

CASOS HIPOTÉTICOS - VIOLACION DE PRINCIPIOS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¿Puede presentar oferta en una licitación pública una firma que tenga acciones en uno de los integrantes de un consorcio consultor que tuvo a su cargo la elaboración del diseño, promoción y desarrollo de un proyecto de inversión, el cual incluye la elaboración de los pliegos de condiciones y asesoría en el estudio de las propuestas y en la celebración del contrato que suscriba la entidad estatal en desarrollo de la mencionada licitación pública?

En el caso planteado, se vulneran varios principios fundamentales de la contratación estatal en Colombia, consagrados principalmente en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política. Los más relevantes son:

Principio de Transparencia (Artículo 24, Ley 80 de 1993):

Vulneración: Este principio exige que la escogencia del contratista se realice de manera objetiva, sin consideraciones subjetivas y garantizando la igualdad de oportunidades para todos los interesados. Al permitir que una firma con vínculos con el consorcio consultor que elaboró los pliegos y asesoró el proceso participe como oferente, se rompe la imparcialidad y la neutralidad de las reglas. Existe un conocimiento previo y una influencia en la definición de las condiciones de la licitación que vicia la transparencia del proceso.

Principio de Selección Objetiva (Ley 1150 de 2007 y Artículo 24, Ley 80 de 1993):

Vulneración: Es el pilar central de la contratación estatal. Implica que la selección del contratista debe hacerse al ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y en general, cualquier clase de motivación subjetiva. La firma vinculada al consorcio consultor tiene una ventaja competitiva desleal, ya que su conocimiento intrínseco del proyecto, los pliegos y los criterios de evaluación, derivado de su participación en la fase de estructuración, les permite presentar una oferta potencialmente más "ajustada" o ventajosa, no necesariamente por ser la mejor para el Estado, sino por el acceso a información privilegiada. Esto impide que la selección sea verdaderamente objetiva.

Principio de Igualdad (Artículo 13, Constitución Política de 1993):

Vulneración: Se exige que todas las personas que aspiren a celebrar contratos con el Estado reciban el mismo tratamiento y tengan las mismas oportunidades. La situación descrita crea una desigualdad manifiesta entre los potenciales oferentes. La firma con acciones en el consorcio consultor tiene un acceso y

conocimiento que los demás competidores no poseen, lo que les otorga una posición de privilegio y rompe el "piso parejo" que debe existir en una licitación pública.

Principio de Buena Fe (Artículo 23, Ley 80 de 1993):

Vulneración: Si bien este principio aplica a todas las etapas de la contratación, en este caso, se vería comprometido en la medida en que la participación de la firma relacionada podría interpretarse como un intento de aprovechar una ventaja indebida, lo que iría en contra de la lealtad y la honestidad que se esperan en las actuaciones contractuales.

Principio de Moralidad (Artículo 209, Constitución Política y Artículo 23, Ley 80 de 1993):

Vulneración: La moralidad administrativa exige que la actuación de los servidores públicos y de los particulares que contratan con el Estado se rija por la ética y la probidad. Permitir una situación de este tipo generaría dudas sobre la imparcialidad y la pulcritud del proceso, socavando la confianza en la administración pública y en la integridad del proceso de selección.

Otros casos:

Caso 1: El contrato del sobrino

Situación: Una alcaldía municipal abre una licitación para la construcción de un parque recreativo. El alcalde, bajo la mesa, presiona al comité evaluador para que el contrato sea adjudicado a la empresa de su sobrino, a pesar de que otras empresas presentaron propuestas con mejores condiciones técnicas y económicas. Finalmente, la empresa del sobrino es la seleccionada.

Principio Violado: Principio de Transparencia y Principio de Selección Objetiva.

Explicación:

Principio de Transparencia: Se viola al ocultar las verdaderas intenciones de la adjudicación y manipular el proceso para favorecer a un familiar. El proceso no fue abierto ni evidente para todos los participantes.

