

DECLARATORIA DE DESIERTA, POR RECHAZO DE TODAS LAS OFERTAS ¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. La Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 18, permite a las entidades declarar desierta una licitación cuando se presenten motivos o causas que impidan la escogencia objetiva. Una de estas causas es el rechazo de todas las ofertas, pues si ningún oferente acredita los criterios mínimos de evaluación que garanticen el cumplimiento del objeto contractual, es imposible hablar de escogencia objetiva, porque no se podría elegir la oferta más favorable. Partiendo de la idea según la cual el rechazo de todas las ofertas es causa suficiente para declarar desierta la licitación, este escrito se ocupa de: *i)* analizar por qué el rechazo impide la selección objetiva; *ii)* determinar la oportunidad en la que se configura el rechazo de todas las ofertas y *iii)* identificar quién rechaza todas las ofertas.

Introducción

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, al regular el procedimiento de licitación, permitió a las entidades declararlo desierto siempre y cuando se presenten motivos o causas que impidan escoger objetivamente –Ley 80 de 1993, artículo 25.18–. Esta imposibilidad se manifiesta de diversas formas, por ejemplo: cuando se rechazan todas las ofertas, cuando la propuesta es inconveniente para la entidad, cuando se coluden los oferentes, entre otras.

Este escrito se enfoca, particularmente, en el primer supuesto, esto es, cuando la causa de la declaratoria de desierta es el rechazo de todas las ofertas. Para abordar el tema se analizará: *i)* el presupuesto que posibilita la declaratoria de desierta; *ii)* la oportunidad para declarar desierta la licitación, con fundamento en el rechazo de todas las ofertas y *iii)* quién rechaza las ofertas y declara desierta la licitación.

1. Rechazo de todas las ofertas como causa de la declaratoria de desierta

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 1 de abril de 2023, 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 Fabián G. Marín Cortés 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 G. Marín Cortés.

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

Es necesario partir de la posibilidad que tienen las entidades de declarar desierto un procedimiento de licitación a pesar de que se presenten ofertas; esto es posible cuando ninguna cumple los factores de evaluación que permitan adjudicar, motivo por el cual la entidad debe rechazar todas las ofertas, y en consecuencia declarar desierto el procedimiento. Si bien había interés y participación por parte del público, no era conveniente para la entidad aceptar alguna, pues todas incurrieran en por lo menos una causal de rechazo³. Es decir, que un hecho que fundamenta la declaratoria de desierto es el rechazo de todas las ofertas.

Si bien el rechazo puede producirse por no subsanar requisitos habilitantes o por causales que se encuentran en la ley, no puede olvidarse que las entidades pueden exigir a los oferentes, en el pliego de condiciones, requisitos determinantes para desarrollar el objeto del contrato, cuyo incumplimiento origina el rechazo de la oferta, y quizá la declaratoria de desierto de la licitación, por rechazo de todas las propuestas. Estas exigencias siempre deben hacerse en términos de razonabilidad y proporcionalidad⁴.

La declaratoria de desierto se basa en que a pesar de presentarse ofertas todas incurren en por lo menos una causal de rechazo, así que, para declarar desierto un procedimiento de licitación, se tienen que evaluar las propuestas en relación con las causales o requisitos contenidos en el pliego de condiciones. Finalmente, si cada oferta se enmarca en alguna causal de rechazo o incumple algún criterio o requisito que tiene este efecto, la entidad debe declarar desierto la licitación.

Escobar Gil considera que para concluir que es imposible garantizar la selección objetiva, es necesario comparar las ofertas presentadas, de lo contrario la entidad no tendría fundamento para declarar desierto la licitación, pues en tanto no las compare no evalúa las ofertas, y por tanto ni siquiera intentaría garantizar la selección objetiva⁵. Frente a esta idea, se considera que si bien es necesario evaluar las ofertas para garantizar la selección objetiva, la comparación no tiene que ser entre ellas, sino de ellas en relación con los requisitos y criterios de las normas y de los pliegos de condiciones.

