a un bien o un servicio de dichas calidades, ya que no existen patrones de calidad previamente definidos por entidad administrativa alguna, sino que, por el contrario, son definidas discrecionalmente por la misma entidad contratante, lo cual resulta muy poco técnico.

Por eso afirmamos que si las entidades públicas estructuran y ponen en marcha el principio de planeación garante de la puesta en marcha de los demás principios de la contratación estatal, bajo unas pautas reales de estudio de mercado que garanticen precios reales y justos, no se tendría por qué acudir a mecanismos mediante los cuales no se premie la calidad y garantía de los bienes, servicios y obras ofrecidas sino la consecución de un menor valor que pueda llegar afectar lo buscado por el mismo sistema, un justo precio, la libertad de concurrencia, evitar la creación de oligopolios y generar un mayor bienestar de la sociedad y los individuos, por lo que los procedimientos de menor valor, como en efecto se anotó, no buscan otra cosa que un justo precio, pero el sistema ha degenerado esa naturaleza en el ahorro de recursos estatales a toda costa, sin detenerse a verificar las consecuencias nefastas de inobservar un equilibrio de los demás principios de la contratación estatal, la función administrativa y la garantía de la Carta Política.

3.2.5. Desde el punto de vista del principio del "equilibrio financiero del contrato"

El principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato vela porque la remuneración del contrato sea razonable, teniendo en cuenta que el contrato estatal está fundado en los criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas (Consejo de Estado, 31 de agosto de 2011)¹⁷. De tal forma que el pago obedece a la naturaleza del contrato y cuantía de las prestaciones que asume el contratista, sin que en ningún instante se afecte su ejecución o se lleve al colaborador de la administración a un punto de pérdida en su ejecución. Este principio constituye una de las premisas fundamentales propia del contrato estatal, el cual se ve afectado por postulados económicos y criterios de eficiencia mercantil privada que desconocen la naturaleza de las prestaciones del Estado y sus colaboradores, afectando el mercado propio y desconociendo los postulados inherentes del Derecho Administrativo y la contratación estatal (BENAVIDES, 2008)¹⁸.

Bajo ese recorrido, lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, sin que en ningún momento se altere la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones pactadas en el mismo. Ese particular contenido del relación estatal hace que las condiciones de los contratos privados y su concepto de eficacia no sea tan acoplable al concepto propio del contrato estatal, pues la economía de mercado y la eficacia económica, enfocada al ahorro a toda costa de los recursos del Estado, puede resquebrajar el comentado principio, toda vez que esta clase de fenómenos trae como consecuencias la contratación a precios irrisorios del mercado, la puesta en peligro de la ejecución del contrato estatal y, por qué no, un reequilibrio del Estado al colaborador del mismo cuando se vea afectado el negocio jurídico, por razones hasta imputables al mismo contratista, pero garante de omisiones cómplices del Estado, como se anotará a continuación. Lo cual se da porque, desde la perspectiva económica, no se crearon mecanismos paralelos a la implementación del menor valor como criterio de la adjudicación de los contratos estatales que blinden al Estado frente a los problemas presentados.

17 Al afirmar que: "(...) la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la Ley ante las cargas públicas".

18 "...este concepto o calificación de colaborador del contratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del 'equilibrio financiero del contrato' o la 'honesta equivalencia de prestaciones', con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo".

3.3. ANÁLISIS ESPECIAL DEL DENOMINADO "PRINCIPIO DE PLURALIDAD DE OFERENTES"

Hoy, sin vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, es un aspecto a revisar jurídicamente con la reforma del Estatuto de Contratación Estatal del año 2007, como el sistema contractual de adjudicación de los contratos del Estado cambió notablemente, al establecer el menor valor como factor determinante en la adjudicación de estos, precedida de la puja por los proponentes participantes de un proceso precontractual, lo cual implica una naturaleza diferente a lo establecido por la Ley 80 de 1993¹⁹, pues al consagrar un sistema de pujas en las cuales el Estado busca el menor valor para que quienes participan se queden con los contratos, implicaría en primera medida una necesidad de consagración de pluralidad de oferentes. Por ello, afirmamos que el deber de selección objetiva en los procedimientos en comento debe recoger el principio de pluralidad de oferentes; de esta manera es posible dotar de una institución que propenda por garantizar una competencia del mercado, pues si se acogió dicho factor de escogencia debió ser el resultado de la debida planeación, en la cual se determinó que los bienes o servicios a adquirir por el Estado los suministra el mercado en gran medida y se estableció que existe una gran variedad de pluralidad de oferentes que garantice una puja de los proponentes por quedarse con el contrato (Consejo de Estado, 2012, exp. 38.924)²⁰.

3.4. DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, LIBERTAD DEL MERCADO: ¿GENERACIÓN DE MONOPOLIOS?

Teniendo en cuenta lo esbozado, es necesario analizar el sistema del menor valor desde los principios económicos de nuestra Carta Política, pues la legislación existente quiso solucionar problemas de la contratación estatal como el fenómeno de la corrupción, sin tener en cuenta postulados constitucionales

19 En la Ley 80 de 1993 se proscribió la pluralidad de oferentes como punto de partida para la adjudicación de los contratos del Estado. Así mismo se indicó por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, sentencia del 3 de diciembre del 2007 y sentencia del 24 de junio de 2004, expediente 15235. Así mismo se consagró en el reglamento, el Decreto 1510 de 2013 en su artículo 30, la posibilidad de adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una propuesta.

20 "(...) en especial con la subasta, la necesidad de que los participantes dentro del proceso correspondiente pujen necesariamente de manera competitiva, siempre al alza, lo que implica para estos eventos que la subasta propuesta por el legislador, conlleva irremediablemente la presencia de un número plural de interesados, pujando, en cada una de las rondas que se establezcan en los pliegos correspondientes en torno a un precio siempre más alto, lo cual se torna imposible de lograr, bajo condiciones objetivas de ausencia de concurrencia plural de interesados en el proceso de selección de contratistas, que en la modalidad de subasta, instrumente la administración (...)".

para el mercado, como la libre competencia, la libertad de empresa y la prohibición de oligopolios.

El procedimiento del menor valor como sistema de adjudicación de los contratos estatales genera una consagración legal y una concentración de la actividad contractual del Estado en unos pocos agentes comerciales, en especial aquellos que gozan del dominio del mercado y de los precios, al ser grandes fabricantes y distribuidores de los bienes y servicios que requiere el Estado. Es también la situación de los grandes importadores de bienes y servicios del extranjero que hoy en día están fracturando la economía de nuestro país, pues no se han proyectado normas y mecanismos para proteger la empresa y la economía interna.

