



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá D.C., diciembre (6) de dos mil seis (2007)

Radicación. 1871

Referencia: Traslado de los informes de evaluación de propuestas en Contratación Estatal. Cambios en la evaluación inicial.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público solicita concepto de la Sala acerca de si es posible realizar un segundo traslado del “nuevo informe de evaluaciones”, cuando en el termino de traslado a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 se presenten “observaciones de tal envergadura que cambien totalmente la evaluación inicial puesta a consideración de los oferentes, variando el orden de elegibilidad o incluso se genere rechazo de alguna propuesta que inicialmente fue evaluada”, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 9 de la ley 1150 de 2007 la “adjudicación debe realizarse obligatoriamente en los casos de licitación, a través de audiencia pública(...) y en el acto de adjudicación la Entidad se encuentra en la obligación de resolver las observaciones realizadas oportunamente por los oferentes”. Al respecto consulta en los siguientes términos:

“1. Puede la administración en aras de garantizar los principios de igualdad, selección objetiva y debido proceso, realizar un segundo traslado del nuevo informe de evaluaciones, pese a que la ley insta a adjudicar inmediatamente y en dicho acto resolver las observaciones?”

“2. De no ser así habría una flagrante violación de debido proceso en tanto que no se permite controvertir a los interesados los nuevos informes de evaluación que fueron modificados en virtud de sus observaciones?”

“3. En el evento de poderse realizar un nuevo traslado, cual es el tiempo oportuno del mismo? El establecido por la ley 80 de 1993 en el numeral 8° del artículo 30, o puede ser inferior a éste?”

“4. Sería necesario por lo tanto correr el plazo establecido para la adjudicación del contrato?”

“5. Estos cambios procedimentales deberán realizarse a través de acto administrativo motivado?”

CONSIDERACIONES GENERALES

Con el fin de resolver la consulta planteada la Sala examinará lo atinente a la naturaleza de los informes de evaluación, los fines de la diligencia de traslado de dichos informes y fundamentalmente el respeto que a través de las distintas etapas del proceso se debe tener frente a derechos Constitucionales y legales de los participantes como el del debido proceso administrativo y dentro de éste, el de contradicción, igualdad y participación.

1. Naturaleza de los informes de evaluación

El artículo 24 de la ley 80 de 1993, en desarrollo del principio de transparencia, dispone en el ordinal 2°:

“En los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”.

Por su parte el artículo 30 ibídem que se refiere a la ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN, dice en su ordinal 7°:

“De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.

Y el numeral 8 de la misma disposición establece:

“Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

En defensa de los preceptos constitucionales sobre el debido proceso administrativo y en cumplimiento del principio de transparencia que debe orientar no solo la actividad contractual sino toda actuación administrativa, no cabe duda que los informes de evaluación deben ser debidamente motivados, refiriéndose a cada uno de los factores de evaluación, explicando sus consideraciones positivas y negativas y las razones de rechazo u observación.

La debida motivación constituye uno de los elementos esenciales del procedimiento, no solo por cuanto garantiza el ejercicio del derecho de contradicción, sino porque constituye la forma más clara de respetar el derecho de participación y el compromiso de igualdad de los participantes, criterios orientadores de la contratación estatal.

Sobre la naturaleza de los informes de evaluación se pronunció la Sección Tercera de esta Corporación en Sentencia del 7 de septiembre de 2004, expediente 13790.

Dijo el Consejo de Estado:

“el informe de evaluación de las propuestas que generalmente elabora un comité asesor que previamente designa el representante legal de la entidad y que se advierte en los pliegos de condiciones, debe contener la comparación objetiva de las propuestas, con sujeción exclusivamente a los criterios de selección establecidos en los pliegos. Se trata de una actuación reglada en la cual las recomendaciones de ese comité deben basarse en los criterios o parámetros previamente definidos por la administración como las bases de la licitación o del concurso. Por consiguiente, el informe de evaluación de las ofertas debe ser motivado con el fin de garantizar el principio de la transparencia y de publicidad de la actividad precontractual. Así lo establece el ordinal 7° del artículo 24 de la ley 80 de 1993:

*‘Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán **los informes de evaluación**, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia’ (se destaca)”*

Más adelante afirma la Providencia en cita:

“No obstante que es con el informe de evaluación de las propuestas que la administración da a conocer a los proponentes la calificación que asignó a cada una de las ofertas, de acuerdo con los diferentes factores que fueron objeto de la evaluación, dicho informe no decide la adjudicación ni le confiere al proponente calificado con el mayor puntaje el derecho a exigirla, en tanto, como ya se indicó, los informes de evaluación los elabora un comité asesor o consultor, a quien la ley prohíbe trasladar la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección ya que ésta solo la tiene el jefe o representante de la entidad estatal (Ley 80/93 art.26 ord. 5°) Además esa calificación se puede corregir o modificar cuando la administración encuentre pertinentes y ajustadas a las reglas de la licitación las observaciones realizadas por los oferentes”