Quien considera necesaria la comparación entre las ofertas, para garantizar la selección objetiva, también tendría que concluir que en un procedimiento de selección con oferente único tampoco se garantiza este principio, no obstante, en este tema no se enfoca el escrito. Lo que interesa resaltar es que la declaratoria de

³ Las causales de rechazo no están específicamente y taxativamente determinadas en la norma. Solo hay breves referencias, como la necesidad de que estén previstas en el pliego de condiciones —artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015— y la obligación de que las ofertas se ajusten a todos los aspectos exigidos —artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993—.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Colombia: LEGIS S.A. 2003., p. 200.

desierta, por rechazo de todas las ofertas, fundamenta la imposibilidad de selección objetiva en el hecho de que al comparar cada oferta con el pliego ninguna cumple los requisitos exigidos.

La anterior posición la comparte Pinno Ricci. Señala que para cumplir el deber de selección objetiva «[...] no es estrictamente indispensable que se presenten varias propuestas o que de las que se hayan recibido más de una cumpla con los requisitos previstos en las reglas de participación»⁶, pues en cualquier caso la entidad puede comparar la o las ofertas con las condiciones y precios del mercado y con los estudios previos de la entidad⁷.

Es decir, la escogencia objetiva se desdibuja cuando se omiten los criterios de evaluación o en la propuesta no se reflejan de manera clara y completa, impidiendo su aplicación; o cuando los oferentes no acreditan los criterios o requisitos mínimos que garanticen a la entidad el cumplimiento del objeto contractual, pues bajo estas condiciones no es posible comparar las propuestas, así que la entidad debe declarar desierto el procedimiento de selección⁸.

El primer supuesto lo analiza la sentencia del Consejo de Estado del 14 de marzo de 2013⁹. La demanda solicitaba declarar nula la resolución mediante la cual se declaró desierta la licitación pública, cuyo objeto era la construcción de la Biblioteca Departamental del Municipio de Riohacha. Los fundamentos para la declaratoria de desierta fueron: que algunas ofertas tenían información presuntamente falsa sobre su capacidad financiera —incluida allí la parte demandante—, que el demandado no había constituido la póliza de seriedad de la oferta como lo exigió el pliego de condiciones y que los demás oferentes no obtuvieron el puntaje mínimo exigido en el pliego.

El problema jurídico para resolver era si la discrepancia entre la información financiera presentada en la oferta, en comparación con aquella contenida en la declaración de renta del año gravable inmediatamente anterior, constituía una razón válida para rechazar la propuesta presentada por la sociedad demandante —sería el rechazo debido a que la propuesta no se consagra de manera clara y completa, impidiendo su aplicación—.

Los criterios relacionados con las causales de rechazo que se establecieron en la sentencia se reiteraron en otras providencias, entre ellas la del 31 de agosto de 2015¹⁰. La demanda se dirigió contra el Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT, por declarar desierto un procedimiento de selección en el cual

⁶ PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 258.

⁷ Ibid.

⁸ ESCOBAR GIL, Op. Cit. p. 205.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Exp. 33368. M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

rechazaron las 2 propuestas presentadas. El objeto del contrato era el mantenimiento preventivo y correctivo, con suministro de repuestos, incluida la mano de obra para las motocicletas de propiedad del FONDATT, entregadas en comodato a la Policía Metropolitana de Tránsito de Bogotá.

Uno de los requerimientos que la entidad estableció en el pliego de condiciones fue contar con un área de prestación de servicio mínimo de 200 Mts. 2, lo cual se debía acreditar. Se trataba de un requisito habilitante cuyo incumplimiento impedía la comparación de las ofertas, pues era un elemento básico para prestar el servicio, se trataba de una prueba necesaria para acreditar la disponibilidad de la planta física y por tanto de la capacidad del proponente para desarrollar adecuadamente el objeto del contrato.

