

INFORMES DE EVALUACIÓN Y OBSERVACIONES: COMPETENCIA PARA EXPEDIR MÁS DE UN INFORME¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. De conformidad con el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, las entidades deben publicar sus informes de evaluación durante cinco días hábiles, para que los oferentes presenten observaciones. Este ensayo cuestiona, mediante la relación de varias clases de supuestos, la competencia que tienen las entidades estatales para expedir más de un informe de evaluación, y de otorgar más de una oportunidad para presentar observaciones, debido a que la realidad administrativa demuestra que en muchas circunstancias las entidades se enfrentan a insuficiencias del informe «preliminar» que implica la publicación de un informe «definitivo». Para esto, se formulan los tipos de escenarios que posibilitan la discusión y luego se proponen varios fundamentos normativos que permiten concluir afirmativamente que las entidades deben publicar más de un informe, con el propósito de evitar decisiones irrazonables o desproporcionadas.

Introducción

Como se ha diagnosticado en otras oportunidades, la realidad administrativa enfrenta constantemente el ordenamiento jurídico, exigiendo respuestas ante situaciones que en principio no tienen una regulación clara. En esta oportunidad se evidencia dicha tensión, con base en los supuestos que, en la *praxis*, exigen que una entidad publique más de un informe de evaluación, ya sea porque identificó de oficio o con fundamento en una observación que debía modificar algún contenido de lo indicado por el «comité evaluador». De cualquier modo, el principio de selección objetiva, así como los que procuran la correcta actuación de la Administración, exigen decisiones razonables y ponderadas, de manera que la mayoría de operadores están de acuerdo con que las entidades deben modificar lo plasmado en un informe de evaluación preliminar, cuando se encuentren errores o se presentó información que no se conocía con anterioridad que modifica necesariamente las conclusiones de la valoración de determinada oferta. En otros términos, los siguientes supuestos materializan, una vez más, la contradicción

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 adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, 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: Régimen de la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Marín Cortés.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel V, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

entre la sustancia y la forma, tan constante en las actuaciones y decisiones administrativas.

1. Casuística de los informes de evaluación y las observaciones

Existen varios supuestos, que suceden más de lo esperado –para quienes no participan de la contratación pública–, que cuestionan la posibilidad de que las entidades expidan más de un informe de evaluación, y otorguen más de una oportunidad para presentar observaciones contra el mismo. En ese sentido, en bastantes oportunidades alguna entidad se ha enfrentado al dilema relativo a si existe una competencia para tomar dichas decisiones o si, en contraste, se trata de una práctica irreflexiva, desprovista de validez jurídico-administrativa. Desde luego, los supuestos que se relacionan a continuación conforman el conjunto de realidades –muchas, distintas a estas, por demás– que confrontan al derecho, en este caso al administrativo, problematizando sus presupuestos, alcances y límites, con el propósito de verificar su capacidad de regular las necesidades de la Administración en sus relaciones con los particulares.

Recuérdese que el informe de evaluación es un documento expedido por el comité evaluador que, luego de vencido el plazo de presentación de ofertas, emite sus conclusiones respecto al cumplimiento de requisitos habilitantes y en lo concerniente a la asignación de puntaje de las propuestas³. «Evaluar», entre sus distintas acepciones en el lenguaje común, significa «Señalar el valor de algo»⁴. Precisamente, el ejercicio realizado por el comité de evaluación consiste en identificar el valor que tiene cada propuesta, en relación con las exigencias del pliego de condiciones, de conformidad con el deber legal según el cual las propuestas deben referirse a cada punto de dicho acto⁵. De esa manera, al definir

³ En cuanto a su naturaleza jurídica, Dávila Vinuesa sostiene que el informe de evaluación no es un acto administrativo, pese a que es un documento preparatorio para constituir la adjudicación, que debe motivarse suficientemente: «El informe de evaluación realizado por el comité evaluador no es un acto administrativo que en consecuencia no es objeto de impugnación en sede judicial. Se trata de un documento de trámite o preparatorio necesario para formar en definitiva la voluntad del Estado que tampoco es vinculante en cuanto no determina el resultado final, amén de no ser producido por la autoridad competente para efectuar la selección. Además, debe ser motivado en cuanto a los resultados del examen, respecto de las ofertas rechazadas y de la evaluación propiamente dicha, indicando los puntos asignados a las propuestas para cada uno de los factores de selección y su correspondiente explicación» (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 439).