La finalidad buscada en el tipo de procedimientos donde se premia el menor valor, es una verdadera competencia que garantice y materialice el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, pero su definición resulta un poco subjetiva a la vez, porque solo entrara en la disputa por el mercado y el precio quien tenga el dominio del mercado o una posición preponderante en el mismo, de lo contrario estos mismos se encargarán de sacar a los pequeños agentes, pues no revisten competencia frente al precio para competir con quienes manejan el direccionamiento de los precios del mercado, si los hay. Luego, no resulta económicamente rentable para las pequeñas y medianas empresas participar, ni asociarse en los famosos convenios de asociación, como las uniones temporales y consorcios, ya que quienes tienen el dominio del mercado terminarán sacándolos de la competencia rápidamente, o como sucede en muchas de las audiencias públicas de subastas inversas en el país, realizando negociaciones previas con el fin de no realizar pujas en la audiencias, sino resultar adjudicado el contrato a la oferta económica inicial más baja. En este último fenómeno, denominado colusión y desconocido por las autoridades de control y en cierta parte por el ordenamiento jurídico, las negociaciones privadas para quedarse con los contratos estatales, al estar inmersos los procesos contractuales bajo un mismo grupo de proponentes, no es otra cosa que permitir y coadyuvar la cartelización de los oferentes (GUPTA, 2001)²¹, avalados por un estatuto general de contratación.

Más allá, no concebimos que para la elección del co-contratante del Estado, se determine por quien tenga el precio más bajo de los bienes y servicios, sin que estos estén controlados por una entidad administrativa, una agencia del Estado o, en su defecto, quien tenga la facultad de controlar sus mínimos y sus máximos, de tal forma que no se sacrifique la selección objetiva, pues en realidad los operadores jurídicos no tienen certeza del mercado, de sus límites y máximos de los bienes y servicios a adquirir (SANTOS: 269). Aunado a esto, el Sistema de información de la Contratación Estatal Pública (SECOP) no es certero ni útil

21 En SAFAR (2009: 45).

para los operarios de las entidades y organismos estatales, teniendo en cuenta que las variantes de un precio real y justo como los precios históricos de las contrataciones estatales en muy pocas veces se toman en cuenta, haciendo que en muchas ocasiones el sistema sea manipulado por los mismos dominadores del mercado en cada caso en concreto, inflando los presupuestos oficiales de los procesos por cotizaciones elevadas por las entidades o con precios fuera del mercado, permitiendo la fractura del estudio de mercado.

En efecto, estas prácticas desvirtúan de todo el campo jurídico la igualdad de oportunidad entre los proponentes, franqueando a su vez la libre competencia establecida en la carta política como eje fundamental de la economía colombiana. Este aspecto resulta totalmente relevante e importante para la economía de nuestro mercado, teniendo como referencia que las compras públicas tienen un peso específico sobre el PIB, que oscila entre el 14% y el 16% de este.²²

De tal forma que lo que promulga es una distorsión del mercado (Consejo de Estado, 2010, exp. 25000-23-24-000-2001-00364)²³, al afectar la competitividad de los proponentes a la luz del Estado social de Derecho y sus pilares, como es la libertad de mercado (Corte Constitucional C-228, 2010)²⁴. Así mismo, que se haga nugatorio de todo ámbito el principio a la libre concurrencia (Corte Constitucional C-713, 2009), pues no "garantiza" que todas las personas naturales o jurídicas con capacidad de proveer un servicio o un bien sean proponentes y entren a competir en un proceso contractual, de tal forma que lo ofrezcan a la administración pública, porque al Estado no le interesa la concurrencia de proponentes, sino quién ofrezca al menor precio del mercado. Así, afecta de manera irrestricta el núcleo esencial del derecho a la libre competencia (ARCHILA & PABÓN: 12)²⁵.

Frente al fenómeno de colusión, existen herramientas que se pueden diseñar en los pliegos de condiciones para tratar de superar dicho problema: "(i)

22 Así lo señaló el Documento Conpes 3186 del 31 de julio de 2002 (Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 "Prosperidad para todos").

23 Corte Constitucional, Sentencia C-535, 1997: "la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados".

24 "...la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, *debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo*".

25 En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2010 y C-537- de 2010.

Diseñando un proceso y unos pliegos que no faciliten la coordinación entre los oferentes; (ii) Reprochando todo acuerdo o comportamiento anticompetitivo de los oferentes, que advierta en los procesos de contratación". Aunque frente al primer planteamiento es difícil que los proponentes no se conozcan o no se coordinen, toda vez que la administración pública no puede afectar la autonomía de estos; en torno a lo cual, el Estado casi que queda sin armas para atacar este fenómeno. Frente a esta problemática, no compartimos la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio, frente al objeto (ARCHILA & PABÓN: 16) de aplicación y la solución posible que se ha planteado acerca de dicha anomalía, en lo primero porque limita su participación a la licitación pública y al concurso de méritos, con base en la reglamentación comentada por el Decreto 2153 de 1992, norma promulgada a la luz del Decreto Ley 222 de 1983, por lo que se explica la circunscripción del articulado a las modalidades citadas²⁶. Ahora, desde el punto de vista práctico es de vital importancia la extensión jurídica de la norma a las modalidades de contratación que utilizan el menor valor como factor de adjudicación, pues en esta es en la que más existe el riesgo inminente de prácticas colusorias. Respecto de la solución de declarar desierta la licitación o el concurso, es más viable establecer un mecanismo que permita rechazar las ofertas de los proponentes sobre los cuales se detecten prácticas colusorias y no acudir a declarar desierto el proceso, pues ello podría generar una responsabilidad extracontractual del Estado.

Situación que se hace más frecuente cuando el criterio de adjudicación es el menor valor, máxime cuando este factor desconoce todo aspecto de objetividad y tecnicismo de los procesos contractuales del Estado, pues a diferencia de otras modalidades, como la licitación pública, en la cual desde el punto de vista pragmático resulta más difícil para los proponentes acudir a una práctica colusoria en un proceso cuyo factor económico se adjudica por media aritmética o geométrica, lo cual resulta de un azar de los proponentes frente al tema económico, que lo hace más objetivo y menos manejable, ante lo cual es necesario que estos den lo mejor de ellos desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero.

Todo este análisis nos ha permitido afirmar que el menor valor como oferta más favorable, resulta ineficaz, tal como se expone a continuación.

26 Al respecto hay que señalar que con la reforma del 2007 y haciendo una interpretación extensiva de la norma a las demás modalidades de contratación estatal vigentes hoy en día, esta puede ser aplicable a todas las modalidades y procedimientos consagrados legalmente, máxime cuando el denominado "Estatuto anticorrupción", en su artículo 27 estableció una condena penal para aquellas personas que realicen acuerdos restrictivos de la competencia en los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, regulando las modalidades que en su momento no estableció el Decreto 2153 de 1992.

