

OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN: FUNDAMENTO NORMATIVO, TELEOLOGÍA, CONTENIDO Y OPORTUNIDAD¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El informe de evaluación es el documento donde la entidad estatal compara objetivamente las ofertas con los parámetros técnicos preestablecidos en los pliegos de condiciones. A partir de allí, se determina un orden de elegibilidad que sugiere al ordenador del gasto el oferente que idealmente debería convertirse en adjudicatario. Es por esto por lo que el documento es muy relevante en el procedimiento. El texto estudia la posibilidad que previó el legislador en la Ley 80 de 1993 para presentar observaciones a este escrito. Se pretende un análisis general de la etapa, desarrollando así su fundamento normativo, teleología, contenido y oportunidad.

Introducción

En el marco del estudio por la estructura de la licitación pública, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– cierra la investigación con un análisis profundo sobre la etapa de evaluación de las ofertas. De allí que, posterior a las consideraciones sobre la naturaleza, objeto y especificidades del informe de evaluación, es pertinente estudiar la posibilidad de presentar observaciones al documento. Esta instancia representa una nueva oportunidad para controvertir las actuaciones precontractuales de las entidades estatales, permite la subsanación de las ofertas y, en general, maximiza la transparencia y participación ciudadana.

1. Fundamento normativo y teleología

Considerando la estructura de los procedimientos de selección en una perspectiva histórica, la etapa de presentación de observaciones al informe de evaluación, comúnmente denominada «traslado del informe», es una novedad legislativa. La revisión de los Decretos Leyes 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1983, permite concluir que no se previó esta posibilidad hasta la expedición de la Ley 80 de 1993

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 17 de diciembre de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—. Ahora bien, se reitera que esta afirmación se sostiene en un contexto «histórico», pues se trata de una normativa expedida hace ya casi 30 años.

Esta etapa, como se estudiará ampliamente en acápites posteriores, tiene tres fundamentos jurídicos esenciales. El primero es el numeral 2° del artículo 24 *ibidem*, según el cual: «En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de *conocer y controvertir* los *informes*, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la *posibilidad de expresar observaciones*» (cursiva fuera de texto). Esta disposición no se circunscribe a ningún procedimiento de selección particular, por el contrario, en desarrollo del principio de transparencia, dispone un mandato general.

El segundo fundamento normativo se refiere específicamente a los procedimientos de selección de contratistas que se realicen a través de la modalidad de *licitación pública*. De este modo, el numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 dispone que «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas» (énfasis fuera de texto). Por último, el párrafo 3° del artículo 30 de la Ley 80, modificado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, regula el asunto en lo concerniente a procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública.

En cuanto otros fundamentos jurídicos, el numeral 6° del artículo 2 del Decreto 1860, compilado en el Decreto 1082 de 2015 —2.2.1.2.1.5.2.—, dispone que en los procedimientos para la contratación de mínima cuantía «La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante mínimo un (1) día hábil, para que *durante este término los oferentes presenten las observaciones* que deberán ser respondidas por la Entidad Estatal antes de realizar la aceptación a la oferta seleccionada» (énfasis fuera de texto). Respecto los demás procedimientos de selección, basta recordar la prescripción general del numeral 2° del artículo 24, según el cual esta etapa debe garantizarse en la estructuración cada procedimiento.

Finalmente, entre otras normas relacionadas, el artículo 39 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015 — 2.2.1.2.1.1.2—, reglamenta las audiencias en la licitación. Al referirse a la audiencia de adjudicación, dispone que esta instancia garantiza a los oferentes una oportunidad para pronunciarse sobre la respuesta que la entidad estatal formuló a las observaciones presentadas. Esto se configura como una nueva instancia de retroalimentación en cuanto al informe de evaluación. Si hay pronunciamientos que a juicio de la entidad requieran

análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para verificar los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado. Además, se concede la palabra por una única vez al oferente que solicite responder a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los demás intervinientes.