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Evaluar [En línea]. Recuperado de [consultado el 10 de diciembre de 2022]: <https://dle.rae.es/evaluar?m=form>

⁵ El numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 prescribe: «Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: [...] 6. *Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de*

que una oferta debe considerarse hábil, y otra no, y al asignar más puntos a unas que a otras, el comité evaluador exterioriza el valor que en su criterio debe asignársele a las propuestas, con la finalidad de que al adjudicar se cumpla con todos los requisitos impuestos por el ordenamiento y se concrete el principio de selección objetiva.

El fundamento normativo principal de la existencia de este documento, en la licitación pública, se encuentra en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que establece el término durante el cual los informes deben permanecer en la secretaría de la entidad para recibir las observaciones pertinentes:

«Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

»8o. 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».

El mismo artículo constituye el fundamento principal no solo del informe de evaluación sino también de las observaciones a dicho documento. Complementado lo anterior, el numeral 2° del artículo 24 también ordena que las entidades permitan a los interesados expresar observaciones, del siguiente modo: «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».

Como su denominación lo indica, las observaciones son objeciones que se formulan al informe, debido a que, en consideración de algún proponente, la entidad omitió tener en cuenta determinado documento o información, o porque argumenta que el informe presenta algún defecto o debe aclarar algún punto⁶. Las

los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación» (cursivas añadidas).

⁶ De ahí que Matallana Camacho considera que la obligación de publicar el informe de evaluación representa una garantía del debido proceso, específicamente del derecho a la contradicción, por cuanto los oferentes pueden presentar observaciones al orden de elegibilidad pensado por la Administración: «Como una garantía del debido proceso y más exactamente del derecho de contradicción, el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 le establece una obligación a las entidades estatales para que elaboren un informe de evaluación de las propuestas presentadas dentro del proceso de selección, donde se determine el orden de elegibilidad propuesto por la entidad; informe que permanecerá en la secretaría de la entidad por un término de cinco días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes» (MATALLANA CAMACHO, Ernesto.

observaciones constituyen una herramienta trascendental en el procedimiento de selección, toda vez que, en múltiples ocasiones, permiten que la Administración identifique los yerros de sus criterios evaluativos, ya sea porque omitió analizar determinada información o porque –como cualquier constructo humano– se equivocó de alguna manera. Bajo esa óptica, las observaciones son un mecanismo de participación de los oferentes que ayudan a la Administración a tomar una mejor decisión, en el sentido de que posibilita que se reconozcan los errores de los análisis de las ofertas⁷.

En línea con lo anterior, el escenario ideal y sencillo es que en un procedimiento de selección, en particular en una licitación, se expida un único informe de evaluación, en la medida en que no se presente ninguna situación que exija cuestionar la necesidad de expedir otro. Sin embargo, y como se advirtió anteriormente, la realidad no se subsume usualmente en ese ideal y, al contrario, es probable que en algunos procedimientos se expida más de un informe, y se otorgue más de una oportunidad para presentar observaciones al mismo. Es más, una de las razones usuales por las que no es común que en las licitaciones exista solo un informe de evaluación consiste, justamente, en que un oferente presentó una observación que es acogida por la entidad en un informe «definitivo» o «final». Por esto, muchas entidades han adoptado la práctica de publicar en un primer momento un informe «preliminar» o «inicial», que se ajusta definitivamente luego de las observaciones de los proponentes.