4. INEFICACIA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Los procedimientos que consagraron el menor valor como forma de adjudicación de los contratos estatales, con el fin de satisfacer el postulado de la eficiencia del gasto público y evitar la corrupción, en vez de evitarla, la proliferó en favor de los interesados, pues las medidas adoptadas fueron sobre el concepto de eficiencia, mas no sobre el contenido completo del principio de eficacia. Esas medidas de eficiencia adoptadas trajeron consigo fenómenos propios de la práctica restrictiva de la competencia, pues permiten a los proponentes realizar negociaciones antes de la audiencia de subasta inversa, de tal forma que los habilitados no realicen lance alguno u ocurra una verdadera puja por el valor del contrato. En la práctica, tomando como ejemplo una subasta inversa de elementos de ferretería realizada en la Secretaría Distrital de Integración Social,²⁷ se evidenció que de catorce proponentes habilitados para participar en la puja por llevarse el contrato, en el primer lance, solo uno de ellos realizó un lance válido, adjudicándose el contrato a este proponente. Resulta entonces dudoso que los restantes trece proponentes habilitados jurídica, técnica, financiera y económicamente no hubieren realizado lance alguno, como tratándose de una especie de negociación privada *ex ante*. Lo cual en nada alude a una selección objetiva ni mucho menos a una eficiencia de la contratación, pues lo querido por el legislador no se satisface, al no ahorrar dinero la administración pública y no proliferar la corrupción en la contratación estatal.

Como se evidenció antes, cuando se abordó el tema del deber de selección objetiva, el precio más bajo nunca puede ser el factor de selección, pues se genera el sacrificio de la calidad de los bienes y servicios por el precio (DAVILA, 2003: 240). Lo cual fue obviado por los estudios que antecedieron a la reforma del año 2007 y que convirtió la contratación estatal en un sistema en el que el menor precio reina en las adjudicaciones, sin llegar al cometido del cumplimiento de los fines, que redunden en bienestar general y satisfacción de los intereses generales.

Lo fundamental de la escogencia de una buena oferta es el interés público que la entidad persigue en la contratación, peculiaridad que se quiebra frente al Derecho privado, pues en este no existe el repudio que sí ocurre en materia de contratación estatal. Por tal razón, en dicho régimen es posible acudir a sistemas netamente económicos para la adjudicación de los contratos, en los que no está inmerso ni un deber de selección objetiva y lo importante es materializar a toda forma la estructura del principio del costo beneficio y sin mayor responsabilidad por la mala actuación; situación bien diferente es la

27 Ver Selección Abreviada de adquisición de bienes de características técnicas uniformes n.º SDIS –SASI 002 de 2012, entidad Secretaría Distrital de Integración Social, Resolución de adjudicación 0890 de fecha 8 de junio de 2012.

ocurrida en el campo de la contratación estatal, en la que existe una diversidad de responsabilidades.

Por otra parte, no se puede olvidar la naturaleza de los contratos estatales, que no está referida a actos del ente administrativo como actos de administración, sino a verdaderos actos de gestión (EXPÓSITO, 2010) en los cuales la entidad busca la colaboración del particular para el cumplimiento de sus fines como entidad estatal. Luego, el particular también está en una posición no de soportar todo sin interesar lo que diga la administración, sino que en realidad contratar con el Estado represente un lucro y una oportunidad de competir, situación que no puede desconocerse por el Estado, máxime en el tema del precio.

Prueba de la ineficacia y contrariedad del sistema normativo de la contratación estatal es el caso en el que lo que se pretende adquirir por las entidades administrativas son trabajos intelectuales o inmateriales, casos en los cuales la oferta más favorable deja de ser la más baja económicamente hablando y pasamos a un punto donde el criterio a utilizar sea el desempeño y la experiencia del oferente, o el de la capacidad del proponente, resultando la propuesta económica un punto verificable conforme al presupuesto oficial pero no el factor determinante de la adjudicación de un contratista, pues el menor precio trae como consecuencia la adquisición de productos de baja calidad, alto riesgo y fallas en su desempeño para satisfacer las necesidades del contratante (SAFAR, 2010: 27).

No resulta del todo ineficaz el concepto de la puja contractual, que bajo unos criterios de igualdad y unos limitantes acordes con el mercado que permita inferir en realidad una mayor materialización del principio de eficacia, en especial verificando el tema de calidad-precio, es decir que resulte de un equilibrio entre factores de evaluación relacionados con la calidad, garantía, inventivos (factores no monetarios) y el precio (factor monetario). Ya que el ahorro inmediato en la contratación pública puede resultar un mayor costo en el mantenimiento de ese objeto contratado o en la toma de medidas correctivas para la correcta ejecución del contrato, olvidándose de que lo más determinante de la contratación estatal obedece a satisfacer los intereses públicos y el bien común, partiendo de una continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Pero en realidad esas condiciones de calidad y garantía que ofrece el mercado y que deberían ser incluidas dentro de las exigencias mínimas contenidas en los pliegos o en las fichas técnicas, en los procedimientos del menor valor, son desconocidas por la administración, lo cual da paso a que los proveedores de bienes y servicios ofrezcan el mínimo de calidad, no garantizando que este sea un procedimiento eficaz, porque, por una parte, esos proveedores pueden tener el manejo del mercado, y, por otra, la administración no se dedica a ese tipo de negociaciones, sin tener la capacidad de contratar a un experto en el tema, por cada una de los procesos contractuales. De tal forma que la administración pública no cuenta con los mecanismos

para determinar una ficha técnica de un bien o servicio de características técnicas uniformes, pues la construcción de las fichas técnicas le compete a cada entidad, donde ni siquiera el mercado especializado en el tema ha entrado a regular la ficha técnica de cada elemento a adquirir, situación que perjudica la calidad y garantía de los bienes y servicios.

Cuando exista la duda de que el servicio o bien sea de aquellos enmarcados en la subasta inversa, siempre se debe acudir a la regla general como lo es la licitación pública (Consejo de Estado, 2007, exp. 16305). Y no como lo establecen órganos de control, como la Procuraduría General de la Nación, al establecer situaciones en las que enmarcan que la regla general sea la subasta inversa, inclusive cuando por su cuantía no sea pertinente o su naturaleza así no lo determine, ya que no debemos olvidarnos de que el campo de los procedimientos en los cuales el menor valor resulta ser la oferta más favorable están enmarcados como un criterio residual por su naturaleza y cuantía del proceso. Mal se haría en aseverar, o mejor, en dejar de lado la licitación pública como regla general, para darles paso a los tres procedimientos consagrados por el ordenamiento jurídico para adquirir bienes y servicios de condiciones y características técnicas uniformes y de común utilización. Lo ideal para la administración pública sería entonces que ese criterio residual de contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, se aplique para aquellos casos en los que la misma administración pública determine por los órganos competentes los componentes de ese bien o servicio mínimos que garanticen en realidad una calidad de lo que se va a adquirir por parte del Estado, lo cual hace parte integral de la planeación que debe desarrollar una entidad administrativa para contratación estatal y que en realidad es difícil, pues el Estado entraría en una situación intervencionista del mercado muy rígida y peligrosa para sí mismo, en tanto se desnaturalizaría la concepción del Estado social de Derecho colombiano.

