

LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA MODALIDAD CONTRACTUAL DE LICITACIÓN PÚBLICA: UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO COLOMBIANO Y CHILENO

Autores: Eliana Katherine Arboledas del Real, Juan Carlos Yáñez Meza, William Fernando Sanabria Peña

Resumen

Los procesos de contratación entre el Estado y los particulares han sido revestidos a lo largo de la historia de múltiples formalismos que se han traducido en reducida participación del sector privado en la contratación, así como en incentivos para las prácticas corruptas. La Licitación Pública, pese a ser la norma por excelencia para seleccionar los oferentes mediante una evaluación objetiva no es la comúnmente aplicada, y parte de esa problemática es debida al mal uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación a los procesos.

En este documento se analiza cómo ha sido la evolución histórica de los procesos de licitación pública en Colombia y Chile y la participación de los medios electrónicos como mecanismos que permiten una mayor transparencia, así como las limitaciones actuales que no han sido subsanadas pese a un cambio de normatividad constante.

Se resaltan además algunos aspectos relevantes que contiene la legislación colombiana asimilados al sistema electrónico chileno www.chilecompra.cl, que desde hace diez años inició con una plataforma de contratación por vía digital, con fuerte influencia del mercado globalizado y aperturista de la nación del cono sur, con características relativamente aplicables a la Colombia del siglo XXI.

Palabras Claves

Unicidad. Publicidad. Sistema electrónico. Plataforma virtual. Intermediación. Legalidad. Variación normativa.

INTRODUCCIÓN

Colombia y Chile han sido países muy organizados en el manejo de lo público, con una fuerte institucionalidad y de un desarrollo económico similar en Latinoamérica. En materia de Contratación Administrativa la licitación pública ha sido la norma preferente para la selección de un contratista para realizar un servicio o suministrar un bien, sin embargo en

ambos estados ha sido una constante la poca celeridad y limitada participación de contratistas.

La vinculación de las tecnologías para la información y la comunicación a los procesos contractuales, en especial los de licitación pública tienen por objeto facilitar la participación y el control ciudadano. Aunado a lo anterior es necesario considerar la apertura económica que estos países han dado al mundo y las relaciones comerciales entre los dos, lo que obliga al estudio desde el derecho de las modalidades de contratación administrativa con aplicación de los medios electrónicos. Siendo lo descrito el fin de la investigación, es necesario plantearse la siguiente cuestión ¿Cuáles son las diferencias existentes en la modalidad contractual de selección por licitación pública entre las Repúblicas de Colombia y Chile a través de medios electrónicos?

La pretensión principal de este documento es la comparación de los procesos de contratación administrativa en la modalidad de licitación pública entre Colombia y Chile con la aplicación de los medios electrónicos, partiendo de un análisis histórico sobre la evolución de la licitación pública y observando las características actuales de la licitación en las legislaciones colombiana y chilena, para enfocarse finalmente en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA MODALIDAD CONTRACTUAL DE LICITACIÓN PÚBLICA: UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO COLOMBIANO Y CHILENO

Evolución histórica de la Licitación Pública

Para tratar con profundidad este tema, es necesario, en principio verificar los antecedentes de la contratación administrativa, debido a que en gran parte de los contratos celebrados entre el Estado y los Particulares durante el siglo pasado y en la actualidad, la Licitación Pública ha sido y es la forma por excelencia para contratar.

Desde el año de 1873 con el Código Fiscal Colombiano se regularon aspectos fundamentales del contrato administrativo como la Caducidad (art. 510 del título 7 y artículo 7 del título 8) aunque referido a casos particulares, lo cual es entendible teniendo en cuenta lo difícil que resultaba para el ordenamiento jurídico de esa fecha distinguir entre contratos de derecho privado y los que suscribía el ejecutivo, situación que solo viene a definirse con cierta precisión mediante la Ley 53 de 1909 que establece unas prerrogativas para el Estado relacionadas directamente con el Derecho Administrativo. Sin embargo solamente hasta 1910 es que aparece en Colombia oficialmente el término de licitación pública, la cual era obligatoria para el arrendamiento de bienes nacionales, adquisición de bienes (cosas indeterminadas) y los llamados bienes ocultos. (Santos, 2013)

Un avance en materia procesal muy importante radica en la expedición del primer código Procesal Contencioso Administrativo mediante la Ley 130 de 1913 donde se establecen las autorizaciones para contratar y le otorga a los contratos administrativos un carácter de derecho privado alejándolo un poco de los alcances en derecho Público obtenidos.

En 1921 a través de la Ley se generaliza el proceso de Licitación Pública para todos los contratos cuya finalidad es la compra, suministro o ejecución de bienes y servicios. Diez años después, mediante la 106 se hace extensivo el proceso de licitación pública a los contratos de correos nacionales.

Para el año de 1954, con el Decreto 528, la contratación administrativa vuelve a ser competencia en materia judicial de los Tribunales Contenciosos Administrativos, aunque también esta jurisdicción queda obligada a solucionar cualquier clase de controversia contractual, incluyendo las privadas. (Ramírez 2013)

El Gobierno Central al recoger las inconformidades generales por la no existencia de unicidad de reglamentos para contratar administrativamente, expidió el Decreto-Ley 150 de 1976, que establece entre otras, la licitación pública como requisito para contratar. Sin embargo, un mecanismo riguroso hacía inoperante esta modalidad de selección y radicaba en que se requería la aprobación del Consejo de Estado, y territorialmente de los Tribunales Administrativos, así como un concepto y aprobación del Consejo de Ministros, lo cual no es concebible en un estado burocráticamente grande y descentralizado. (Ramírez, 2013)

Para el objeto de este análisis es importante destacar, que con la aplicación del Decreto-Ley 150 de 1976 se da un importante avance en publicidad de los contratos, en vista de la obligación expresa contenida en esta disposición de relacionar todos y cada uno de los procesos en el Diario Oficial.