La lectura de estas normas debe presentarse en clave de la filosofía y teleología que motivó la expedición del EGACP. El primer aspecto relevante es la propuesta de un «Estatuto de principios y no de reglas», que se consolida claramente con la disposición del artículo 24 en desarrollo del principio de transparencia, pues propone una regla general que permite a los *interesados* conocer, y controvertir las actuaciones de la entidad en el procedimiento. Al margen de la posibilidad de presentar observaciones al informe de evaluación, se destaca el sentido de la norma: atribuir a los participantes derechos y oportunidades de contradicción. Esto no implica la posibilidad dirigir o decidir en el procedimiento, pero sí la de *participar* en términos activos y prácticos. De allí que se identifique una filosofía distinta con la implementación de la ley, donde el ciudadano no es tan solo un receptor o espectador durante el desarrollo de los trámites.

La función del informe de evaluación al interior del procedimiento de selección es verificar cumplimiento o no de las exigencias jurídicas, técnicas, económicas y financieras mínimas contenidas en los documentos precontractuales —requisitos habilitantes—; así como asignar la correspondiente calificación a las propuestas respecto de aquellos ítems que asignan puntaje y determinan el *orden de elegibilidad*. En este sentido, el contenido del documento es la comparación detallada de los parámetros expuestos en el pliego de condiciones y las propuestas presentadas.

Teniendo esto presente, la teleología de la etapa de presentación de observaciones al informe se reduce a dos propósitos. El primero es que los proponentes verifiquen públicamente que la evaluación de sus ofertas se realizó de forma objetiva y siguiendo en estricto sentido los parámetros técnicos dispuestos en el pliego de condiciones, así como los mandatos reglamentarios y legales. En otras palabras, que la evaluación sea técnicamente correcta y jurídicamente ajustada al ordenamiento. Sobre este asunto, Dávila Vinueza ha comentado que el objetivo de presentar observaciones es «[...] hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho»³.

La segunda finalidad es propiciar una oportunidad o instancia para subsanar las ofertas. Sin ampliar el tema sobre la subsanabilidad de las ofertas,

³ DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3° ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 440.

su régimen legal y desarrollo jurisprudencial, es preciso afirmar que todos los requisitos que no sean necesarios para la comparación de las propuestas son objeto de subsanación. De este modo, una vez se evidencia en el informe de evaluación las falencias de uno o varios proponentes en cuanto a los requisitos generales de participación o «habilitantes», el traslado del informe se transforma en una oportunidad para que estos subsanen, o para que justifiquen por qué sí se encuentran habilitados según la documentación inicialmente aportada con la oferta⁴.

En conclusión, si bien la incorporación de esta etapa a los procedimientos de selección supone la imposición de una carga adicional a las entidades estatales, en cuanto estas se encuentran en el deber legal de pronunciarse sobre ellas, este desgaste y esfuerzo administrativo se fundamenta en la maximización del principio de transparencia y, en mayor medida, en la implementación de un régimen precontractual más participativo y democrático. En cuanto a los proponentes, esta etapa constituye una garantía o un derecho, que refuerza su rol activo y permanente durante el desarrollo de procedimientos administrativos.

2. Contenido de las observaciones

La segunda parte del numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 prescribe que en ejercicio de la facultad para presentar observaciones al informe de evaluación los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. A partir de esta prohibición, se plantea cuál es el objeto de una observación para ser considerada como tal y, en este sentido, para que la entidad deba pronunciarse sobre aquella. La consideración inicial es que una «observación» al informe de evaluación debe consistir en un desacuerdo con lo descrito por la entidad; no existen observaciones «laudatorias» pues, según se definió la teleología de la etapa, esta es una oportunidad para *contradecir* la entidad evaluadora. Nada obsta que un proponente anexe un escrito confirmando los criterios y la evaluación realizada; no obstante, esto no puede tenerse como una observación y de allí no se desprende el deber de pronunciamiento por parte de la entidad.

⁴ El artículo 5 de la ley 1882 de 2012 modificó el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, regulando la subsanabilidad de las ofertas y su oportunidad en los siguientes términos: «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes *hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección*, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado [...]» (énfasis fuera de texto).

Según Rodríguez Tamayo, durante esta etapa pueden darse varios escenarios que, a mi juicio, traducen el contenido posible de las «observaciones». El primero es que, producto del contraste entre las disposiciones del pliego de condiciones y la Ley, un oferente presente observaciones sobre el informe y las diferentes propuestas de los interesados. Estas observaciones pueden contener un error matemático, la asignación de un puntaje o la acreditación de un requisito que no tiene respaldo documental, entre otros asuntos. El segundo escenario es la solicitud de aclaración o de explicación de una propuesta, toda vez que en contra de una o varias ofertas se puede señalar su oscuridad o confusión. Asimismo, es posible que se solicite la aclaración de un documento de respaldo o se puede poner de presente que este no satisface su finalidad de evidencia o *prueba*.