Por tal razón, es necesario revisar la naturaleza del fenómeno del menor valor, en el ordenamiento jurídico europeo (Directiva 18 de 2004, Comunidad Europea)²⁸, el cual prevé en cualquier situación el uso de las subastas electrónicas. Para acudir a dicho mecanismo la misma norma consagró una condición particular que no se respetó al establecer dicho sistema en nuestro ordenamiento jurídico, pues la norma faculta al operador a acudir a dicho sistema cuando "las especificaciones de dicho contrato puedan establecerse de manera precisa", regla casi que inaplicable en la praxis de la institución

28 Utilización de subastas electrónicas 1. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen subastas electrónicas. 2. En los procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en el caso contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 30, los poderes adjudicadores podrán decidir que se efectúe una subasta electrónica previa a la adjudicación de un contrato público *cuando las especificaciones de dicho contrato puedan establecerse de manera precisa.*

colombiana, pues los operadores jurídicos y órganos de control han querido enmarcar toda clase de bienes y servicios a ser adquiridos por el Estado en el mecanismo de subasta inversa, sin detenerse a verificar las especificaciones técnicas de uniformes, por ejemplo, y de otros implementos de uso común. Igualmente, el ordenamiento referenciado consagra que no se podrá divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica, lo cual podría favorecer la libre competencia y atacar en cierta medida los procesos de colusión hoy tan comunes en nuestro ordenamiento; pero, por el contrario, es difícil establecer dicha privacidad cuando todas las actuaciones administrativas en nuestro Derecho deben atender el principio de publicidad, garantía de los administrados o socios, de tal forma que sería una actuación sin rostro por los participantes, afectando gravemente una garantía constitucional y derecho de los proponentes.

Es de resaltar que los procedimientos en cuestión, propios del sistema de negociación del Derecho comparado²⁹ y establecidos a título de excepción, afectan la función administrativa al permitir la negociación de los requisitos generales por aspectos poco técnicos, como el precio, que si bien en la mayoría de los casos se establece para las causales de la contratación directa en el régimen colombiano, no puede ser óbice para quitar requisitos imperantes en la contratación pública. No obstante, en el Estatuto de Contratación Estatal Colombiano no se establece tal negociación abierta como la aludida a los regímenes mencionados, sino que se modificó su sentido, estableciendo un procedimiento ecléctico, como los aludidos en el capítulo anterior, en especial los referentes a la subasta inversa y la conformación dinámica de la oferta mediante subasta inversa, puesto que en aquel resulta ser la regla general el procedimiento negociado, mas no la excepción.

Otro aspecto fundamental que se ve afectado es el del justo precio, pilar de los contratos estatales, pues si se ve afectada la equivalencia de las prestaciones de las partes, se ven afectados los derechos y garantías de los administrados o asociados, razón por la cual el *pacta sunt servanda* en la administración pública tiene un alcance diferente (ARIÑO, 2007: 101). De tal forma que al Estado no le es rentable económicamente adjudicar contratos con precios irrisorios o afectos de precios reales del mercado, pues las consecuencias en su ejecución van a ser directamente responsables de su estructuración, de asumir unos costos y, por qué no, de establecer mecanismos que puedan ajustar los valores adjudicados a valores reales del mercado.

Lo anterior se hace latente en nuestro ordenamiento jurídico ante el miedo de establecer un parámetro de objetividad y garantizar un justo precio en los contratos, como por ejemplo establecer barreras o pisos frente al menor valor,

29 Así se señala en la Ley de contratos del Sector Público de España. Directiva 14 de 2008 de la Unión Europea. Tratado de la Unión Europea y del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

teniendo en cuenta que las herramientas creadas para dicho problema, como la institución del precio artificialmente bajo, arma desprovista de seguridad y afecta de toda objetividad.

Es de resaltar que la naturaleza del menor valor se implementó en la anotada legislación comparada, con el fin de determinar antes de la adjudicación al valor ajustado al mercado, de tal forma que se dé una depuración de precios, solucionando el problema de adjudicaciones a un valor elevado y establecer el precio real del costo de los bienes, obras y servicios, y dando como resultado un justo precio en los contratos estatales. Sin embargo, dicha circunstancia se desbordó, lo que generó adjudicaciones a precios artificialmente bajos. Este aspecto resulta desconocido por la legislación colombiana pues, como se evidenció, resulta riesgoso rechazar una propuesta que afecte la competencia, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio no se ha manifestado si la misma incurrió en prácticas restrictivas de la competencia. De otra parte, el operador carece de herramientas jurídicas para controvertir las afirmaciones de los proponentes a la hora en la que se les pregunta por un precio artificialmente bajo, pues siempre aducen razones de *stock*, bodega, etc., sin que en realidad se verifiquen dichas circunstancias objetivamente, lo que puede afectar económicamente el negocio jurídico o la ejecución del mismo respecto a las características técnicas señaladas en la ficha técnica.

No cabe duda de que el criterio del menor valor como factor determinante de la adjudicación de los contratos estatales es producto de la búsqueda constante de lograr un aumento de la eficiencia del gasto público, a tal punto que resulta ser el objetivo prioritario de la actividad administrativa. Así, en el Derecho comparado se ha promovido el diálogo competitivo (ARIÑO: 27)³⁰, como instrumento de eficiencia del gasto público, con el fin de buscar cuál es la oferta definitiva más competitiva y, por tanto, más eficiente que acompase el objeto del contrato con un menor coste y la solución técnica más adecuada desde el punto de vista del mercado (CANALES, 2000: 27). Es importante establecer que dicha premisa resulta ser solo un instrumento para la administración pública y no un fin en sí mismo, puesto que la finalidad de los contratos estatales no es otra que el interés general y el bien común.