En 1983 se institucionalizó con mayor fuerza la contratación administrativa a través del Decreto Ley 222 de febrero 2 de ese año, donde entre otras se definió la licitación pública conforme al siguiente concepto:

“Artículo 27 (Decreto Ley 222/1983): Licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades las que proponga mejores condiciones para contratar.” (Resaltado fuera del texto)

Importante aclarar aquí y relacionándolo con el objeto de esta investigación, que no podría existir una pluralidad de oferentes, o si la había sería muy limitada a ofertas regionales y locales^[1]. Las invitaciones estaban supeditadas a los proveedores del gobernante de turno, marginándose así por la falta de publicidad a muchos posibles oferentes. Ahora bien, es cierto que para esa época no existían las herramientas tecnológicas de hoy en día, pero la

publicidad podía realizarse a través de prensa escrita, por radio o televisada, situación fáctica que solo era permitida en ciertos casos.

Muy importante de este estatuto es la diferenciación entre una licitación pública o privada que establecía esta legislación, que se sustenta en el tipo de objeto a contratar o su monto, no sobrando afirmar, que la publicidad en los procesos privados eran mucho menores y según estadísticas muchas entidades nunca contrataron por la modalidad de Licitación Pública, generándose a nuestro entender focos de corrupción y formación de carteles de contratistas.

Resaltamos a continuación el numeral 3 del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983 donde se evidencia la única publicidad exigida a algunos procesos de contratación:

“3. Dentro de los veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán por lo menos dos avisos, con un intervalo no inferior a cinco (5) días calendario, en uno o más periódicos de amplia circulación nacional.

Cuando la licitación fuere internacional o su cuantía excediere, de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000,00), dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a su apertura, deberán publicarse cuando menos, cuatro (4) avisos con el mismo intervalo. El último aviso deberá ser publicado con antelación no inferior a cinco (5) días calendario a la apertura de la licitación.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación”

Relativa importancia se puede destacar en el hecho, que pese a la existencia del Registro de Proveedores, no era único a nivel nacional, lo que en la práctica se convertía en un requisito formal pero no sustancial o clasificatorio como se utiliza hoy en día.

En sentido práctico con esta legislación se incluyeron aspectos que pretendían fortalecer la transparencia en los procesos de contratación, que realmente fueron contrarrestadas por la facilidad que permitía el Decreto para obviar este mecanismo de selección y acudir a la práctica de la contratación directa.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se puede decir que se utilizaron todos los mecanismos, en teoría, para permitir una amplia participación y de forma general se establecieron los mecanismos que garantizaban la transparencia de los procesos contractuales. La publicidad es un elemento indispensable en esta normatividad y ejemplo de ello son disposiciones como la que exigía el reporte de todas las licitaciones o concursos a las Cámaras de Comercio local (artículo 22); la exigencia de la licitación pública como modo preferencial de contratación (artículo 24); se estipulas contravenciones contra los pliegos de condiciones o términos de referencia que no señalen factores objetivos de escogencia; La publicación de avisos de apertura (numeral 6, artículo 24); la responsabilidad de los

funcionarios que abran procesos licitatorios sin las debidas formalidades y soportes necesarios (artículo 26); la publicación de avisos de prensa (artículo 30).

De la misma forma, la Ley 80 de 1993 desde su sanción estuvo acompañada de la creación de un Registro Único de Proponentes, que siendo honestos, no vino a ser único sino hasta el 18 años después de entrada en vigencia. Sin embargo pese a la crítica, es justo reconocer que esta herramienta, permite en cierto grado escoger contratistas idóneos con musculo financiero, y experiencia específica. El artículo 22 de este estatuto lo define así:

“Artículo 22: De los Registros de Proponentes. Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007. Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.

El Gobierno Nacional adoptará un formulario único y determinará los documentos estrictamente indispensables que las Cámaras de Comercio podrán exigir para realizar la inscripción. Así mismo, adoptará el formato de certificación que deberán utilizar las Cámaras de Comercio.

Con base en los formularios y en los documentos presentados, las Cámaras de Comercio conformarán un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con el mismo se les solicite.

La certificación servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito.

En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizados, los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán. igualmente los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración.

No se requerirá de este registro, ni de calificación, ni clasificación en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta Ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta Ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.

El registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga.”¹

En materia legal, el hecho de que el Registro de Proponentes fuera público causó verdaderas controversias en la sociedad, lo que motivo a consultas y pronunciamientos del Consejo de Estado como el Radicado 558 de 1983 donde se responde claramente que en virtud de la Ley 80 de 1993 modifica el régimen contractual que venía funcionando, y estableció que el Registro de Proponentes debía ser público, pero que existían documentos que mantenían el carácter de reservado como la Declaración de Renta del oferente o sus estados financieros, así su resumen estuviera expuesto en el Certificado de Registro Único de Proponentes.