Fue un requisito que se estableció por la necesidad que debía satisfacerse, pero el oferente no lo acreditó; solo demostró que contaba con una parte del área mínima exigida. Este es un ejemplo de rechazo ofertas por no acreditar el cumplimiento de los criterios o requisitos mínimos que permiten el cumplimiento del objeto contractual. Así que, como ningún oferente cumplió los requisitos mínimos o habilitantes para continuar con la evaluación de las ofertas, la entidad declaró desierto el procedimiento de selección, por imposibilidad de garantizar la escogencia objetiva.

La importancia de lo que se entiende por «escogencia objetiva» radica en que su imposibilidad en un procedimiento de selección es el criterio determinante para declararlo desierto. Así pues, si una entidad tiene una necesidad que suplir, debe elaborar unos estudios previos para determinar la manera de hacerlo y los criterios mínimos que debe tener una oferta para que cumpla dicho objeto. Si no se cumplen los requisitos mínimos que la entidad identificó en el pliego de condiciones es prácticamente imposible que el oferente cumpla el contrato, y por tanto supla la necesidad por la cual se inició el procedimiento de selección.

En ese orden de ideas, es posible declarar desierto un procedimiento de selección por rechazar todas las ofertas, entendiendo que es imposible seleccionar una favorable¹¹, pues ninguna cumple los criterios mínimos necesarios para garantizar el objeto contractual, es decir, ninguna satisficará adecuadamente la necesidad de la entidad.

2. Configuración del rechazo de todas las ofertas: oportunidad

Si un presupuesto para declarar desierta una licitación es el rechazo de todas las ofertas, es necesario determinar en qué momento se configura el rechazo. Se anticipa que la oportunidad no siempre es la misma, varía dependiendo de la

¹¹ Entendiendo que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad y los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores o motivaciones subjetivas —artículo 5 de la Ley 1150 de 2007—.

presentación de observaciones contra el informe de evaluación y de la respuesta que la entidad dé a dichas observaciones.

Según el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, la entidad, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, debe señalar en los pliegos de condiciones el plazo razonable en el que se evaluarán las propuestas y se solicitarán aclaraciones a los oferentes en caso de ser necesario. Una vez evaluadas, la entidad publica el «primer informe de evaluación». Luego de que se publique en el SECOP los oferentes disponen de 5 días hábiles para presentar observaciones, en el caso de la licitación —artículo 30.8 y párrafo 3°, de la Ley 80 de 1993—. Posteriormente la entidad estudia las objeciones y publica el «informe final de evaluación», frente al cual también es posible presentar observaciones, lo que se hace en la audiencia de adjudicación, espacio donde se resuelven y se toma la decisión final.

Es decir, las decisiones adoptadas en el informe inicial de evaluación, e incluso en el informe final, se pueden modificar con base en las observaciones de los proponentes y en el análisis que haga la entidad, particularmente el comité evaluador. No obstante, a pesar de que los oferentes tienen derecho a presentar observaciones no siempre lo hacen, así que el momento en el que se rechazan las ofertas no siempre es el mismo. En relación con las observaciones, admisión y rechazo de las ofertas, se presentan distintas posibilidades: *i)* que en el informe inicial se rechacen todas, pero que producto de las observaciones, en el informe final se admita una o varias; *ii)* que inicialmente se rechacen todas las ofertas, se presenten observaciones, pero a pesar de ello la entidad reitera la decisión de rechazarlas; *iii)* que el informe inicial rechace todas las ofertas, pero ningún oferente presente observaciones; *iv)* que se admita una o varias propuestas, pero producto de las observaciones la entidad las rechace todas y *v)* que se admitan las ofertas, y se presenten observaciones, pero que la decisión que las resuelve las mantenga.