Lo cierto es que la contratación, lejos de lograr una eficiencia del gasto público, tiene como finalidad que el concepto legitimador del interés general, criterio diferencial del régimen privado, pues como se afirma que "los actos de derecho privado no responden a criterios objetivos establecidos en la Ley, sino a motivos extrajurídicos que animan a cada sujeto, en cambio, el acto administrativo se dirige siempre a una finalidad objetivamente determinada,

30 El diálogo competitivo reviste dos problemas fundamentales que señala la doctrina comparada: 1) que la ejecución resulte inadecuada o incompatible con la entidad administrativa y 2) el sacrificio de la necesidad técnica y económica de la entidad pública a costa del eficiente crédito presupuestario.

el interés general", y el grado de eficiencia no puede ser un factor por el cual se acuda a procedimientos que privilegian el menor valor como factor de adjudicación de los contratos, pues no es otra cosa que acudir al fenómeno de la huida del derecho administrativo, bajo el viejo argumento que "señala la falta de adecuación del Derecho administrativo para facilitar, soluciones ágiles y eficientes" (CANALES: 33), por lo cual se acude a sistemas propios del sistema privado como negociar los precios a través de un diálogo competitivo.

Si bien el diálogo competitivo y esta clase de sistemas tienen como finalidad analizar el mercado, la competencia y contratar las necesidades del Estado a sus costes reales, el factor precio y menor valor resulta ser el criterio determinante para la adjudicación de los contratos, dando un alcance diferente a lo analizado y a la naturaleza de las cosas. En ese desarrollo, se olvidan aspectos tan determinantes, como los precios históricos de las entidades contratantes y que ellos deberían comportar el punto de partida de los estudios de mercado que arrojen el presupuesto oficial, claro está que con las variables económicas del caso, como la actualización a valor real y partiendo del análisis detallado del mercado que pudo variar ostensiblemente por las diferentes situaciones económicas, sociales y culturales del país, municipio o departamento.

Ahora, no es menos cierto que tanto el ordenamiento europeo como nuestro ordenamiento jurídico interno en dicha materia han acudido al Derecho comparado del *common law*, pues se trata de un sistema negociado propio de dicha legislación, pero que como lo anota el propio CANALES (2000: 36), en esta negociación la administración norteamericana posee una base de datos fiable que es elaborada por una agencia creada para el efecto, netamente técnica y especializada en cada uno de los bienes y servicios a adquirir, de tal forma que existe un respectivo estudio idóneo y por parte de un agente diferente a la administración contratante. Esto hace que se mitigue la manipulación de los precios, por lo cual el análisis de precios o de mercado permite a la autoridad contratante norteamericana valorar el coste real y examinar si el margen de beneficio es razonable en función del riesgo asumido. Tal es así, que ya han sido diseñados los contratos, teniendo como referencia el precio, si está fijo, si está determinado, si está controlado o con diferentes variables de incentivos, beneficios o riesgos compartidos. Lo cual no resulta tan coherente con la finalidad del diálogo competitivo, que no es otra cosa que depurar el mercado y llegar a un coste real, cuando la agencia del Estado norteamericano ya determinó el mismo. Por lo tanto, a lo que se acude es a migrar este sistema a los factores de adjudicación, lo cual no resulta transparente, eficaz y objetivo de conformidad con los aspectos evidenciados antes; por el contrario, se propugna por una eficacia del gasto público y se priva el Estado de condiciones de calidad, garantía, ecología, desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Estado desde cada una de las contrataciones realizadas.

Todo lo anterior se reafirma con la reglamentación realizada por el Decreto 1510 de 2013, al persistir sobre aspectos económicos (GÓMEZ, 2013: 23),

al establecer el "análisis del sector económico, de los oferentes y requisitos habilitantes", eliminando el precepto normativo del Decreto 0734 de 2012, que establecía los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y adecuabilidad de los requisitos habilitantes, por querer dar prelación a unos aspectos netamente económicos para su determinación y su adjudicación, verificando aspectos como el riesgo, el valor del contrato, el análisis del sector económico y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde una perspectiva comercial.

Es por ello que la contratación del Estado no puede convertirse en el precio como punto determinante para la elección de un contratista, pues en el ordenamiento jurídico colombiano no están dadas las condiciones para poner en marcha procedimientos dinámicos como el de subasta inversa, en tanto son figuras propias del Derecho anglosajón y continental, en el que las condiciones del mercado y los patrones de calidad de los bienes objeto de dicho procedimiento están previamente definidas por otras entidades administrativas o privadas, porque, de no ser así, se podría estar sacrificando uno de los baluartes o, mejor, de las finalidades intrínsecas de la administración pública, que es la calidad y garantía de los bienes o servicios objeto a contratar.

Por todo lo anterior, afirmamos que la constitución del principio de eficacia desde el punto de vista económico y desde el ámbito de Derecho privado, y su instauración en el régimen público de los contratos, obedece al fenómeno de la huida del Derecho administrativo, pues, como lo sostiene el profesor GASTÓN JÉZE (1949: 313-315), la particularidad de los contratos administrativos sostiene un régimen jurídico especial, y sus finalidades y efectos no son los mismos que los de los contratos civiles (Marienhoof: 3), puesto que el contrato administrativo aparece caracterizado por las respectivas notas propias del derecho administrativo: desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la administración pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la administración pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos. Por lo tanto, no es coherente traer a colación instituciones económicas, garantes de una eficiencia desde el punto de vista económico del menor costo con el mayor beneficio, propias del Derecho privado, máxime cuando se trata de un Estado social de Derecho en el cual en todo momento se debe garantizar la finalidad y necesidad social que pone en marcha el aparato de planeación para satisfacerla, desde todos los puntos de vista. Pasando por el punto de vista de los "intereses" que persiguen esas voluntades, pues mientras el cocontratante persigue la satisfacción de su propio interés, la administración pública persigue la satisfacción del interés público o general, lo cual hace diferentes los trámites procedimientos y reglas de escogencia, pues su distinción parte de la misma Carta Política.

Por estas razones, presentaremos una serie de herramientas que pueden generar un equilibrio en el ordenamiento jurídico, frente al peso excesivo del menor valor como criterio de adjudicación de los contratos del Estado.

5. MANIFESTACIONES DE UNA CONTRATACIÓN EFICAZ

5.1. HACIA UNA CONTRATACIÓN ESTATAL EFICAZ

Partiendo del concepto de eficacia decantado en el anterior capítulo y entendido como la satisfacción, obtención o cumplimiento de los fines buscados con la contratación, se deben emplear los recursos públicos de una manera eficiente, manteniendo patrones de calidad y especificaciones técnicas exigidas. Al realizar la precisión normativa referente a que la eficiencia no corresponde a un principio de la contratación estatal o de la función administrativa, sino que obedece a una expresión o prisma del principio de eficacia desde un componente más económico que jurídico.