Anteriormente, elevamos una crítica a la unicidad del Registro de Proponentes y esta se da precisamente porque no existía un registro nacional de oferentes, sino que por cada seccional de las Cámaras de Comercio se expedían diferentes registros y no podían ser contrastados desde otra oficina seccional, lo que permitió la multiplicidad de registros de algunos proponentes para poder cumplir con la practica corrupta de algunas entidades contratistas que exigían o daban prelación a oferentes regionales. En la actualidad y gracias a las tecnologías de información y comunicación los registros sin son únicos en todo el territorio nacional.

En el año 2002 con la aparición del Decreto 2170 se fortalece el principio de transparencia, exigiendo que sea el público en general en consenso con las entidades públicas quienes formulen los pliegos de condiciones y términos de referencia para lo cual las Entidades deberán publicar en sus páginas web los proyectos de pliegos de condiciones. Muy importante indicar que con la expedición de este acto administrativo prácticamente se implementó la entrada en vigencia de la Tecnologías de la Información y Comunicación en la contratación pública a través de la llamada contratación por medios electrónicos (Capítulo IV). Se crearon además herramientas como el SICE que permitía en cierto modo regular los precios para evitar así sobrecostos en la contratación. Si bien, este Decreto no tocaba en nada las modalidades de contratación: Licitación Pública y Contratación Directa, si llevó los medios electrónicos de publicidad y participación a todos los escenarios, desmantelando así la facultad que tenían algunos funcionarios de evitar las licitaciones por la facilidad de adjudicar directamente.

Posteriormente en la primera década de siglo XXI se modificó sustancialmente la contratación administrativa en Colombia, ejemplo de ello es la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que para facilitar los mecanismos de transparencia promovió las audiencias

¹ Ley 80 de 1993. Por el Cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Régimen de la Contratación Estatal Leyer.

públicas^[2] y otros aspectos que son explicados en la caracterización del proceso de licitación Pública en Colombia. (Ayala, 2013)

Caracterización del proceso de licitación pública en Colombia

El proceso de licitación Pública es la norma preferente de acuerdo a nuestro estatuto de Contratación (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decretos Reglamentarios), corresponde a un procedimiento administrativo con muchas formalidades y que han variado desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 por lo menos drásticamente en cuatro oportunidades así: Decreto 066 de 2008, Decreto 2474 de 2008, Decreto 734 de 2012 y Decreto 1510 de 2013.

Sin embargo conceptualmente el Proceso de Licitación Pública mantiene sus características esenciales que podrían definirse de la siguiente forma: Procedimiento administrativo por el cual una entidad sometida al estatuto de contratación administrativa mediante convocatoria pública, permitiendo la igualdad de oportunidades y la pluralidad de oferentes convoca a los interesados a presentar ofertas. Por regla general todas las contrataciones deben realizarse en la modalidad de licitación pública, sin embargo de prevén algunas excepciones en función de la cuantía, tipo de bien a adquirir, o tipo de servicio a contratar estipuladas en la Ley 1150 de 2007.^[3]

El proceso de licitación pública contempla una fase inicial de planeación “*que corresponde a la identificación de la necesidad del contrato, los recursos presupuestales disponibles para su financiación, su ajuste al plan de necesidades y al plan de compras y la elaboración y alcance de los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos). De tal manera que luego de una buena planeación se celebrará el contrato si este se ajusta a las necesidades de la entidad para cumplir el servicio.*”²

En nuestra legislación el artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012 y el artículo 20 del Decreto 1510 han definido los contenidos mínimos que deben tener los estudios previos, que además deben publicarse en el SECOP para permitir a los posibles oferentes de la licitación enterarse de las condiciones técnicas, jurídicas y financieras que establecerán los elementos de juicio que le permitan inferir si podría o no participar. Forma parte de esta etapa precontractual la construcción en conjunto con el público en general de los riesgos previsibles para la contratación, los cuales serán aprobados en audiencia pública. Sobre este particular, es conveniente indicar que el Decreto 1510 de 2013 limita la participación en la evaluación de los riesgos, teniendo en cuenta que en su artículo 17 establece que es la evaluación del riesgo conforme las disposiciones de Colombia Compra eficiente.

² Ministerio de Relaciones Exteriores. Régimen Contractual en Colombia. 2012. Página 5

Aspecto característico de la licitación pública en Colombia es la construcción del pliego de condiciones entre la entidad estatal y el público en general en un período previo al inicio del proceso contractual.(Ayala, 2013) que para las licitaciones es de diez (10) días hábiles tal como lo estipula el artículo 23 del Decreto 1510 de 2013, término que se mantuvo constante al definido en el artículo 2.2.6 del Decreto 734 de 2012. Durante este período de tiempo cualquier persona puede formular observaciones al proyecto de pliego en los correos electrónicos que aparecen referenciados en el portal www.contratos.gov.co para esa contratación específica y la entidad está obligada a publicar las mismas y una respuesta oficial sobre la aceptación o no, de aquellas.

A través del Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP los posibles oferentes podrán enterarse de la apertura del proceso, acta de audiencia de aclaración del pliegos (si se requiere), acta de cierre y apertura de propuestas, el informe de evaluación de las ofertas (disponible por cinco días hábiles), las respuestas de la entidad a las observaciones al informe de evaluación, y el acta de la audiencia de adjudicación y el acto administrativo mediante el cual se adjudica el contrato o se declara desierto el proceso de selección.

