

CASUÍSTICA CONTRACTUAL: INFORME DE EVALUACIÓN Y PRESENTACIÓN DE OBSERVACIONES¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. En la licitación pública, especialmente en la evaluación de las ofertas, los operadores jurídicos se enfrentan con diversos escenarios – propios de la casuística contractual– que ofrecen interrogantes sobre la forma de actuar o tramitar ciertas etapas. Esto se complejiza cuando, pese a acudir al ordenamiento jurídico, no se encuentra una respuesta precisa para cada pregunta. A propósito de la «evaluación de las ofertas», y de conformidad con la idea general expuesta, se estudian, de un lado, los casos en los cuales es *necesario* hacer un *nuevo* «informe de evaluación» –alterando la etapa de evaluación dispuesta en la norma– y, de otro, los casos en los que, en consecuencia, debe darse una nueva oportunidad para que los interesados presenten observaciones. Para ello se plantean criterios generales, con base en ciertos supuestos prácticos, con los cuales se espera que los operadores jurídicos resuelvan las problemáticas que surjan en una de las etapas más importantes del procedimiento de selección de contratistas.

Introducción

En la contratación del Estado, al igual que en cualquier otra actividad esencialmente reglada, existen supuestos en los que la norma, por sí misma, no responde a todas las preguntas que se le presentan, de ahí que, por un lado, desafíe al operador jurídico, quien se ve obligado a elegir entre alternativas con fundamentos jurídicos o extrajurídicos igualmente admisibles; y por otro, cuestione la posibilidad de que se predique la completitud del sistema jurídico. Se trata, entonces, de supuestos en los cuales el ejercicio jurídico no se agota en el análisis silogístico o deductivo de la norma y del caso particular, sino que amerita una construcción argumentativa mayor.

Esta particularidad, que ocurre de forma más frecuente en la contratación del Estado, se presenta en la etapa de evaluación de las ofertas, donde es posible

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 Richard 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 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 V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

que sucedan distintas circunstancias que no cuenten con una instrucción especial, y que en consecuencia requieran de un pronunciamiento legislativo o judicial. De forma especial se hace referencia a los casos en los cuales es necesario que la Administración haga un nuevo «informe de evaluación» de las ofertas, y en consecuencia otorgue un nuevo término de traslado para que los interesados presenten observaciones.

1. Alcance de los fundamentos normativos para elaborar el «informe de evaluación»

El artículo 30, numerales 7 y 8, de la Ley 80 de 1993 señalan que, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en el pliego de condiciones se definirá el plazo razonable dentro del cual la entidad, desde una perspectiva técnica, económica y jurídica, debe evaluar las propuestas y, además, solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables. Lo anterior se plasma en un «informe de evaluación» que en la modalidad de licitación pública permanece en la secretaría de la entidad por el término de cinco días para que los oferentes presenten «observaciones», las cuales, para Juan Ángel Palacio Hincapié, son un mecanismo que indudablemente evita algunos reclamos futuros y demandas infundadas³.

De esta forma, recibidas las ofertas y culminado el término para presentarlas, la entidad –usualmente a través del «comité evaluador»– las evalúa conforme a los componentes jurídico, técnico y económico –o los que se hayan establecido en el pliego de condiciones–. Para publicitar la actuación y facilitar su comprensión, la entidad plasma los resultados en el «informe de evaluación», que de conformidad con los artículos 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, es un «documento del proceso» que debe publicarse en el Secop I dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, o elaborarse al interior del Secop II. Para Luis Guillermo Dávila Vinueza, el «comité evaluador» culmina su trabajo con un «informe de evaluación» motivado, en el que se indica clara y expresamente las razones y argumentos de lo concluido, particularmente en lo referido al rechazo de las ofertas y a la asignación de puntos⁴.

Estas precisiones son relevantes porque tanto en las normas referidas como en la práctica contractual se hace referencia a varios «informes de evaluación». No obstante, bien podría ocurrir que solo se publicara *un* único «informe» cuando, por ejemplo, ninguna de las ofertas cumpla las condiciones del pliego y pese a otorgar el término de traslado, los proponentes no acreditaran su

³ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 294.

⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 415.

cumplimiento; o, en el mejor de los casos, todas las ofertas cumplan los requisitos habilitantes, no siendo necesario solicitar documentos adicionales u otro tipo de aclaraciones, y, en consecuencia, permitiendo que a partir de los criterios de evaluación se sugiriera la oferta ganadora.