El tercer escenario es el de la presentación de observaciones que solicitan el rechazo de una o varias ofertas por eventos de insubsanabilidad. Según el doctrinante, es quizá una de las observaciones más comunes, pues permite eliminar a competidores en la contienda comercial. Un ejemplo clásico de escenario es el señalamiento de que un oferente está incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, situación que debe probarse por quien presenta la observación y que debe validar la entidad. El último escenario es el del proponente cuya oferta fue rechazada en el informe de evaluación e intenta probar lo contrario, es decir, subsanar un requisito habilitante⁵. Este sería el caso de quien subsana un asunto relacionado con el RUP, el certificado de existencia y representación, la firma de la propuesta, la ausencia de autorización por parte de la junta o comité directivo, entre otros⁶.

En síntesis, una observación será siempre una contradicción a lo dispuesto en el informe de evaluación, sin importar si se trata de un requisito habilitante o de asignación de puntaje. Asimismo, puede versar sobre la oferta presentada por cualquier proponente y su contenido depende de una valoración objetiva de las normas, el pliego de condiciones y las ofertas en estudio. Las observaciones

⁵ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2016. p. 222-239.

⁶ Debe anotarse que, durante la elaboración del informe de evaluación, la entidad está en el deber de calificar exclusivamente las propuestas que superen el examen de participación que consiste en la verificación de todos los requisitos habilitantes. Así lo ha expresado el Consejo de Estado: «Los requisitos HABILITANTES permiten al oferente pasar a la segunda etapa; *constituyen el filtro para que solo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos* que la entidad licitante considera necesarios para entender que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido; superada la etapa inicial *pasan a ser calificados conforme a la ponderación establecida en los pliegos de condiciones* o términos de referencia y estarán frente a los requisitos de selección propiamente dichos, a semejanza de lo que acontece en la generalidad de los concursos, entre los requisitos de admisión y los de selección» (énfasis fura de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 15.188. C.P. María Elena Giraldo).

generalmente contienen: *i)* en error en la aplicación técnica de los métodos de evaluación o un defecto sustancial evidente, *ii)* una solicitud de aclaración o explicación de una propuesta; *iii)* la solicitud de rechazo de una o varias ofertas por defectos insubsanables y *iv)* la subsanación de un requisito.

3. Oportunidad

En cuanto a la oportunidad o término para presentar observaciones al informe de evaluación, dependerá de la modalidad de selección que se trate. Según el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082, el término en los procedimientos de mínima cuantía es de 1 días. En el caso de los concursos públicos de méritos y selección abreviada, el término del traslado corresponde al que determine el correspondiente pliego de condiciones. En la licitación pública la discusión es un poco más amplia. El numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 dispone que el informe «permanecerá» en la secretaría de la entidad durante 5 días hábiles con el fin de que los oferentes lo conozcan y alleguen las observaciones que consideren pertinentes. La disposición, leída en clave de los mecanismos electrónicos vigentes y la implementación de las tecnologías de la información en la contratación pública, debe aplicarse en el entendido de que los proponentes disponen de 5 días hábiles para presentar observaciones al informe, contados a partir de su publicación en la plataforma SECOP.

La redacción de la disposición no permite concluir que el término de 5 días hábiles representa un mínimo o un máximo según el cual la entidad puede tomar una determinación de plazo. En otras palabras, se trata de un mandato imperativo que no da lugar a la reducción o ampliación en cuanto a la oportunidad del interesado en presentar observaciones. Esta interpretación, además de una lectura *literal* de la norma, se fundamenta en los numerales 1° y 2° del artículo 25 de la Ley 80 en desarrollo del principio de economía⁷. La decisión legislativa tiene ventajas y desventajas. Por un lado, este es uno de los términos que corre en contra de los particulares oferentes y que, en medio de su brevedad, garantiza la celeridad de los procedimientos de selección y que estos no se retrasen injustificadamente, entorpeciendo la consecución del interés general. Por otra parte, cuando la complejidad de los objetos contractuales sea muy alta en términos técnicos, es

⁷ Los numerales 1° y 2° del artículo 25 disponen: «1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

»2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias» (énfasis fuera de texto).

probable que 5 días no sea un plazo suficiente para estudiar el informe de evaluación y presentar observaciones razonables. Este es uno de los casos donde la ponderación entre los principios de economía y transparencia —participación— fue resuelta en sede legislativa.