El acto administrativo mediante el cual se adjudica o declara desierto el proceso, en vigencia del Decreto 1510 de 2013 puede no ser publicado en el SECOP siempre y cuando el borrador de ese acto administrativo haya sido publicado anteriormente.

Durante la evaluación, el comité encargado debe seguir los lineamientos objetivos prescritos en el pliego de Condiciones, que en todo caso, de conformidad con el Decreto 1510 de 2013 no corresponden exclusivamente al precio, sino que por el contrario son factores que buscan determinar cuál es realmente la oferta más favorable de la entidad, como se indica a continuación:

“En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio, Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones: 1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta; 2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio; 3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor

asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras; 4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido”³

Como reflexión es necesario recordar, que a través de los años se han formulados críticas de estudiosos del tema sobre el excesivo formalismo de la licitación pública en Colombia, como el prolongado plazo para desarrollar el proceso, lo cual es relativamente cierto y ha sido uno de los cuellos de botellas para muchas administraciones sobre todo al momento del cambio de vigencia.

Caracterización del proceso de licitación pública en Chile

El Sistema de Contratación Público Chileno dentro de la Ley 19.886 tiene como particularidad fundamental la ejecución integral de los diferentes procesos dirigidos a la adquisición de bienes y servicios en una entidad única administrativa, con estructura legal y financiera diferente a la de las otras entidades estatales y quien es responsable de los aspectos tecnológicos y de gestión.

La licitación Pública, como en el ordenamiento jurídico colombiano es la regla general de contratación, en casos excepcionales se permite la llamada licitación privada donde concursan tres oferentes y finalmente existe otra modalidad de contratación denominada trato directo.

La ley 19.886 chilena está constituida en dos partes fundamentales así: la inicial, que trata las reglas generales de los contratos administrativo, su diferenciación con los contratos que regula el estatuto común y comercial y la naturaleza estatal como parte; mientras la parte final hace referencia al sistema electrónico donde se publican los procesos y los oferentes interactúan a través de una plataforma virtual (www.chilecompra.cl)

³ Artículo 26. Decreto 1510 de 2013

El sistema de Información e Intermediación de compras y contrataciones del sector público permite entre otras: La publicación de todos los procesos de contratación con indicación del oferente adjudicatario, el plazo de ejecución y el valor final del mismo; licitar y contratar por vía electrónica; la creación de un registro electrónico de contratistas; verificación de saldos presupuestales de las entidades que licitan.

El sistema de contratación chileno previsto en la Ley 19.886 faculta a que entidades extranjeras participen en procesos de contratación, lo que es apenas normal en países globalizados o vía de apertura, sin embargo también faculta a que las entidades exijan, una vez cumplida la fase de adjudicación que se constituyan en sociedad chilena, lo que económicamente redundaría en un mayor Producto Nacional Bruto (PNB) así como el incremento esperado en Producto Interno Bruto (PIB), siendo esto una consideración económica importante que amerita su extracción de la ley en el presente documento:

“Artículo 4: ... Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley...”

La licitación pública en Chile es un proceso de contratación, que como se ha mencionado anteriormente es la regla general, sin embargo existen unos límites de cuantías en función de las Unidades Tributarias Mensuales (aproximadamente 80 dólares por UTM) que restringen su aplicación, conforme con la siguiente disposición de la Ley 19.886:

“Artículo 5º.- La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley.”

Pese a lo anterior, para contrataciones de cuantía diferente a las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, el Decreto 250 de 2004 (modificado el 27 de diciembre de 2011 mediante Decreto 1383) establece que es posible, a potestad de la entidad realizar licitaciones públicas con montos inferiores, así:

“Artículo 19 bis.- Tipos de licitación pública

Según el monto de la adquisición o la contratación del servicio, la licitación pública puede revestir las siguientes formas:

- Licitaciones públicas para contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM

- Licitaciones públicas para contrataciones superiores a 100 UTM e inferiores a las 1.000 UTM.

- Licitaciones públicas para contrataciones iguales o superiores a 1.000 UTM.

En todos los casos, las entidades regidas por el presente reglamento deberán sujetarse a las normas descritas en este capítulo, a menos que concurra alguna de las causales previstas en la ley N°19.886, y en el Reglamento, para efectuar una licitación privada o un trato o contratación directa.”

En el presente documento se analiza la licitación pública y es necesario partir del concepto que estimó el legislativo chileno en la Ley 19.886 en su artículo séptimo, literal (a) que relaciona este procedimiento administrativo como concursal, público, a través de medios electrónicos para acceso de los oferentes respetando los principios de publicidad y transparencia, y el principio de igualdad.

En la legislación chilena está consagrada la existencia de un registro electrónico oficial de contratistas. Este registro está subordinando a la Dirección de Compras y Contratación Pública y tiene la particularidad de que efectúa una evaluación económica, financiera y legal de los contratistas que se puede realizar directamente o mediante delegación, y el resultado de esta evaluación es factor preponderante para la inclusión o no de los contratistas en el Registro. La normativa rectora de este Registro se encuentra definida en el artículo 16 de la Ley 19.886.