Es necesario analizar el ordenamiento jurídico de la contratación estatal, que establece unos procedimientos especiales para la contratación y de esta forma seleccionar al contratista del Estado con lo cual se satisface una doble finalidad "1. Asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; 2 evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación". En razón a ello es que se debe trabajar por establecer normas que sean eficaces desde la finalidad buscada por la contratación estatal, la satisfacción del interés general y no netamente desde el punto de vista económico, para lo cual es necesario jurídicamente definir el concepto de eficacia, así: "la efectividad o la eficacia de la acción administrativa conlleva, pues, la exigencia de materialización de los fines u objetivos a que dicha acción sirve, en la realidad de los hechos" (PAREJO, 1989: 218-219)³¹. Eso no es otra cosa que satisfacer la necesidad del contrato estatal, que redunde en beneficios al interés general, se contrate con la mejor propuesta, dotada de calidad, garantía, objetividad, precio justo, etc. Para lo cual es necesario dar un giro al concepto del deber de selección objetiva y, por ende, de la oferta más favorable, postulados que deben atender más al contenido de eficacia señalado antes y no netamente a connotaciones económicas. Toda vez que la eficacia conlleva la materialización de los mandatos constitucionales en especial de la igualdad, la libertad de concurrencia, la libre competencia y el cometido de los fines del Estado al servicio de los administrados. Se debe retomar la función económico social del negocio jurídico de los contratos del Estado, como en efecto es el interés público, ajena de todas circunstancias que impidan este cometido. En virtud de ello es que los contratos gozan de una serie de prerrogativas, una dirección y control especial de los contratos y un poder de auto tutela que permiten garantizar su cumplimiento (BENAVIDES: 423). Sobre este postulado se debe construir y retomar lo establecido por la Ley 80 de 1993 y abolir lo reformado por la Ley 1150 de 2007, sobre presupuestos económicos de eficiencia de la contratación estatal.

31 Citado por ÍÑIGO (2010: 708).

Es menester realizar un llamado de atención a los operadores jurídicos para que no acudan al precio como único factor determinante en la adjudicación (Consejo de Estado, 1997, exp. 10877)³² en el caso de la licitación y demás modalidades de contratación. Si bien se puede acudir a procedimientos que desarrollan el diálogo competitivo, es necesario que estos garanticen una competencia real, así lo señaló la Comunidad Europea, pues si no hay competencia, se quiebra el sistema y por ende la Constitución, la economía y por lo tanto los principios de la contratación estatal.

Lo ideal para la administración pública sería entonces que ese criterio residual de contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización se aplique para aquellos casos en los que la misma administración, bien sea del orden municipal, departamental o nacional, determine por los órganos competentes los componentes de ese bien o servicio mínimos que establezcan en realidad una calidad y garantía mínima de los mismos, lo cual hace parte integral de la planeación que debe desarrollar una entidad para la contratación estatal. Aspecto difícil, creemos, pues el Estado entraría en una situación intervencionista del mercado muy rígida y peligrosa para éste.

Finalmente, no vemos con buenos ojos que la salida al fenómeno de corrupción en la contratación estatal sea la introducción de normas que permiten la negociación de la administración pública con los particulares, figuras propias del Derecho anglosajón, puesto que no obedecen a la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico, carecen de cultura legislativa interna, y obedecen a excepciones del régimen jurídico contractual internacional. Por tal razón, es necesario poner en marcha postulados diferentes al precio que garanticen un equilibrio en la contratación estatal moderna, como se señala a continuación.

5.2. EL FUTURO DE LA CONTRATACIÓN EFICAZ

5.2.1. Nuevas tendencias de la oferta más favorable diferentes al menor valor

El contrato estatal goza de un gran contenido social (Corte constitucional C-713, 2009), cuyo fin no es otro que el cumplimiento del interés general. Por lo tanto, la nueva contratación estatal debe apuntar a garantizar dicha finalidad,

32 "...el criterio precio, no es determinante por sí solo, para la selección del contratista pues la conveniencia de la oferta que habrá de ser seleccionada, exige de la entidad licitante la consideración de todos los aspectos que puedan redundar en el interés público, y desde luego el acto administrativo mediante el cual la administración manifiesta su voluntad en relación con un determinado oferente, para derivar validez y ser compatible con el principio de legalidad ha de estar caracterizado en cuanto a sus fundamentos por la necesaria razonabilidad y ponderación que se esperan de toda actividad administrativa tendiente a producir efectos vinculantes y válidos".

no solo en un marco legal, sino constitucional, de la mano de los derechos fundamentales, sociales, culturales y ecológicos, estos últimos tan depreciados en la reforma del año 2007. Haciendo uso el ordenamiento jurídico colombiano, de las denominadas "cláusulas sociales", "cláusulas ambientales", y cláusulas que generen el desarrollo empresarial de la economía nacional, como factores de selección de la oferta más favorable. De tal forma que en la escogencia de los contratistas no versen solo aspectos económicos que desatienden postulados constitucionales, sino que, por el contrario, se dote al sistema de una serie de herramientas que permita materializar todos y cada uno de los postulados constitucionales, máxime cuando a través de la contratación estatal se efectúa el cumplimiento de las políticas públicas.

En este sentido, las "cláusulas sociales" (MORAND, 2010: 471) consisten en permitir el otorgamiento de preferencias en igualdad de condiciones a las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social.³³ Así se da aplicación de las denominadas distinciones razonables, prisma del principio de igualdad y garante de la Constitución Política de 1991 y los postulados del Estatuto de Contratación Estatal, de tal forma que será la oferta más favorable para el Estado aquella que cumplidos los demás factores estipulados en el Pliego de Condiciones, tenga vinculados trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social, mediante pruebas objetivas, como las suscritas por el Ministerio del Trabajo o la oficina respectiva, aspecto que hace objetiva la contratación a la luz de la Carta Política.

Las denominadas "cláusulas ambientales" (MORAND: 470) permiten que primen las propuestas que cumplen con unos requisitos ecológicos y ambientales, siempre que exista una conexión con el objeto del contrato³⁴ a través de políticas públicas que defina previamente el ordenamiento jurídico o que establezca la entidad que estructura el pliego de condiciones en condiciones objetivas para los interesados en participar en un proceso contractual del Estado. La administración pública no puede ser renuente al tema ambiental, tan importante para nuestro ordenamiento no solo nacional sino internacional; por tal razón, los mercados públicos pueden y deben ayudar al desarrollo sostenible y se debe premiar el saber hacer en materia de medio ambiente, de tal forma que los criterios ecológicos pueden ser tomados en cuenta para apreciar la oferta más ventajosa.

De esta forma, a través de este mecanismo el Estado puede llegar a garantizar la puesta en marcha de una serie de políticas públicas que lleven a cabo la materialización de no solo las garantías fundamentales de la Carta Política sino de una serie de derechos económicos, sociales y culturales, que

33 Sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo, de fecha 26 de septiembre de 2000, Nord-Pas de Calais.

34 Sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo, de fecha 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland.

permita generar una competencia en los interesados en participar en los procesos contractuales del Estado en condiciones de igualdad y bajo parámetros objetivos. Estos son los mecanismos que en realidad pueden permitir que el sistema jurídico sea compacto y funcione de forma dinámica y real, basado en un ordenamiento contractual en el que lo preferente es el menor precio, sin valoraciones de cualquier otra índole.