Sin perjuicio de lo anterior, es usual que en la práctica contractual las entidades publiquen *dos* «informes», que son: por un lado, el primer «informe de evaluación» –que se propone denominar «informe preliminar»–, en el que, de conformidad con el artículo 5, parágrafo 1º, de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, se otorga la oportunidad para subsanar defectos que no inciden en el puntaje y aclarar los que sí⁵; y por otro, el «informe de evaluación final» o «definitivo», que consolida la verificación de los requisitos habilitantes y los que otorgan puntaje. Este contiene la recomendación que el «comité evaluador» le hace al ordenador del gasto, en lo relacionado con la adjudicación del contrato. En esa medida, contrario a lo expuesto en el escenario anterior, la entidad debe elaborar dos informes de evaluación, porque es común que la evaluación no se agote en una primera instancia.

Esta práctica, incluso, se positivizó en el artículo 5, parágrafo 3º, de la Ley 1882 de 2018, en relación, puntualmente, con la licitación pública de obra, donde se establece que la entidad estatal publicará 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, pero luego de cinco días, 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 económica⁶.

⁵ «Artículo 5o. De la selección objetiva. [...] Parágrafo 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.

»Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso».

⁶ «Artículo 1º [...] 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.

Así pues, aunque el artículo 30 de la Ley 80 refiere a varios informes, sin limitar la cantidad, en la práctica –y en un escenario específico, como lo es la licitación pública de obra– se entiende que los «informes de evaluación» mencionados corresponden a uno «preliminar» y a otro «final». Sin embargo, pueden ocurrir circunstancias que ameriten proferir un informe preliminar adicional, o incluso que alteren el contenido del informe definitivo, propiciando, de un lado, un tercer «informe» y, de otro, que se otorgue una nueva oportunidad para presentar observaciones.

2. Casos en los cuales debe publicarse un nuevo «informe de evaluación» y otorgar un término adicional para presentar observaciones

Como se ha referido, las normas no responden a todas las preguntas que se derivan de la práctica contractual, de ahí que no se encuentre, por ejemplo, un listado de causales por las cuales deba publicarse un nuevo «informe de evaluación» o en los que sea necesario dar una nueva oportunidad para presentarle observaciones. De esta forma, aunque es indudable que las entidades estatales tienen la facultad de elaborarlos y publicarlos, no se establece en detalle la cantidad de informes –con excepción de la licitación de obra pública– y la posibilidad de proferir uno nuevo ante una circunstancia especial o particular.

Con el propósito de establecer parámetros para las futuras decisiones de las entidades estatales y de los demás interesados, se plantean varios supuestos y se definen criterios abstractos y generales para determinar en qué escenarios procede la publicación de un tercer informe, y el correspondiente traslado.

a. Circunstancias sobrevinientes o concomitantes, conocidas con posterioridad a la evaluación de las ofertas

Entregada la oferta, evaluada por la entidad, y proferido el informe de evaluación, pueden presentarse circunstancias que alteren, bien sea la posibilidad de continuar participando en el procedimiento de selección –al incidir en los

»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.

»Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad».

requisitos habilitantes–, o el «lugar» de elegibilidad del oferente –por variar los elementos que habían otorgado puntaje–. Como ejemplo de cada uno se encuentra que, en *primer lugar*, es posible que pese a estar habilitado inicialmente para presentar una oferta y suscribir el contrato, se conozca alguna situación que contraría esa facultad.

Piénsese que inicialmente se contaba con capacidad contractual para celebrar el contrato al momento de presentar la oferta y este atributo no se conserve luego de evaluada. El artículo 9, incisos 2 y 3, de la Ley 80 de 1993 establece que si a un proponente le sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad en un procedimiento de selección renuncia a la participación y a los derechos que le hubieran surgido. En esa medida, aunque la entidad hubiera establecido en su informe de evaluación –bien sea en el «preliminar» o en el «definitivo»– que uno de sus oferentes –persona natural o jurídica– cumplía con el requisito habilitante de «capacidad jurídica» –según el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007– puede suceder que esto varíe por incurrirse, con posterioridad, en alguna de las causales dispuestas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 –incluyéndose allí a las demás dispersas en otras leyes–. En sentido similar ocurre si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en un miembro de un consorcio o unión temporal, en cuyo caso deberá ceder su participación a un tercero distinto a los demás integrantes, previa autorización escrita de la entidad. En ese supuesto, en principio el oferente contaba con la «capacidad» para presentar ofertas, pero luego, con ocasión de las excepciones propias del derecho administrativo, quedó desprovisto de esta.

En este supuesto se observa la necesidad de que la entidad estatal publique un *nuevo* «informe de evaluación», desestimando la oferta que en principio había sido admitida: si fuera el *preliminar*, tendría que hacerlo, porque, aunque inicialmente el oferente estaba habilitado por el cumplimiento de los requisitos habilitantes, su situación variaría, debiéndosele otorgar el término para presentar observaciones; y si fuera el *definitivo*, porque el sentido de la decisión –recomendación o sugerencia que el comité le presentaría al ordenador del gasto– también podría alterarse.