De forma análoga con otros sistemas de contratación de Latinoamérica y el Mundo, la determinación de las bases de contratación o términos de referencia o pliegos de condiciones serán publicadas previamente y buscaran condiciones de igualdad para que pueda participar la mayor cantidad de oferentes, lo que le permite a la entidad escoger la oferta más favorable, no solo en precio, conforme a requisitos pre-establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública en Formularios Bases, que deben ser complementados por la Entidad Contratante, tal como se define en los siguientes artículos del ya citado Decreto 250 de 2004

“Artículo 20.- Determinación de las condiciones de la Licitación:

Las Bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

La Entidad Licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir

del bien y/o servicio. En la determinación de las condiciones de las Bases, la Entidad Licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.

Estas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, como asimismo, deberán proporcionar la máxima información a los proveedores, contemplar tiempos oportunos para todas las etapas de la licitación y evitarán hacer exigencias meramente formales, como, por ejemplo, requerir al momento de la presentación de ofertas documentos administrativos, o antecedentes que pudiesen encontrarse en el Registro de Proveedores, en el caso de los oferentes inscritos.”

La disposición que faculta a la Dirección de Compras y Contratación Pública para elaborar las minutas de las bases tendrá siempre interpretaciones diferentes que se desplazan entre el extremo de crear pliegos de condiciones que solo podrán cumplir los grandes contratistas, o aquellas que afirman, que lo que se plantea es un manto de legalidad, en vista de la facultad a las administraciones de complementar dichas bases, lo que facultaría a modificaciones favorables a contratistas cercanos a algunas administraciones por corrupción. Sin embargo, si se observa el espíritu de la ley, o el deber ser, es favorable que exista unicidad de procedimientos, tal como lo plantea el artículo 21 del Decreto 250:

Artículo 21.- Formulario de Bases:

La Dirección, siguiendo las pautas establecidas en la Ley de Compras y el Reglamento, elaborará uno o más Formularios de Bases, que estarán disponibles en el Sistema de Información.

Cada Entidad deberá completar el o los Formularios que al efecto establezca la Dirección. La Entidad podrá modificar y ajustar el Formulario a las necesidades particulares de cada Proceso de Compra, siempre que se cumpla con la Ley de Compras y el Reglamento.

Teniendo en cuenta que en la legislación chilena no existe una construcción conjunta de las bases de condiciones de los procesos contractuales, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, si existen unos plazos amplios que permiten al oferente buscar los mecanismos técnicos, jurídicos y financieros que le permita participar en los procesos contractuales. Para esto, el Decreto 250 de 2004 en modificación mediante Decreto 1562 de 2006 estableció la escala de plazos entre el llamado a licitar y el cierre de proceso, que como se podrá leer más adelante son susceptibles a variaciones (disminuciones) conforme ciertas características:

“Artículo 25°. Plazos mínimos entre llamado y DTO recepción de ofertas.

Los plazos entre el llamado y cierre de recepción de ofertas se fijarán por cada entidad atendiendo al monto y complejidad de la adquisición, considerando particularmente el tiempo requerido para que lo proveedores preparen sus ofertas.

Con todo, cuando el monto de la contratación sea igual o superior a 1.000 UTM, el llamado deberá publicarse en el Sistema de Información de la Dirección con una antelación de a lo menos 20 días corridos anteriores a la fecha de recepción de las ofertas.

No obstante, el plazo señalado precedentemente podrá rebajarse hasta 10 días corridos en el evento de que se trate de la contratación de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, y que razonablemente conlleve un esfuerzo menor en la preparación de ofertas.

A su vez, cuando el monto de la contratación sea inferior a 1.000 UTM, el llamado deberá publicarse en el Sistema de Información de la Dirección con una antelación de a lo menos 10 días corridos anteriores a la fecha de recepción de las ofertas

No obstante, el plazo señalado precedentemente podrá rebajarse hasta 5 días corridos en el evento de que se trate de la contratación de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, y que razonablemente conlleve un esfuerzo menor en la preparación de ofertas.

En el caso de las licitaciones para contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM, el plazo mínimo que debe mediar entre la publicación de las bases y la recepción de las ofertas será de 5 días corridos.

Lo anterior es sin perjuicio de las normas que sobre el particular se establecen en los acuerdos comerciales suscritos por Chile y se encuentren vigentes.

Con todo, el plazo de cierre para la recepción de ofertas no podrá vencer en días inhábiles ni en un día lunes o en un día siguiente a un día inhábil, antes de las quince horas.”

Muy importante resaltar, que se conservan los elementos de juridicidad económica y comercial, al prever que cuando se han firmado acuerdos comerciales de libre comercio con otros países y existan plazos menores se debe respetar lo acordado, dándole un carácter supranacional a los tratados internacionales en materia económica. Caso muy diferente a lo que ocurre en Colombia, donde el excesivo rigorismo de la legislación convierte a los procesos eternos y limitados por las leyes presupuestales que tampoco están acorde con un estado aperturista.

El sistema de contratación chileno, creado mediante la Ley 19.886 busca que tanto la radicación de ofertas, su evaluación, su adjudicación, la firma del contrato sean completamente públicas y digitales. Inclusive las garantías de seriedad pueden ser remitidas por vía digital, utilizando firma electrónica. De la misma forma la verificación de requisitos de idoneidad se realizará conforme al Registro electrónico oficial de contratistas. Ahora bien, las ofertas preferencialmente deben presentarse de manera electrónica, sin embargo, la entidad puede estimar conveniente que se entreguen copias físicas, las cuales serán aperturadas en las dependencias de las entidades licitantes, pero solo en los casos permitidos taxativamente por la ley, como en el caso que existan antecedentes que los posibles proveedores no cuentan con las herramientas tecnológicas para participar de manera virtual; cuando colapse técnicamente el Sistema de Información; por caso fortuito o fuerza mayor; contrataciones con condiciones de reserva por seguridad nacional; contrataciones con personas naturales o jurídicas extranjeras que por razones de idioma, culturales o económicas participan por fuera del sistema.