En términos de la ley 1150 de 2007 la evaluación de propuestas y la elaboración del respectivo informe corresponde a una de las actividades

desconcentradas en el procedimiento para la escogencia del contratista con las consecuencias que se señalan en el parágrafo del artículo 21 de dicha ley.¹

2. El traslado de evaluaciones

Sobre la razón de ser y los alcances del traslado de los informes de evaluación, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, que se convirtió en la ley 80 de 1993, señaló:

“...se otorga la facultad a los oferentes de conocer los informes, conceptos y decisiones producidos en el curso del proceso con el propósito de permitirles la formulación de observaciones y reparos, esto es, para que puedan discutirlos o controvertirlos en orden a preservar la igualdad de oportunidades (art. 24 inc. 2°)...se busca con ello no solo dar a conocer los estudios de cada una de las propuestas y su evaluación, sino también que los administradores reciban cierta colaboración de los participantes en el proceso de selección, quienes para el efecto tienen la oportunidad de ilustrar a la administración sobre hechos y circunstancias relevantes y que eventualmente hayan pasado desapercibidas.”

Las modificaciones que la ley 1150 de 2007 introduce en algunos apartes de la ley 80 de 1993, no afectan para nada la naturaleza de los informes de evaluación, ni la obligación de traslado contenida en el numeral 8° antes citado, ni siquiera por la variación que el artículo 5° de la ley 1150 introduce en el esquema de la selección objetiva, ya que al acoger y legalizar lo dispuesto por el artículo 4° del decreto reglamentario 2170 de 2002 y derogar expresamente el artículo 29 de la ley 80, reestructuró el sistema de evaluación de propuestas al distinguir entre los denominados requisitos habilitantes y los identificados como factores de evaluación.

Es de anotar que aunque el análisis de los dos clases de factores se hace en momentos diferentes en los procesos de escogencia del contratista, la ley 1150 no considera dos oportunidades de traslado; uno para que los proponentes se pronuncien sobre el estudio y las decisiones adoptadas por la entidad pública en relación con los requisitos habilitantes; otro, para que se pronuncien sobre el informe de evaluación de propuestas.

¹ **ARTÍCULO 21. DE LA DELEGACIÓN Y LA DESCONCENTRACIÓN PARA CONTRATAR.** El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2o y un parágrafo del siguiente tenor:

(...)

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. *Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.*

La Sala considera que independientemente de la posibilidad de que en ejercicio de la autonomía de voluntad las entidades públicas establezcan en los pliegos de condiciones una nueva etapa de traslado para el momento de calificar los requisitos habilitantes con fundamento en la certificación que expida la respectiva cámara de comercio, o que en caso de silencio en los pliegos de condiciones el proponente que sea descalificado por no cumplir los requisitos habilitantes tenga la opción de controvertir esa decisión, basándose para ello en las normas generales que rigen todo procedimiento administrativo. (artículo 70 ley 80 de 1993)², lo cierto es que para efectos de controvertir u observar la calificación de los factores de evaluación de propuestas las normas legales sólo consideran el traslado consagrado por el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80.

Así las cosas corresponde a la Sala estudiar los alcances que frente al traslado de los informes de evaluación tienen las observaciones formuladas por los oferentes y especialmente determinar que sucede cuando a partir de dichas observaciones la administración debe introducir correcciones o modificaciones sustanciales en las evaluaciones, llegando incluso a descalificar a quien aparecía inicialmente con el mayor puntaje y “aparente derecho a la adjudicación del contrato”.

Al respecto esta Corporación, en la Sentencia antes referenciada, dijo:

“Es cierto que la ley no establece la oportunidad para corregir los informes de evaluación y tampoco señala que, corregidos estos, deban ponerse nuevamente a consideración de los oferentes. Sin embargo, es claro que esta etapa de publicidad y contradicción del estudio y comparación de las ofertas debe agotarse antes de la adjudicación o, por lo menos, ser concomitante con ella, como posteriormente fue reglamentado”.

Más adelante, luego de determinar que los informes de evaluación son actos de trámite realizados por un comité asesor o consultor, la jurisprudencia concluye que “Como consecuencia de lo anterior el informe de evaluación de las propuestas no es obligatorio para el jefe o representante legal de la entidad a quien le compete realizar la adjudicación, ya que puede apartarse del mismo”.³

Conforme a lo establecido por la jurisprudencia y con el fin de determinar los momentos límites de las controversias surgidas por los informes de evaluación, el artículo 2° del decreto 287 de 1996 y el ordinal 3° del artículo 3° del decreto 2170 de 2002⁴ disponen que las observaciones presentadas a los informes de

² Sobre la autonomía de voluntad de las entidades públicas y la posibilidad de incluir en los pliegos reglas no previstas en la ley 80 de 1993 ver Sentencia del 16 de agosto de 2006, expediente 31480, CP Dr. Alíer Hernández Enríquez y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 14 de septiembre de 2001 Rdo. 1373).