Lo cierto es que, en vez de consagrar un artículo tan reglado como el comentado 5 de la Ley 1150 de 2007, no permite al operador jurídico establecer este tipo de cláusulas, que en realidad son objetivas y atienden los postulados de un Estado Social de Derecho, en función del interés general y el respeto por la Carta Política. Por lo tanto, lo que debe perseguir la contratación estatal es una oferta más favorable que en realidad satisfaga el interés general y lleve a cabo el cumplimiento de los fines del Estado, mas no condiciones económicas que desconocen aspectos de toda una carta política.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico europeo, en su Directiva 18 de 2004, consagró una serie de criterios de adjudicación de los contratos públicos³⁵, en cuyo caso el operador podrá acudir a ellos de forma discrecional de acuerdo con el factor de escogencia que en su mayor medida o de la mejor forma satisfaga los intereses buscados por la administración, según su objeto. Así las cosas, permite conjugar la oferta económicamente más ventajosa con la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución. De tal forma que el tema económico es un factor que necesariamente debe mezclarse con una serie de postulados referentes a la calidad, sociales, ambientales, que logra ser un avance frente a la puja netamente por un precio, que en muchas ocasiones no satisface las necesidades evidenciadas por la administración pública.

El futuro de la contratación estatal, entonces, debe conjugar una serie de parámetros no solo económicos, como en efecto parece ser la preocupación del legislativo, órganos de control y el ejecutivo, sino que debe propender por enfocar a la construcción de una serie de medidas que permitan escoger al operador jurídico, de forma discrecional, entre parámetros objetivos y el respeto de los principios de la contratación estatal y la función administrativa. De tal forma que se materialicen criterios de adjudicación, como la calidad, las

35 Artículo 53, Directiva 18 de 2004. "Criterios de adjudicación del contrato. 1. (...) los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, *distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución*; b) o bien solamente el precio más bajo" (destacado propio).

características medioambientales, las características sociales para la producción de los elementos y bienes, y todas aquellas formas objetivas que permitan ponderar factores para la escogencia de los contratistas del Estado, siempre y cuando respeten los postulados constitucionales y del ordenamiento jurídico, pues como se evidenció, el menor precio como único factor de adjudicación no cumple los postulados buscados por la institución y en muchas ocasiones transgrede otras instituciones del ordenamiento jurídico, como la libre competencia, y prolifera la generación de prácticas restrictivas de la libertad de competencia.

Nos resulta pertinente afirmar que, en el caso en que el legislativo persista en acudir a procedimientos que afecten los postulados de la Carta Política, será del resorte de los jueces cerrar dicha brecha y acudir a la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, de tal manera que sea honrada y cese su ineficiencia, en virtud de la denominada eficacia directa de la Carta Suprema. De tal forma que en la contratación estatal no se vean afectados pilares como el de la igualdad. Sin que en ningún caso esa actividad del legislativo busque como fin principal de la contratación estatal la anticorrupción, pues al promulgar leyes y reglamentos que se enfoquen en este fin, sin establecer cortapisas a las entidades administrativas en la escogencia de quienes tienen a su cargo la contratación y que los organismos de control estén desprovistos de afectos políticos, sino de afectos tecnócratas, se pondrá en marcha el sistema normativo enfocado en el cumplimiento de los cometidos estatales, el interés general y la guarda de la Carta Política. Este trabajo plantea, además de otras hipótesis, fomentar el trabajo de la administración pública dotada de tecnocracia en la conformación de los pliegos de condiciones, que sirvan de instrumentos para materializar la contratación de hoy y del futuro enfocada hacia aspectos ecológicos y sociales dentro del respeto por los principios del orden constitucional y de la función administrativa, desapegados a aspectos desuetos y corrientes, como el menor valor como factor de adjudicación. Talante que le corresponde al legislativo tomar partida y realizar verdaderos estudios jurídicos que planteen una materialización real, no solo de unos principios del Derecho de la contratación estatal, sino de todos estos, los principios de la función administrativa y los principios de orden constitucional, que garanticen la finalidad del Estado como garante de un Estado social de Derecho.

Otro aspecto que debe implementar el Estado es la protección y conservación al medio ambiente, pues no puede hacer caso omiso a esta problemática mundial, de tal forma que se generen actuaciones que permitan dinamizar y poner en juego todas las estrategias planteadas para la consecución de sus fines, entre los cuales están la protección y conservación del medio ambiente. Si bien estos aspectos no resultan tan económicos a la luz de la búsqueda del menor precio, sí resultan eficaces en materia pública a largo plazo en la consecución de su deber. Por lo tanto, se deben plantear hipótesis por parte del Estado, tanto del legislativo como del ejecutivo que permita valorar con mayor peso

aquellas personas que ofrezcan bienes y servicios que protejan y conserven la diversidad e integridad del medio ambiente y los recursos naturales renovables. De tal forma que se ponga en sintonía con ejemplos como el primer aeropuerto ecológico del mundo, edificado en las islas Galápagos, en Ecuador.

El Derecho de la contratación estatal colombiano contemporáneo dista de la realidad social nacional, pues, a pesar de que el gobierno implementó a través de la agencia especializada en la contratación estatal, compras homogéneas buscando el mayor ahorro posible (*El Tiempo*, 2013: 13), lo que el país necesita es infraestructura a mediano y largo plazo. Así lo referenció la Bolsa de Nueva York (*El Espectador*, 2012), al establecer que Colombia debe invertir en infraestructura unos 70 billones de dólares en los próximos diez años. Para lo cual es necesario dar un paso a un régimen jurídico especial, en el cual se refleje la naturaleza de lo querido por la administración, es decir la satisfacción de una necesidad o realizar un fin de interés público general, garante de todas las herramientas de calidad, garantía, cláusulas sociales, ecológicas, ambientales y por tanto de la Carta Política y el Derecho Internacional (Directiva 18 de 2004, Unión Europea)³⁶.

Finalmente, y atendiendo el planteamiento nuevo del centro de gravedad del principio de legalidad que afirma que la Constitución se convierte en el centro de gravedad del principio de legalidad (RINCÓN, 2011: 270) bajo el cual los operadores deben establecer no un dirigismo contractual, sino unas competencias discrecionales en el marco de la Constitución Política, que permita generar y poner en práctica un Derecho propio de la Contratación Estatal, garante de sus finalidades, de los derechos fundamentales y la puesta en marcha de una Constitución dinámica, que redunde en el interés general y el bien común.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

AA.VV (2009). *Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 513.

ALEXY, ROBERT (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, traducción de CARLOS BERNAL PULIDO. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 152.