En la evaluación de las ofertas la Entidad contratantes establecerá *criterios técnicos o económicos, como el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, consorcios entre oferentes, comportamiento contractual anterior, el cumplimiento de los requisitos formales de oferta*⁴, así como otras consideraciones según el documento denominado bases de condiciones.

Una consideración adicional, pero muy importante que caracteriza la licitación pública en Chile es la asociada con la definición de modalidades de licitación pública previstas: Licitación en una o dos etapas. Si bien en otras legislaciones permiten esta variabilidad pocas lo han expresando taxativamente en la ley. La diferencia fundamental radica en la apertura de la oferta económica o precio propuesto por el participante. Mientras en la primera tanto la oferta económica como la técnica debe ser aperturada el mismo día, generalmente el de cierre, en la segunda existe una fase de calificación o admisibilidad, y solamente cuando se hayan definido las propuestas que cumplen esa admisibilidad se procederá a la verificación económica. Lo anterior, sin perjuicios de fases de precalificación que se darían antes de entregar las ofertas definitivas. Con el propósito de ambientar el tema expuesto se registra a continuación el artículo del Decreto 250 de 2004 que trata esos aspectos:

“Artículo 34.- Licitación en una etapa o en dos etapas:

Las Bases podrán establecer que la licitación será en una o dos etapas.

⁴ Decreto 250 de 2004, Reglamento de la Ley 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Fragmento del artículo 38

La licitación en una etapa consiste en que en el acto de la apertura se procede a abrir tanto la oferta técnica como la oferta económica.

La licitación en dos etapas consiste en que existen dos aperturas diferidas de ofertas; una de las ofertas técnicas y otra respecto de las ofertas económicas. En este caso, la apertura de las ofertas económicas sólo se efectuará en relación a los Oferentes que hubiesen calificado su oferta técnica.

Además, la Entidad Licitante podrá exigir una etapa de precalificación técnica si lo desea.”

Pese a la gran infraestructura tecnológica de la legislación chilena, es preciso anotar que dentro de las normas de contratación referenciadas en la Biblioteca del Congreso de Chile, no se contempla aspectos relacionados con las ofertas dinámicas, lo que permitiría una puja entre oferentes buscando condiciones más favorables para las entidades contratistas.

Utilización de las TIC's en los procesos de licitación pública en Colombia y en Chile

En el caso de Chile es posible decir que a través de la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas se ha creado una red de contratación electrónica, que si bien no ha sido implementada del todo y permite algunas variaciones en físico, nos lleva a los colombianos por lo menos ocho (8) años de ventaja. En Colombia desde el año 2002, se iniciaron los procesos de publicación electrónica, de construcción de pliegos, remisión de observaciones y hasta presentación de ofertas dinámicas, sin embargo el excesivo formalismo ha hecho se lleven dos procesos de forma simultánea, en físico y en medio digital.

A continuación se describe la forma como se utilizan las TIC's en un proceso de licitación pública en Colombia, de conformidad con la Ley 1150 de 2007 y el hasta hace poco vigente Decreto 734 de 2012, con la salvedad de que la investigación se realizó en vigencia de este y además considerando que en muchos aspectos el Decreto 1510 de 2013 (nueva legislación) se encuentra en período de transición. Sin embargo, una consideración especial y relevante sobre este último decreto está incluida al final de esta investigación.

La legislación Colombiana ha propiciado en materia contractual la publicidad siempre como un factor fundamental de los procesos de selección de oferentes, en ese sentido, la primera actuación en un proceso de licitación pública con intervención de las tecnologías de la información y comunicación es la publicación del aviso de convocatoria en el portal de contratación del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) www.contratos.gov.co (hoy en día Colombia Compra Eficiente).

La finalidad del aviso de convocatoria por vía electrónica es informar al público en general el objeto que se presente contratar, ya sea la adquisición de un bien mueble o la contratación de un servicio, así mismo en aras del principio de reciprocidad debe indicarse si la contratación está cobijada por algún acuerdo comercial internacional. Los oferentes podrán

a través del portal web enterarse de el presupuesto oficial estimado así como el lugar físico o electrónico donde se publicaran las condiciones para participar, así como las facilidades para las micro, pequeñas y medianas empresas. Para quienes realizamos esta investigación consideramos que este requisito solo implica un formalismo adicional, en vista de que es evidente que al publicar el acto administrativo de apertura y el proyecto de pliegos de condiciones, documentos que serán tratados posteriormente se hace evidente que se inicia un proceso de contratación.

El Acto administrativo de apertura requiere de publicidad en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP y con anotaciones de exclusividad como lo indica el Decreto 734 *“para lo cual no será necesaria ninguna otra publicación”*. Obviamente este elemento que podría ser sujeto de actuaciones procesales inherentes a los Actos Administrativos, y de ahí la trascendencia de su publicidad, pese a la poca evolución tecnológica de la Rama Judicial hacen inviable la presentación de más documentos de forma virtual.