Subsanación de requisitos habilitantes. Un primer supuesto que propiciaría la posibilidad de expedir un informe de evaluación adicional ocurre cuando el informe «preliminar» concluyó que uno o varios proponentes se encontraban inhabilitados, por no presentar un documento que acreditara un requisito habilitante. Piénsese que una persona jurídica limita al representante legal para suscribir determinados contratos, por su cuantía, y que la autorización de la junta directiva no se aportó con la propuesta. Dicho documento no asigna puntaje, de manera que puede «*subsanarse*», en los términos del parágrafo 1° del artículo 5 de

Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015-2017. p. 602).

⁷ A propósito, Palacio Hincapié afirma que el mecanismo de las observaciones evita reclamos futuros y demandas infundadas, originadas usualmente en la falta de información de la entidad: «Al permitirse a los participantes hacer observaciones a los informes de evaluación de las propuestas, durante el término de los cinco días hábiles que deben permanecer estos en la secretaría del organismo, se está utilizando un mecanismo que indudablemente evitará algunos reclamos futuros y demandas infundadas, originados generalmente en la falta de información sobre el análisis que de su oferta hizo la entidad, toda vez que los funcionarios que participaron en la elaboración de los estudios técnicos, económicos y jurídicos para la evaluación de ofertas deben dar las aclaraciones pertinentes que se les soliciten, sin que pueda confundirse esta etapa con una preadjudicación» (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2020. p. 294).

la Ley 1150 de 2007⁸. Esto significa que la propuesta de dicho oferente no puede rechazarse, al menos sin que se le dé la oportunidad de aportar el referido documento, razón por la cual bien puede suceder que un informe preliminar indique que el proponente debía rechazarse, pero que luego deba expedirse un informe adicional en el que se señale que cumple con los requisitos habilitantes y se le asigne puntaje a su oferta.

Modificación de un proponente admitido a rechazado. En sentido opuesto, también puede presentarse la situación conforme a la cual un proponente es calificado como *habilitado* en el informe preliminar, por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos habilitantes; pero que otro proponente haya presentado una observación argumentando que incurrió en una causal de inhabilidad o incompatibilidad, lo que exige modificar la valoración que se le otorgó en el primer informe. Piénsese en que un proponente consigue los documentos relacionados con el registro civil y demuestra que el proponente calificado inicialmente como admitido tiene una relación de consanguinidad en segundo grado con un funcionario del nivel directivo de la entidad licitante⁹. Lo mismo podría presentarse con los proponentes que hayan sido condenados por delitos contra la Administración pública y dicha circunstancia solo se advierta con fundamento en una observación de otro oferente. En fin, lo destacable de este segundo grupo radica en que, a causa de una observación, un proponente declarado inicialmente admitido luego debe calificarse como rechazado, por demostrarse que incurrió en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Errores en la asignación de puntaje. Un tercer grupo puede conformarse por las situaciones en las que la entidad se equivoca, ya sea por un error de digitación o por cualquier otra razón, en la asignación de puntaje de las propuestas.

⁸ El párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 preceptúa: «Párrafo 1o. 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».

⁹ Recuérdese que el literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 prescribe: «Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. [...] 2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: [...] b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante».

Recuérdese que las fórmulas aritméticas se establecen en los pliegos de condiciones, lo que permite que cualquier interesado reproduzca objetivamente la asignación de puntaje realizada por la entidad, con el propósito de verificar que sí realizó correctamente el procedimiento analítico. Pues bien, esto permite que a través de alguna observación se le informe a la entidad que tuvo un error aritmético, o que asignó puntaje de manera equivocada a como lo había manifestado previamente, lo cual es aceptado por la Administración, que debe expedir un nuevo informe de evaluación.

Errores identificados de oficio por la entidad. También puede suceder que las entidades identifiquen que se equivocaron de algún modo en el informe, como, por ejemplo, confundir el puntaje de dos proponentes. Si bien es improbable que se presente esta clase de circunstancias, por los controles internos que tiene la publicación de esta información, nada impide esta posibilidad, de manera que puede considerarse como un grupo de supuestos que cuestionan la posibilidad de expedir un informe adicional y, consecuentemente, otorgar un término más para presentar observaciones.