Principio de Selección Objetiva (igualdad): Se vulnera porque la elección del contratista no se basó en criterios técnicos y económicos objetivos establecidos en los pliegos de condiciones, sino en intereses personales y tráfico de

influencias. Las propuestas de los otros oferentes no fueron evaluadas de manera imparcial.

Caso 2: La adición al contrato "express"

Situación: Una entidad estatal contrata a una empresa para la construcción de una vía por un valor determinado. Una vez iniciada la obra, y sin justificación técnica ni económica válida, la entidad aprueba rápidamente una adición al contrato por un monto significativo, argumentando "imprevistos" que no estaban contemplados en los estudios previos iniciales y sin una debida sustentación. La adición eleva el costo de la obra a casi el doble del valor inicial.

Principio Violado: Principio de Planeación y Principio de Economía.

Explicación:

Principio de Planeación: Se incumple al no haber realizado una planificación adecuada y completa desde el inicio del proyecto. Los supuestos "imprevistos" deberían haber sido identificados o al menos previstos en los estudios previos. Una adición tan grande sin justificación rigurosa denota una deficiente planeación inicial.

Principio de Economía: Se vulnera al incrementar desproporcionadamente el costo del proyecto sin una justificación clara y transparente. La adición se realiza de forma expedita, lo que puede implicar una falta de análisis de mercado para la adquisición de los nuevos bienes o servicios, resultando en un uso ineficiente de los recursos públicos.

Caso 3: La licitación "desierta" conveniente

Situación: Una gobernación abre una licitación para la adquisición de equipos tecnológicos. Se presentan varias empresas, pero el comité evaluador declara la licitación "desierta" argumentando que ninguna de las ofertas cumple con los requisitos técnicos, a pesar de que una de las propuestas sí se ajustaba a lo solicitado. Días después, la gobernación realiza una contratación directa con una empresa que no había participado en la licitación inicial, bajo la figura de "urgencia manifiesta", alegando la necesidad imperiosa de los equipos.

Principio Violado: Principio de Responsabilidad, Principio de Transparencia y Principio de Selección Objetiva.

Explicación:

Principio de Responsabilidad: Se viola por parte del comité evaluador al declarar desierta una licitación sin justa causa y al no actuar con la debida diligencia en la evaluación de las ofertas. La posterior contratación directa por "urgencia

manifiesta" sin ser una situación real demuestra irresponsabilidad en el manejo de los recursos.

Principio de Transparencia: Se incumple al manipular el proceso de licitación para que resultara desierta, y posteriormente acudir a una contratación directa, lo que evade el proceso competitivo y público. La verdadera intención de la entidad no fue clara desde el inicio.

Principio de Selección Objetiva (igualdad): La declaración de desierta injustificada y la posterior contratación directa sin un proceso de selección competitivo demuestran que la elección del contratista no se basó en criterios objetivos de mérito y conveniencia, sino en intereses particulares.

Caso 4: El sobrecosto del "mantenimiento urgente"

Situación: Una entidad pública necesita realizar un mantenimiento urgente a su flota de vehículos. Sin convocar a un proceso de selección ni pedir varias cotizaciones, contrata directamente a una empresa de confianza del gerente, argumentando la urgencia. El valor pagado por el mantenimiento es significativamente superior al precio de mercado para servicios similares.

Principio Violado: Principio de Economía y Principio de Transparencia.

Explicación:

Principio de Economía: Se transgrede al no buscar la mejor relación calidad-precio. La contratación directa sin cotizaciones ni un análisis de mercado previo, y pagando un sobrecosto, implica un uso ineficiente de los recursos públicos.

Principio de Transparencia: Se vulnera al no dar publicidad al proceso de contratación y al no permitir la participación de otros oferentes, lo que genera dudas sobre la imparcialidad y la justificación de la elección del contratista.

Caso 5: La modificación del pliego a última hora

Situación: Una universidad pública lanza una licitación para la construcción de un nuevo edificio. Días antes del cierre de la presentación de ofertas, y sin una justificación clara, se modifica el pliego de condiciones de manera sustancial, añadiendo requisitos técnicos específicos que solo una empresa en particular cumple, dejando a los demás participantes sin tiempo suficiente para ajustar sus propuestas o incluso descalificándolos tácitamente.