Frente a estas posibilidades, tres de ellas son presupuesto para que la entidad declare desierto el procedimiento. En el primer caso, el hecho de admitir por lo menos una oferta configura un supuesto diferente al que se estudia en este escrito, y no le permite a la entidad declarar desierto el procedimiento, pues la condición es el rechazo de la totalidad. Los tres supuestos siguientes —reiteración del rechazo luego de las observaciones; ausencia de observaciones a pesar de haber rechazado todas las ofertas y admisión de ofertas, pero posterior rechazo producto de las observaciones—, le permiten a la entidad declarar desierto el procedimiento de selección, pero según el caso varía la oportunidad para rechazarlas.

Como se mencionó antes, el EGCAP establece 5 días para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación, lo cual configura un derecho del oferente, es decir, que una vez se publique el informe de evaluación la entidad debe respetar este término. Además, producto de las observaciones la entidad puede detectar problemas, inconsistencias u otra situación que por distintas razones no observó cuando evaluó inicialmente. Es decir, en ningún caso la entidad puede

declarar desierta una licitación antes de la publicación del primer informe de evaluación.

Por lo tanto, en el contexto de la oportunidad para rechazar todas las ofertas se deben diferenciar 3 momentos: *i)* publicación del informe inicial; *ii)* publicación del informe final y *iii)* audiencia de adjudicación. El primero es obligatorio, y la fecha de publicación depende de lo establecido en el pliego de condiciones. Las entidades están facultadas para rechazar todas las ofertas desde la publicación del primer informe de evaluación, si ninguna se ajusta a los criterios mínimos señalados en los pliegos de condiciones.

Si ningún oferente presenta observaciones dentro del término de traslado del informe de evaluación, la entidad no debe publicar un segundo informe o informe final, pues si el objetivo de este es resolver las observaciones, al no presentarse la conclusión lógica es que tampoco se requiere publicar un nuevo informe, y mucho menos si la norma tampoco lo exige. Este es el primer caso que autoriza declarar desierta la licitación por rechazo de todas las ofertas, y la oportunidad para rechazarlas es con el primer informe de evaluación —primer momento—.

Cuando se presentan observaciones contra el informe de evaluación la oportunidad para rechazar todas las ofertas es en el informe final que, como se mencionó, resuelve las observaciones presentadas contra el primer informe. Se trata del caso en el cual el informe inicial admite una o más propuestas, incluso rechaza todas, pero producto de las observaciones la entidad tuvo que rechazarlas todas, en el informe final; o cuando se reitera la decisión inicial de rechazo total de las ofertas; estos dos son los otros casos en los que es posible declarar desierto un procedimiento de selección con fundamento en el rechazo de todas las ofertas. Así que en este evento la oportunidad para rechazar las ofertas es en el informe final de evaluación —segundo momento—.

El tercer momento es la audiencia de adjudicación, oportunidad que tiene la entidad para tomar la decisión definitiva. Se trata de una etapa obligatoria en la licitación pública. Sin embargo, es importante diferenciar de éste los dos primeros momentos. Mientras en los primeros se *rechazan todas las ofertas*, esto es, *la causa de la declaratoria de desierta*, en la audiencia de adjudicación surge la *consecuencia* de esa causa, esto es *la declaratoria de desierta de la licitación*. Esta es la posición que se acoge, no obstante se podría considerar que por la posibilidad de presentar observaciones, incluso hasta el día de la audiencia —tercer momento—¹², el rechazo de todas las ofertas solo se configura ese día.

Como se observó, el rechazo de todas las propuestas puede ser «anticipado» o «postpuesto», dependiendo de si se presentan o no observaciones.

¹² Se debe tener en cuenta que, las observaciones a las que se hace referencia son las que tienen los oferentes frente a la respuesta del comité evaluador en lo que tiene que ver con las observaciones hechas al primer informe de evaluación.

Finalmente, en relación con el quinto supuesto, cuando se rechazan todas las ofertas en el informe inicial, pero se admite una o varias producto de las observaciones, es claro que no es una causa para declarar desierto el procedimiento, pues la decisión final fue admitirlas.