2. Posturas hermenéuticas acerca de la competencia de proferir un nuevo informe

Habida cuenta de los anteriores grupos de circunstancias, resulta necesario identificar los fundamentos normativos que habilitarían a las entidades para publicar un informe de evaluación adicional, y las razones en contraste sobre la discusión. Debe aclararse que en unas licitaciones el ordenamiento ha prescrito que *siempre* debe existir más de un informe de evaluación, debido a que las licitaciones de obra deben tener un «informe final» que se publica luego de que las entidades reciban las observaciones formuladas a uno inicial publicado en el Secop:

«Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

»Parágrafo 3. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

»En estos procesos el informe 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. Al finalizar

este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará *el informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica. [...]» (énfasis adicional).

La Ley 1882 de 2018, que adicionó este párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, positivizó la práctica común de un buen número de entidades, en virtud de la cual publicaban un informe de evaluación preliminar, recibían observaciones y publicaban el «informe final de evaluación», como se destaca del párrafo. Por consiguiente, en las licitaciones *de obra* es indiscutible que las entidades deben publicar más de un informe de evaluación, uno que puede denominarse preliminar –aunque la regla no lo llame de ese modo– y otro «informe final de evaluación». De esa forma, los supuestos relacionados en el acápite anterior coinciden válidamente con la regulación existente, en tanto las entidades pueden acoger observaciones o enmendar irregularidades del informe preliminar en el informe final.

Ahora, el anterior fundamento aplica exclusivamente para las *licitaciones de obra*, porque así lo limitó en la regla transcrita, de manera que para la gran mayoría de contrataciones pervive la duda acerca de si las entidades tienen la competencia para expedir varios informes de evaluación. Recuértese que concluir que no existe fundamento normativo para dicha práctica constituye no solo un desconocimiento de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad –arts. 6 y 121, entre otros, de la Constitución Política–, sino también del principio de economía de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que el numeral 4 del artículo 24 ordena que: «Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato». Adicionar una etapa, como publicar un nuevo informe de evaluación, vulnera la austeridad de tiempo y medios que impone el legislador en el numeral transcrito.

Una posibilidad hermenéutica consiste en que se interprete extensivamente la expresión «los informes de evaluación» del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que, se itera, prescribe: «*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. [...]» (cursivas añadidas). Nótese que la expresión en plural puede entenderse que la licitación no se circunscribe a un exclusivo informe de evaluación, sino que pueden existir varios, los cuales, de cualquier modo, deben recibir observaciones en el término de cinco días hábiles. Si bien se reconoce esta posibilidad, la magnitud del planteamiento no es suficiente para asegurar que en dicha regla existe la base para concluir que las entidades pueden expedir varios informes. De aceptarse, habría que admitir, a su vez, que en los procedimientos pueden expedirse varios pliegos de condiciones, porque en diferentes numerales también se utiliza esta expresión

en plural¹⁰. Símbles como este reducen la consistencia de la propuesta hermenéutica, lo que exige identificar un fundamento más categórico.

En cambio, un fundamento que bien puede recoger varios supuestos relacionados en el acápite anterior es el artículo 49 de la Ley 80 de 1993, que ordena que, ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad, el funcionario competente los sanee: «Artículo 49. Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio». Con fundamento en este, el jefe o representante legal –no ya el Comité Evaluador– debe publicar el informe definitivo corrigiendo los vicios que se identificaron en el informe preliminar, ya sea a través de alguna observación o de manera autónoma por la entidad. Pese a esto, se reconoce que la modificación del informe por la identificación de variaciones en el cumplimiento de requisitos habilitantes no constituye *stricto sensu* un vicio, de manera que estos supuestos bien podrían excluirse de esta posibilidad hermenéutica.

Bibliografía

Doctrina

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

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015-2017. 1280 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2020. 860 p.

¹⁰ Cfr. Nums. 2, 4, 5 y 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que emplean la expresión «pliegos», en plural.