En las licitaciones públicas para la selección de contratistas de obra pública es preciso ampliar las consideraciones. En atención a la metodología de presentación de la propuesta en dos sobres, uno con la oferta económica y otro con los requisitos habilitantes y los demás requisitos de asignación de puntaje, en este procedimiento se elaboran dos informes. El primero corresponde al informe de evaluación «inicial», el cual versa sobre los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje distintos a la oferta económica, este «[...] permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal».

Posterior a esto, la entidad debe pronunciarse sobre las observaciones presentadas al informe inicial y publicar el «informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica». Según lo comenta la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente —CCE—, este informe es objeto nuevas observaciones realizadas durante la audiencia de adjudicación, escenario donde serán resueltas⁸. Finalmente, en el trámite de la misma audiencia se abre y se evalúa las ofertas económicas con un método aleatorio. A continuación, se da traslado del informe de evaluación de la oferta económica y se presentarán las observaciones a que haya lugar, las cuales se resuelven previo al cierre de la audiencia —adjudicación—. En esta última oportunidad, como todo sucede en el trámite de la audiencia de adjudicación, la entidad tiene una facultad discrecional para fijar el tiempo suficiente para elaborar las observaciones; no obstante, esto no puede traducirse en una arbitrariedad, el

⁸ «Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al informe de evaluación, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al informe final de evaluación, es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el informe de evaluación —inicial—, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el informe de evaluación, pese a que el mismo se cerró al expedir el informe final de evaluación y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el informe final de evaluación, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes» (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-414 del 6 de julio de 2022).

plazo debe ser razonable en atención a la complejidad técnica del objeto contractual.

Finalmente, debe considerarse qué efectos tiene la presentación de observaciones extemporáneas. En otros términos, si la entidad debe tramitar la solicitud o, por el contrario, ignorar su contenido por relevante que sea. Al respecto, Dávila Vinueza sostiene que:

«La facultad que la ley confiere a los oferentes se formaliza en un escrito que debe ser presentado antes del vencimiento de los cinco días indicados. El documento extemporáneo no debería ser tenido en cuenta, so pena de violar el principio de igualdad que ampara a los licitantes diligentes que ejercitaron su derecho en debida forma y oportunidad legales (sic) [...]

» Ello no significa que si en esas observaciones “extemporáneas” se encuentra algo grave o que afecte realmente la evaluación, la entidad de oficio examine lo pertinente, lo cual es bien distinto a dar trámite y a responder todos los escritos recibidos, incluyendo los que contienen argumentos absurdos, inanes e irrespetuosos»⁹.

Por su parte, Mauricio Rodríguez comparte el criterio de Dávila Vinueza, en cuanto considera que el Consejo de Estado ha sido permisivo, admitiendo la valoración de observaciones extemporáneas. En su juicio, esto implica desdibujar la estructura del procedimiento y permitir dilaciones injustificadas¹⁰. A mi criterio, las observaciones extemporáneas deben ser rechazadas, sin perjuicio de que se allegue dicha información al amparo del derecho fundamental de petición. Las decisiones que la entidad tome al respecto serán de oficio.

Bibliografía

Doctrina

⁹ Dávila Vinueza. Op. Cit., p. 440.

¹⁰ El doctrinante resume su postura en los siguientes términos: «No se trata de defender a ultranza un formalismo, sino que por el contrario, se busca exigir lealtad, respeto y consideración de los proponentes quienes no pueden anteponer el ejercicio inoportuno de su derecho a observar ofertas frente a los intereses generales que están en juego en toda la contratación pública.

»Desde esta obra, se hace un llamado respetuoso al Consejo de Estado y al legislador para que respectivamente se ocupen de referir y regular más concretamente esta problemática que aqueja a diario a las entidades estatales y que en verdad , resiente y dificulta la selección celera y eficiente de los contratistas del Estado» (RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2016. p. 228).

DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3° ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 922.

RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2016. 275 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 15.188. C.P. María Elena Giraldo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 27.986. C.P. Enrique Gil Botero.

Conceptos

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-414 del 6 de julio de 2022.