3. Rechazo de las ofertas: competencia

La competencia para dirigir licitaciones y celebrar contratos corresponde, en principio, al jefe o representante legal de la entidad —artículo 11 de la Ley 80 de 1993—, quien tiene la responsabilidad de dirigir y manejar la actividad contractual y los procesos de selección, sin la posibilidad de trasladarle dicha responsabilidad a juntas, corporaciones, otros organismos e incluso comités asesores —artículo 26.5 *ibidem*—. No obstante, el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 permite designar un comité evaluador, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para esa labor.

El comité evalúa las ofertas, ceñiéndose a las reglas del pliego de condiciones, y a pesar de tener carácter asesor, que no lo exime de responsabilidad, si el representante legal no acoge su recomendación debe justificar la decisión. Si la entidad opta por designar un comité evaluador, este se encarga de evaluar, independientemente de que el representante de la entidad acoja o no la recomendación que contiene el informe de evaluación.

El comité también resuelve las observaciones que se presentan contra el primer informe de evaluación, y las que luego se presentan contra las respuestas frente a las observaciones iniciales.

Así que, en sentido estricto, el comité evaluador revisa y evalúa las ofertas, y resuelve las observaciones frente a los informes. Si bien la regla práctica es que el representante acoge las recomendaciones del comité evaluador, tiene la posibilidad de apartarse, siempre y cuando lo haga motivadamente. Bajo esta primera postura quien rechaza todas las ofertas es el comité evaluador.

Bajo la idea contraria, el rechazo de las ofertas lo hace el representante legal, porque, justamente, puede apartarse de la decisión del comité, en su informe de evaluación, así que por tomar él la decisión final de aceptar o rechazar las ofertas se entiende que decide; esto sin tener en cuenta la fuente y fundamento de la toma de esa decisión, siendo el comité evaluador un simple asesor.

Sin embargo, la necesidad de justificar por qué el representante legal se aparta de la decisión del comité evaluador lleva a cuestionar la independencia del representante y el hecho de que realmente sea quien tome la decisión final. Palacio Hincapié señala que «[...] Si bien el trabajo del comité recibe un respaldo legal, e impide que su trabajo sea desconocido por quien tiene el poder de adjudicar, con ellos también se milita la decisión del manejador del gasto quien queda a merced

del comité [...]»¹³. A pesar de que el autor lo señala a modo de crítica, es claro que la decisión le corresponde al comité, por ser el idóneo y competente para determinar cuál la oferta es la más favorable, motivo por el cual el legislador impuso al representante la carga de justificar por qué se aparta de la decisión de quién era el idóneo para tomarla —el comité—.

En este lugar también es relevante diferenciar los tres momentos, como se hizo en el acápite anterior: primer informe, informe final y audiencia de adjudicación.

En los dos primeros el comité evaluador es el encargado de tomar la decisión. Es contra el informe que elabora el comité que se presentan las observaciones, y es el mismo comité quien las resuelve, incluso en la audiencia de adjudicación, cuando se resuelven las observaciones de los oferentes contra la respuesta de la entidad, en lo que tiene que ver con la respuesta a las observaciones del primer informe. Y es solo hasta la audiencia de adjudicación que adquiere protagonismo el representante legal, pues toma la decisión definitiva, pero siempre con fundamento en la decisión orientada por el comité evaluador, de lo contrario el funcionario asume una carga argumentativa fuerte, por apartarse de la decisión más idónea.

Bibliografía

Doctrina

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Colombia: LEGIS S.A., p. 635.

ESCOLA, Héctor. Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2012. p. 519.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 4ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1282 p.

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

PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 481 p.

Jurisprudencia

¹³ Ibid.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Exp. 24.059. C.P.
Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Exp. 33.368. C.P.
Olga Mélida Valle de la Hoz.