Igualmente puede suceder que: *i)* aunque se presentaron varias ofertas, todas requieren la subsanación de requisitos habilitantes adicionales, de ahí que en principio no existiría alguna compitiendo. En esa medida, es lógicamente necesario que, presentados los documentos o las aclaraciones pertinentes, la entidad expida un nuevo «informe de evaluación». Ahora, puede ocurrir que *ii)* en la contratación de una obra mediante la modalidad de licitación pública se presenten cinco propuestas, la entidad estudie los requisitos habilitantes de cada una y elabore el «informe de evaluación preliminar»; luego, en el «informe final» se pronuncie sobre las observaciones presentadas en el término del traslado y verifique los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica. De lo

anterior, por ejemplo, la entidad puede concluir que tres de las cinco ofertas quedaron habilitadas y en un orden de elegibilidad determinado. Sin embargo, durante la audiencia de adjudicación, en la apertura del segundo sobre –o «sobre económico»–, se percata que existe un problema en el diligenciamiento del formulario económico de una de las ofertas habilitadas –excediéndose el precio–, sin que sea susceptible, siquiera, de ser aclarado. En ese orden, y en virtud de distintas normas, como lo sería el artículo 25, numeral 6, de la Ley 80, la entidad debería rechazar la oferta por considerar que el precio supera el precio oficial.

En *segundo lugar*, es posible que se modifiquen las circunstancias que habían sido acreditadas para obtener puntos. Piénsese que la entidad le asignó un puntaje a las «calidades académicas y a la experiencia del equipo de trabajo ofrecido», para lo cual solicitó que se presentaran copia de los títulos universitarios y de los certificados de los bienes o los servicios prestados anteriormente. Al procedimiento se presentan tres ofertas, se evalúan los requisitos habilitantes, se otorgan los puntos y se publica el «informe de evaluación preliminar». Inicialmente, la entidad no recibe alguna observación que altere el orden de elegibilidad, sino que se presentan, por ejemplo, los documentos subsanables y las aclaraciones del caso, quedando las tres propuestas en posibilidad de participar. Sin embargo, cuando se elabora y publica el «informe de evaluación definitivo», la entidad recibe, en el traslado, la observación o denuncia de un ciudadano –que bien puede ser otro oferente–, informado sobre la falsedad de los documentos presentados con la oferta que en principio resultaba la ganadora, entre los cuales se incluyen los títulos y los certificados.

En consecuencia, la entidad debe tomar una decisión, para lo cual requerirá hacer la investigación que considere pertinente. Con fundamento en el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, Juan Ángel Palacio considera que si se presenta una observación en la «audiencia de adjudicación» que requiera análisis adicionales y su solución pueda incidir en el sentido de la decisión, la audiencia puede suspenderse por el término que sea necesario para verificar los asuntos debatidos y comprobar lo alegado⁷. En esa medida, la entidad, en cualquier caso, debe atender y resolver las observaciones que se le presenten.

Particularmente, en el caso hipotético planteado el estudio de la entidad podría derivar en alguna de las siguientes alternativas: *i)* se comprueba la autenticidad de los documentos referidos como falsos, por lo que sería necesario responder a la observación confirmando lo inicialmente expuesto, bien sea elaborando un informe adicional o manifestándolo en la audiencia; o *ii)* se acredita que la denuncia tiene un respaldo fáctico y jurídico, debiéndose

⁷ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. p. 289.

modificar lo definido en los informes de evaluación, porque se alteraría lo referido a la propuesta «ganadora». Se trata, entonces, de un caso en el cual es posible que la entidad elabore un nuevo «informe de evaluación».

b. Errores en la evaluación de las ofertas, independientemente de si materialmente inciden en la habilitación o en el puntaje de la oferta

En sentido similar al criterio anterior, la entidad estatal puede verse avocada a elaborar un nuevo informe de evaluación si descubre, por sí misma o por la observación de un oferente, que cometió un error en la evaluación de las ofertas y, en consecuencia, en lo definido en los «informes». Este escenario no se aleja de la realidad contractual, porque existen distintas variables que complejizan la labor, por un lado, la evaluación de las ofertas es una actividad hecha a «varias manos», porque se aborda desde distintas disciplinas –que corresponden, a su vez, a saberes que por regla general no convergen en una única persona–. En esa medida, es posible que, por ejemplo, pese a que la evaluación técnica y financiera esté correcta, la jurídica no, o viceversa.