³ Sentencia del 25 de Marzo de 1993 expediente 6740, Sentencia del 12 de Agosto de 1993 expediente 6867.

⁴ DECRETO 287 DE 1996. Artículo 2°. Las observaciones formuladas por los oferentes a los estudios técnicos, económicos y jurídicos elaborados por la entidad para la evaluación de las propuestas deberán ser resueltas por el jefe de la entidad estatal en el acto de adjudicación.

evaluación deben ser resueltas en el acto de adjudicación por parte del jefe de la entidad. El nivel de desconcentración que normalmente tiene la actividad del comité evaluador, hace que no sea éste el encargado de asumir las respuestas a las observaciones formuladas, sino el jefe de la entidad, es decir, el responsable del proceso.

Además debe tenerse en cuenta que siendo el acto de adjudicación la instancia para resolver sobre las observaciones formuladas, en el mismo deben responderse dichas observaciones, una por una, con su debida motivación, sin que baste simplemente afirmar que fueron debidamente estudiadas y que con fundamento en ese estudio se adopta una decisión final.

Este esquema se mantiene en la ley 1150 de 2007, no solo porque en su artículo 21 ratifica el principio de responsabilidad en cabeza del jefe o representante legal de la entidad pública que asume el proceso para la contratación estatal, sino con más veras porque su artículo 9° al disponer que *“en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará en forma obligatoria en audiencia pública”*, establece a renglón seguido que *“durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación”*.

En conclusión, teniendo en cuenta, como reiteradamente lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corporación, que los informes de evaluación de propuestas no son actos administrativos definitivos, *“en tanto no crean una situación jurídica particular ni ponen fin a una actuación administrativa, sino (que son) actos de trámite”*⁵, la Sala considera que con respecto a los informes de evaluación, las leyes han establecido un procedimiento de traslado especial, que se agota de acuerdo con los momentos señalados en esas mismas normas, de manera que es claro que si de las observaciones formuladas por los oferentes, la entidad que adelanta el proceso de escogencia del contratista debe eliminar un proponente o variar el orden de escogencia, la respuesta a las observaciones y la decisión final sobre ellas se deben tomar en el acto de adjudicación, no solo cuando se trata de audiencia pública como en los casos

ARTÍCULO 30. AUDIENCIAS DE ADJUDICACIÓN. *La decisión de que la adjudicación de una licitación o concurso tenga lugar en audiencia pública, podrá ser adoptada por el Contralor General de la República en los términos previstos en el artículo de la Constitución Política, o de oficio por la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia. En ella podrán participar los oferentes, las organizaciones de veeduría ciudadana, los medios de comunicación, y cualquier persona que lo desee.*

Sin perjuicio de lo anterior las entidades procurarán que la adjudicación de las licitaciones o concursos públicos tenga lugar en audiencia pública.

La audiencia se celebrará en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones o términos de referencia y observando las siguientes reglas:

(...)

3. *En el acto de adjudicación se deberán resolver todas las observaciones formuladas en la oportunidad establecida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.*

⁵ Sentencia del 7 de Septiembre de 2004 expediente 13790.

de licitación pública, sino por principio de igualdad, en todos los demás casos, sin que sea dable acudir a nuevos traslados.

LA SALA RESPONDE

“1.- Puede la administración en aras de garantizar los principios de igualdad, selección objetiva y debido proceso, realizar un segundo traslado del nuevo informe de evaluaciones, pese a que la ley insta a adjudicar inmediatamente y en dicho acto resolver las observaciones?”

“2. De no ser así habría una flagrante violación de debido proceso en tanto que no se permite controvertir a los interesados los nuevos informes de evaluación que fueron modificados en virtud de sus observaciones?”

1,2. La administración no puede realizar un segundo traslado de un nuevo informe de evaluación, por cuanto en términos perentorios la ley dispone un procedimiento administrativo especial que se resuelve definitivamente al momento de la adjudicación.

“3. En el evento de poderse realizar un nuevo traslado, cual es el tiempo oportuno del mismo? El establecido por la ley 80 de 1993 en el numeral 8° del artículo 30, o puede ser inferior a éste?”

“4. Sería necesario por lo tanto correr el plazo establecido para la adjudicación del contrato?”

“5. Estos cambios procedimentales deberán realizarse a través de acto administrativo motivado?”

3, 4, 5. Precisamente por existir un procedimiento especial que considera un solo traslado por cinco días, no se dan las hipótesis de estas preguntas, ni se puede acudir a las normas generales que rigen los procedimientos administrativos o a las supletorias del código de procedimiento civil.

Transcríbese al Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

TATIANA ANDREA ORJUELA VEGA
Secretaria de la Sala