Principio Violado: Principio de Transparencia y Principio de Igualdad.

Explicación:

Principio de Transparencia: Se incumple al realizar modificaciones sustanciales al pliego de condiciones a última hora y sin una justificación clara, lo que genera sospechas sobre la imparcialidad del proceso y la intención de favorecer a un proponente específico.

Principio de Igualdad: Se vulnera al no garantizar que todos los participantes tuvieran las mismas oportunidades. La modificación tardía del pliego, que beneficia a un oferente específico, pone en desventaja a los demás, impidiéndoles competir en igualdad de condiciones.

Caso 6: Favorecimiento indebido en licitación

Escenario: Un funcionario público modifica los requisitos técnicos durante una licitación para obras de infraestructura, incorporando especificaciones que solo cumple una empresa familiar. Elimina criterios de evaluación sin justificación técnica.

Principio violado: Transparencia.

Explicación: Se vulnera la igualdad entre oferentes al alterar reglas durante el proceso, favoreciendo intereses particulares. La Ley 80 exige neutralidad, claridad en las reglas y motivación detallada de decisiones, elementos ausentes aquí.

Caso 7: Contratación directa sin justificación

Escenario: Una entidad contrata servicios legales por \$300 millones mediante modalidad directa, alegando "urgencia". Sin embargo, no existe emergencia real ni estudios previos que sustenten la imposibilidad de licitación.

Principio violado: Economía y Planeación.

Explicación: Se omite el estudio previo de necesidades y no se demuestra la urgencia, violando la eficiencia en el uso de recursos públicos. La Ley 80 exige que la contratación directa sea excepcional y justificada.

Caso 8: Colusión entre oferentes

Escenario: Dos empresas comparten información confidencial para presentar ofertas complementarias en una licitación de equipos médicos. Una ofrece precios altos en ítems donde la otra es débil, asegurando la adjudicación rotativa.

Principio violado: Selección Objetiva.

Explicación: La connivencia elimina la competencia genuina, impidiendo la escogencia de la oferta más favorable. La Sentencia 17767/2011 enfatiza que la selección debe basarse en objetividad y neutralidad, no en acuerdos espurios.

Caso 9: Incumplimiento de requisitos legales

Escenario: Un funcionario adjudica un contrato de mantenimiento sin verificar que el contratista tiene sanciones vigentes por incumplimiento anterior. Además, omite controlar la ejecución, permitiendo sobrecostos no justificados.

Principio violado: Responsabilidad.

Explicación: El servidor público incumple su deber de vigilancia y verificación de requisitos esenciales, exponiendo los intereses de la entidad. El principio de responsabilidad exige que los funcionarios velen por la correcta ejecución contractual.

Caso 10: Fraccionamiento indebido de contratos

Escenario:

Una alcaldía requiere la construcción de un parque público cuyo costo total supera el umbral para contratar mediante licitación pública. Para evitar este proceso, el área de contratación decide dividir el proyecto en tres contratos menores, adjudicándolos de manera directa a diferentes empresas, pero todas relacionadas entre sí. Cada contrato cubre una parte del mismo parque (juegos infantiles, senderos y zonas verdes), pero en conjunto constituyen una sola obra.

Principio violado:

Selección objetiva, transparencia e igualdad.

Explicación:

El fraccionamiento de contratos para eludir la licitación pública constituye una violación grave a los principios de la contratación estatal. Según la Sentencia 17767 de 2011 del Consejo de Estado, esta práctica desconoce la unidad del objeto contractual y busca evadir los procedimientos y requisitos legales, como la selección objetiva y la igualdad de oferentes. Además, afecta la transparencia porque impide la libre concurrencia y la publicidad de la contratación, y vulnera la igualdad al no dar oportunidad a todos los interesados de participar bajo las mismas condiciones. Por estas razones, los contratos celebrados de esta manera pueden ser declarados nulos de manera absoluta.