El proceso de interacción entre el ciudadano y la administración a través de las tecnologías y comunicaciones se inicia en esencia cuando se publica el proyecto de pliego de condiciones, donde se pueden por vía electrónica y física remitir las observaciones que consideren pertinentes para construir de forma conjunta los parámetros de selección conforme a la ley, evitando posibles errores de la administración o aclarando disposiciones confusas. En este punto es necesario elevar nuevamente una crítica al excesivo formalismo Colombiano que exige publicidad no sólo en el SECOP sino que además también se haga en las páginas web de las entidades contratantes, de donde se podría inferir que es por las dificultades de accesibilidad y búsqueda del portal www.contratos.gov.co

Continuando con lo referido anteriormente, se hace obligatorio por parte de la entidad publicar las observaciones al proyecto de pliego de condiciones y las apreciaciones de la entidad para aceptarlas o negarlas. Todo lo anterior va acompañado de la publicación de los estudios previos o la indicación del lugar donde pueden ser consultados y sobre los cuales el ciudadano a través del portal www.contratos.gov.co puede emitir observaciones.

Así como el pliego de condiciones se construye con el público en general que presenta propuesta sus comentarios al pliego a través de los correos electrónicos definidos dentro de la convocatoria, de la misma forma se procede con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos de riesgos previsible, los cuales se someten al concurso del ciudadano en el portal.

El pliego de condiciones definitivos, el estudio de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible definitivo, el acta de audiencia de aclaración de pliegos, el acta de cierre del proceso, las evaluaciones que efectúa el comité evaluador, las observaciones a la evaluación, las respuestas a esas observaciones y el acta de audiencia de publicación son otros de los elementos que son publicados por cada proceso de licitación pública en el

SECOP, y a través del cual el público en general puede enterarse de cómo avanzan los procesos contractuales. Como crítica a este proceso, es necesario indicar que no existe en la plataforma actual del SECOP la posibilidad de oponer las observaciones de forma pública, sino que debe recurrirse a correos electrónicos y si bien la ley ordena que deban publicarse todas las observaciones algunas entidades estatales evaden ese procedimiento.

Dentro del análisis somero que se plantea en este documento sobre la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en los procesos de licitación pública es muy importante destacar la presentación de oferta dinámica mediante subasta inversa de que trata el artículo 3.1.2 del Decreto 734 de 2012, con fundamento en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, posiblemente el mayor escenario de participación de las herramientas electrónicas en la contratación sea el referido a esta disposición, pero que lamentablemente no ha encontrado una gran acogida en las entidades públicas.

En un estudio sobre la contratación electrónica efectuado por el profesor Roberto Laguado Giraldo (Laguado, 2004) se menciona uno de los principales inconvenientes para que se realice la presentación de la oferta dinámica en las licitaciones públicas “*Varias entidades estatales han encontrado difícil y complejo entender a qué se refiere el decreto cuando estableció un sistema de conformación dinámica de la oferta.*” Sin embargo, en contravía a lo expuesto por el investigador este documento ha evaluado las deficiencias tecnológicas en el portal de contratación SECOP que han impedido de una manera clara que las entidades de contratación permitan a los oferentes presentar sus propuestas y modificarlas de forma virtual a través de una plataforma en línea con accesibilidad a los entes de control y el público en General. Si bien legislativamente se han dado grandes avances en Colombia buscando la facilidad y la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en los procesos de contratación, no ha habido una respuesta eficiente por parte del DNP o del Ministerio de Hacienda en los portales de contratación, ni en las entidades estatales a través de sus páginas web.

Efectuando una mirada a Chile se aprecia que desde el año 2004 por lo menos de forma legislativa se implementó realmente un sistema de compras electrónicas en la Contratación Pública que si permite una real interacción entre las entidades gubernamentales contratantes y el público general.

La Ley de Compras Públicas No. 19.886 estableció junto con la creación de otras entidades la puesta en marcha del Sistema Electrónico de Compras Públicas a través del portal www.chilecompra.cl que es ante todo un Sistema de Información, de acceso público y gratuito subordinado a la Dirección de Compras y Contratación Pública y que cumple con permitir que los organismos públicos coticen, liciten, contraten, adjudiquen y desarrollen todos los procesos de adquisición, contratación de bienes, servicios, obra pública, consultoría únicamente en este sistema. Lo que constituye la primera diferencia con Colombia, donde se

exigía el uso del portal nacional www.contratos.gov.co y la página web de la entidad contratante.

El sistema electrónico de contratación en Chile tiene la ventaja de la inclusión de herramientas de las TIC's como son la firma digital y la factura electrónica, convirtiéndose el ciclo de compra totalmente digital, lo que pondría a tono a Chile con países del primer mundo. Referido exclusivamente a la licitación pública el Sistema de Información Chileno estandarizó unos formularios bases para contratar que están disponibles en línea y sobre los cuales las entidades contratantes realizan las complementaciones requeridas para contratar un bien o servicio. Adicionalmente en el Sistema de Información www.chilecompra.cl se realizan los llamados o avisos de licitación pública para conocimiento de los diferentes proveedores. Esta plataforma permite además que se contacten los posibles oferentes con la Dirección de Compras y Contratación Pública de forma directa, sin tener que acudir a correos electrónicos y sus limitaciones de publicidad.

Los sistemas de precalificación, calificación, registro de proveedores, evaluación de ofertas son completamente realizados en el Sistema Electrónico de Compras Públicas y están al acceso de la entidad de control preferente (Tribunal de Contratación Pública) de los oferentes y del público en general.