De otro lado, las ofertas son engorrosas, porque desde la perspectiva jurídica incluyen una cantidad considerable de documentos que deben aportarse y que la entidad debe evaluar con minucia. Lo anterior sin considerar los detalles técnicos y financieros, que suponen ejercicios aritméticos, revisión de estados financieros, balances, capacidad de endeudamiento y los demás requisitos que, en todo caso, se hubieran definido en el pliego de condiciones. Teniendo en cuenta lo anterior es altamente probable –aunque se espera que no ocurra– que los comités evaluadores incurran en yerros en la evaluación de las propuestas, y que su corrección pueda ejercerse con la publicación de un nuevo informe de evaluación.

Piénsese que una entidad está interesada en contratar el diseño y la construcción de una obra que exige tecnología altamente especializada, para lo cual se tienen en cuenta distintos estándares o requisitos de la ingeniería que se puedan verificar con la existencia de un documento –como lo sería, por ejemplo, el aval de la propuesta por un profesional en la ingeniería o la constancia de haber construido una infraestructura similar– o, entre otras, con la aplicación de alguna fórmula que se derive de datos que se señalen en la oferta. Sin embargo, en la evaluación se incurre en un error mecanográfico o se omite entregarle la totalidad de la oferta a uno de los componentes del comité evaluador o se modifica la fórmula dispuesta en el pliego de condiciones. En este caso, aun cuando la entidad publique el informe de evaluación, los interesados podrán advertir el error, o incluso los mismos sujetos del comité evaluador, de ahí que surja la necesidad de corregirlo y publicar uno nuevo.

c. Publicación de un nuevo «informe» o posibilidad de otorgar un traslado para presentar observaciones adicionales, debido a una orden judicial –como causal sobreviniente–

Excepcionalmente puede suceder que en el trámite de un proceso judicial el juez le ordene a una entidad presentar un nuevo informe de evaluación u otorgar adicionalmente la posibilidad de presentar observaciones. Como ejemplo se destaca lo que ocurre en sede de tutela –no siendo el único–, donde el poder del juez es sumamente amplio, porque las decisiones se limitan solo por la legalidad y la razonabilidad, de ahí que, por ejemplo, las medidas cautelares o las medidas provisionales de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1564 de 2012 no le signifiquen un término máximo.

Como ejemplo abstracto se propone el siguiente: en el curso de un trámite de tutela, el juez observa vulnerado el derecho al debido proceso o el derecho a la igualdad de uno de los oferentes en la evaluación de las ofertas, por lo que considera imperante que la entidad no retrotraiga su actuación, sino que la corrija, bien sea elaborando un nuevo «informe de evaluación» o ampliando el traslado, al permitir que se presenten observaciones adicionales. Efectivamente, la entidad estatal deberá acatar la orden judicial y, de ser el caso, reacondicionar su trámite. Nótese que no se trata de una orden que exceda el ordenamiento jurídico, porque como se refirió de forma previa, la norma no indica un número máximo de «informes de evaluación».

d. Problemáticas de orden logístico o formal, que impidan la publicidad del «informe de evaluación»

Finalmente, una circunstancia adicional en la cual es *necesario* otorgar una nueva oportunidad para que los interesados presenten observaciones, o incluso elaboren un nuevo informe de evaluación se encuentra en escenarios donde incidan aspectos logísticos o técnicos. En primer lugar, recuérdese que el «informe de evaluación», aun cuando no sea un acto vinculante, hace parte de los documentos del procedimiento, que se da a conocer con la publicación en la plataforma Secop. Sin embargo, el cargue de la información puede verse intrincado por distintas razones técnicas, piénsese, por ejemplo, en problemas en la red o en la seguridad del documento, la incompatibilidad de versiones, el guarde y la apertura con distintos *softwares* o la incorrecta manipulación del archivo. En ese orden, puede ocurrir que cuando los interesados intenten abrir el archivo encuentren caracteres sin sentido que impidan su comprensión, incompletitud del documento o ausencia absoluta de documento –ante un documento en blanco–. La entidad, entonces, deberá volver a cargarlo –así hayan transcurrido cinco días hábiles– y otorgar el término de traslado nuevamente, para que los interesados presenten las observaciones a que hubiera lugar.

En segundo lugar, también puede ocurrir que por dificultades en el sistema de la entidad el documento que contemplaba el «informe de evaluación», firmado por los miembros del comité, se pierda o se dañe, siendo necesario elaborar uno adicional –que por más que resulte en las mismas conclusiones, implica una elaboración nueva–. Así, aunque formalmente se hubiera cumplido con la obligación de publicar el informe, materialmente no fue así, de manera que la entidad debe adecuar el trámite omitido.

Bibliografía

Doctrina

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

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