36 "Artículo 50. Normas de gestión medioambiental. (...) los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, se remitirán al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental (...)"

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR (2007). "El enigma del Contrato Administrativo", en *Revista de Administración Pública* ISSN 0034-7639, n.º 172, enero-abril 2007. Madrid, pp. 79-102.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR (2003). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS (2004). *El contrato estatal*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 505.
- CANALES GIL, ÁLVARO (2000). *El control de eficiencia sobre el precio en la contratación pública: El incidente de diálogo competitivo*. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General, p. 54.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS (2005). *El contrato administrativo*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, pp. 93-112.
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed. Bogotá: Legis Editores, 856 p.
- ESTRADA SÁNCHEZ, JUAN PABLO (2010). "Los nuevos criterios de selección objetiva de los contratistas del Estado", en *X jornadas de derecho administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*. Directores BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO (1976). *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ª ed. Madrid: Instituto de estudios políticos, p. 613.
- GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013*. Bogotá: Editorial Legis.
- GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 de 2012*. Bogotá: Editorial Legis.
- GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO (2012a). *El derecho de la contratación pública en Colombia, Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*, 2ª ed. Bogotá: Editorial Legis.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 722.
- ÍNIGO SANZ, RUBIALES (2010). *Eficacia en la contratación administrativa*, en Ponencias del IV Congreso Nacional de derecho Administrativo. Modernizando el Estado para un país mejor. Lima: Palestra Editores.

- GASTÓN, JÈZE (1949). *Principios generales del derecho administrativo*, t. 3º, ed. española. Buenos Aires.
- LUCIANO PAREJO, ALFONSO (1995). *Eficacia y administración*. Madrid: Map y BOE.
- MARIENHOOF, MIGUEL (s.f.). *Tratado de derecho Administrativo*, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, t. III.
- MERKL, ADOLFO (1975). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F.: Editora Nacional, p. 496.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE (2010). *Curso de derecho administrativo. Curso temas de reflexión comentarios y análisis de fallos*. Traducción de ZORAIDA RINCÓN ARDILA y JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 962.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (2011). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general IV. La actividad administrativa*. Madrid: Iustel, p. 1.108.
- PINO RICCI, JORGE (comp.) (1996). *Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 729.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN (2004). *La generación de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 285.
- SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA (2010). "Análisis económico de la contratación estatal", en *X jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la contratación estatal*. Directores BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS y SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 81.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2010). *Contratación Estatal Legislación Compilación*, 3ª ed., t. IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 1.019.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 446.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2003a). *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., t. IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO (2011). *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 270.

ARTÍCULOS O ENSAYOS

ARCHILA PENALOSA, EMILIO JOSÉ y PABÓN ALMANZA, CAMILO (2012). "Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas", en *Revista contexto de Derecho y economía* n.º 38 – 2012. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BERMÚDEZ MUÑOZ, MARTÍN (2009). "Las condiciones económicas como factor determinante de la adjudicación en la licitación pública", en *Jornadas de contratación estatal*. Cartagena: Universidad de los Andes.

CHAVES VILLADA, JAIME EDUARDO (2010). "La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de Subasta Inversa", en *Revista de ciencias jurídicas Universitas* n.º 120. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, enero – junio 2010.

DE LA CALLE RESTREPO, JOSÉ MIGUEL (2010). *Colusión en Licitaciones*, Superintendencia de Industria y Comercio, miércoles 15 de diciembre de 2010.

Documento Conpes 3186 "Una política de Estado para la Eficiencia y la transparencia en la contratación pública". Bogotá.

Estadísticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2009). *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*, febrero. Superintendencia de Industria y Comercio.

Gaceta del Congreso de la República de Colombia

N.º 90 de 2006.

N.º 96 de 2007.

N.º 188 de 2006.

N.º 282 de 2006.

N.º 290 de 2007.

N.º 231 de 2006.

N.º 226 de 2006.

Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios, Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional para las compras y contratación Públicas en Colombia Compra Eficiente.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 23087, M.P.: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

Sección Tercera Subsección B, Sentencia de fecha 28 de mayo de 2012, expediente, 22089, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de abril de 2012, expediente 21699, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sala Plena de lo contencioso administrativo, Sentencia de fecha 14 de febrero de 2012, expediente 38924, C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 2012. Expediente. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730) C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de fecha 31 de agosto de 2011, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767) C.P.: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.

Sección Tercera, sentencia 19 de julio de 2010 Expediente 38924 C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Expediente 36054.

Sala de consulta y servicio civil, Concepto n.º 1966ª del 25 de febrero de 2010, expediente 2009-0049, C.P.: WILLIAM ZAMBRANO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, sentencia de 28 de enero de 2010, expediente 25000-23-24-000-2001-00364, C.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

Sala de consulta y servicio civil, Concepto No. 1966 del 5 de octubre de 2009, expediente 2009-0049, C.P.: WILLIAM ZAMBRANO.

Sección Tercera, Auto de 19 de julio de 2010.

Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009, M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Expediente, 17366.

Sección Tercera, Auto de 27 de mayo de 2009, Expediente 36601

Sección Tercera, sentencia de fecha 5 de junio de 2008, Expediente 8431 C.P.: MAURICIO FAJARDO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 4 de junio de 2008, expediente 17783, M.P.: MYRIAM GUERRERO.

Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Expediente 31447

Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007.

Sección Tercera, Sentencia de 1 de marzo de 2006, Expediente 66001-23-31-000-1992-01919-01 (14576), C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sección Tercera, Auto de 30 de octubre de 2005 C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Expediente 23058 C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sección Tercera, Sentencia de 14 de noviembre de 2003, Expediente 15303.

Sección Tercera, Sentencia de 1 de agosto de 2002, Expediente 21041.

Sección Tercera, Sentencia de 18 de octubre de 2000, Expediente 12663.

Sección Tercera, Sentencia de 10 de septiembre de 1997, Expediente 10877, C.P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional

Sentencia de constitucionalidad C-228 de 2010, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Sentencia de constitucionalidad C-537 de 2010.

Sentencia de constitucionalidad C-713 de 2009.

Sentencia de constitucionalidad C-614 de 2009.

Sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007.

Sentencia de tutela T- 209 de 2006.

Sentencia de constitucionalidad C-949 de 2001.

Sentencia de Unificación SU-1193 de 2000.

Sentencia de constitucionalidad C-535 de 1997, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia de constitucionalidad C-400 de 1999.

Sentencia de constitucionalidad C-479 de 1992.

Sentencia de constitucionalidad C 317 de 1996.

Comunitario Europeo

Sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo, de fecha 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland.

Sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo, de fecha 26 de septiembre de 2000, Nord-Pas de Calais.

WEBGRAFÍA

Noticia del diario *El Espectador* de fecha 10 de septiembre de 2012. Disponible en www.elspectador.com.