Una ventaja comparativa a nivel de tecnología del sistema chileno versus el colombiano es su facilidad de acceso y su interrelación comercial con el sector privado. El portal www.chilecompra.cl cuenta con cuatro plataformas en web: 1) mercadopublico.cl la Plataforma de Licitaciones de Chile Compra, donde los organismos públicos realizan sus compras y los proveedores pueden vender sus productos y servicios al Estado; 2) ChileProveedores.cl: el registro de proveedores del Estado, donde las empresas pueden mantener su información acreditada y digitalizada; 3) Analiza.cl: La Plataforma de Inteligencia de Negocios de Chile Compra, donde la ciudadanía y empresas pueden analizar dónde hay nichos de mercado y oportunidades de negocio con el Estado; 4) ComprasSustentables.cl: Sitio que informa acerca de la política de compras públicas sustentables del Estado de Chile, cómo un proveedor puede ser sustentable y cómo se incorporan criterios sustentables en las adquisiciones del Estado.

Elementos como la subasta electrónica están presentes en el sistema de información chileno, con bastantes resultados favorables para las entidades estatales, sin embargo la crítica al sistema de contratación pública de Chile ha venido desde los mismos entes de control que acusan de demasiado tecnicismo que evita que la micro, pequeña y mediana empresa pueda participar en las licitaciones de pequeño valor, además de la exclusión ya referenciada de construir las bases entre el público en general y la entidad estatal, aspecto que si contempla el SECOP de nuestro país.

Al comparar los sistemas colombiano y chileno de contratación pública se encuentran ventajas y desventajas en uno y otro, tal como se ha mencionado, sin embargo es preciso decir que el Gobierno de Colombia ha implementado un nuevo esquema de contratación pública, muy similar al chileno, creando un sistema de información más ágil y accesible al usuario denominado Colombia compra eficiente en el mismo hosting del portal www.contratos.gov.co del Ministerio de Hacienda. Si bien, esta investigación se realizó en gran parte antes de conocerse públicamente la nueva reglamentación (Decreto 1510 de 2013) es necesario plantear algunas reflexiones sobre el mismo documento que primero evidencian que el mismo no se puede implementar inmediatamente, por duro que parezca y lo cual se detalla a continuación:

En primera medida el Decreto 1510 de 2013 deja muchas para su aplicación conforme a un reglamento inexistente y sobre el cual está trabajando el Gobierno Nacional. Se destaca sin embargo disposiciones como la del artículo 38 que exige una aplicabilidad de las TIC's para la conformación dinámica de las ofertas:

“La herramienta electrónica usada para la subasta debe permitir que el oferente conozca su situación respecto de los demás competidores y únicamente en relación con el cálculo del menor costo evaluado. Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado.” (DNP, 2013)

También es rescatable de esta nueva disposición es que considera las ventajas del mundo globalizado, respetando los convenios internacionales propios por la suscripción de acuerdos de libre comercio con ventajas competitivas para Colombia pero que incentivan la inversión conforme a la capacidad financiera y operativa.

Finalmente, el análisis efectuado ha mostrado las deficiencias contractuales tanto en Colombia como Chile en materia electrónica y el poco aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y Comunicación, pero también de forma esperanzadora ha visto como progresivamente los entes gubernamentales han implementado las herramientas que permitan en un futuro, ojalá muy cercano, la agilidad y transparencia en los procesos de licitación pública, tal como se expresa en un documento del Banco Interamericano de Desarrollo (Scheske, 2000): *“El sector público es el mayor comprador de bienes, obras públicas y servicios, el Estado destina a sus procesos de adquisiciones gran parte de los recursos económicos confiados por sus gobernados para el desarrollo del país. Una de las prioridades en la gestión pública es la búsqueda de mecanismos que aseguren la transparencia de estos procesos, que mejoren la capacidad de respuesta del propio Estado para cubrir sus necesidades y satisfacer el bienestar colectivo, en pro del orden público y del interés social.”*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYALA PEÑARANDA, G. E. (2013). Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 79-106.

BEJARANO RONCANCIO, J.J. (s.f.). Antecedentes y principios de la **contratación pública**. En: *Fundamentos de la contratación pública para proyectos sociales de alimentación y nutrición*. Cap. 2, p. 34. Recuperado el 20 de septiembre de 2013 de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley 19.886 Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Santiago 2003. Pág. 4-19

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2013) Decreto número 1510 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública

LAGUADO GIRALDO, Roberto. (2004) LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. Universidad Javeriana.

MATALLANA, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005. Pag 247 – 270

NIÑO MELÉNDEZ, D. A. (2012). Aplicabilidad y logros de la política antitrámites en las entidades del Estado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 3(4), 41-55.

PEÑARANDA, Lyda Rocío, & GUALDRÓN, Jorge Albeiro. Análisis de las modificaciones de la Ley 80 en la Contratación Estatal. Universidad Pontificia Bolivariana. Bucaramanga 2009. Pag 11-13

RAMÍREZ CARVAJAL, D. M. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.

REPÚBLICA DE COLOMBIA – Gobierno Nacional. Ley 80 de 1993. Por el Cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Régimen de la Contratación Estatal Leyer.

SANTOS IBARRA, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.

SCHLESKE, Antonio G. (2000) El uso de medios electrónicos como herramienta de la gestión pública para aumentar la transparencia en las contrataciones. BID. 2000