

IMPLICACIÓN DEL MENOR PRECIO COMO CRITERIO DE SELECCIÓN EN LA
SUBASTA INVERSA EN LA SED DURANTE LOS AÑOS 2016 Y 2017

PAOLA VIVIANA MURILLO V

FRANCY PAOLA CASTRO B.



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

POSGRADOS

ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL

BOGOTA, D.C.

SEPTIEMBRE

2019

**IMPLICACIÓN DEL MENOR PRECIO COMO CRITERIO DE SELECCIÓN EN
LA SUBASTA INVERSA EN LA SED DURANTE LOS AÑOS 2016 Y 2017**

PAOLA VIVIANA MURILLO V.

FRANCY PAOLA CASTRO B

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en
Contratación Estatal**



Universidad La Gran Colombia

Facultad Derecho

Especialización en Contratación Estatal

Bogotá D.C.

2019

Agradecimientos

Para quienes a lo largo del camino han trascendido y manteniéndose en pie me han sostenido en las largas noches de academia, a mis compañeros por compartir sus conocimientos en cada auditorio, a los doctores por ser nuestros guías en el camino que lleva al conocimiento inédito y compartir su experticia, que sin ella esta hermosa profesión no sería nada. A mi familia que son mi soporte día tras día.

Tabla de contenido

Resumen.....	10
Abstract	11
Palabras Claves	11
Keywords:.....	12
Introducción	12
1 Antecedentes.....	16
2. Reglamentación y normativa legal vigente de la selección de la oferta más conveniente que se utilizó en la SED para los procesos de subasta inversa entre los años 2016 y 2017.	22
2.1. De los BCTUCUS.....	27
3. De la modalidad de Selección Abreviada.....	28
4. ¿Se evidenció algún caso de contratación en donde la oferta escogida no pudiera satisfacer las necesidades de la Entidad?	30
4.1 Reglamentación y normativa aplicada por la Secretaría de Educación de Bogotá [SED] en el desarrollo de procesos de contratación en la modalidad subasta inversa en los años 2016 y 2017.....	31
4.2 Naturaleza Jurídica de la SED.	31
4.3 Manual Interno de Contratación de la SED.....	32
4.4 La Subasta Inversa como causal de la Selección Abreviada en la SED	34
4. Afectación en la prestación del servicio en calidad y oportunidad con la celebración de procesos de subasta inversa.....	37

IMPLICACION DEL MENOR PRECIO COMO CRITERIO DE

a. Conclusiones y Recomendaciones	5
Lista de Referencia.....	38
	40

Lista de Tablas

Tabla 1 (Relación Procesos adjudicados en modalidad de Selección Abreviada – Subasta inversa por la SED 2016 – 2017.) 36

Glosario (opcional)

AMP- Aplicación del Menor Precio

Art -Artículo

BCTUCUS - Bienes y Servicios de Características Uniformes y de Común Utilización

CC - Corte Constitucional

CCE -Colombia Compra Eficiente

Const.P.- Constitución Política

Dec.- Decreto

L - Ley

Lit Literal

MC- Manual de Contratación

Num- Número

PAE -Programa de Alimentación Escolar

SED -Secretaria de Educación del Distrito

SECOP- Sistema Electrónico de Contratación Pública

SOAT - Seguro Obligatorio de Accidentes de Transito

TVEC - Tienda Virtual del Estado Colombiano

Resumen

Este documento es una compilación desglosada de marcos legales, datos recolectados, teorías doctrinarias y jurisprudenciales que soportarán el trabajo final. El desarrollo se da de una manera sencilla y breve sobre cómo el criterio de selección objetiva mediante la subasta inversa, contenido en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 1150 de 2007 afecta la selección de la oferta más favorable a la Entidad estatal, en nuestro caso la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, de ahora en adelante reseñada como SED; lo que podría llevar consecuentemente a inducir la aceptación de los precios artificialmente bajos en la contratación estatal y en qué medida el Estado puede mediante las normatividad ya establecida evitar la continua aceptación de este creciente fenómeno en el mercado público-privado.

Abstract

This document is a disaggregated compilation of legal frameworks, collected data, doctrinal theories, and jurisprudential sandals that will support the final work. Development is given in a simple and brief way on how the objective selection criterion through reverse auction, Article 5 number 3 of Law 1150 of 2007 affects the selection of the most favourable supply to the State Entity, in our case the Ministry of Education of the District of Bogota, hereinafter outlined as SED; which could lead to inducing the acceptance of artificially low prices in government procurement and to what extent the State can, through the regulations already established, avoid the continued acceptance of this growing phenomenon in the public-private market.

Palabras Claves

Régimen de la Contratación Estatal. Procesos de Selección Objetiva. SED. Subasta Inversa. Precios Artificialmente Bajos. Acuerdo Marco de Servicios. SECOP I y II. Criterios de Selección.

Keywords: *State Procurement Regime. Objective Selection Processes. Thirst. Reverse Auction. Artificially Low Prices. Framework Agreement for Toilet Services and Cafeteria. SECOP I and II. Selection Criteria.*

Introducción

El Estado, en desarrollo del manejo de los recursos públicos realiza diversos actos para la materialización de los fines de la Administración Pública. Como afecta a la SED un criterio del menor precio para el debido cumplimiento de los principios constitucionales.

En la SED en los contratos de aseo y cafetería, presentan una constante diferencia durante los años 2016 y 2017, al realizar procesos de subasta inversa, realizando métodos justificados en su manual de contratación con una celeridad inadecuada.

Las consecuencias al someter a un único criterio de selección, un asunto que busca resolver una carencia de la entidad, es contrario a los principios reglados en la constitución, pues al limitar el proceso de compra de un bien o servicio determinado, deja de lado el fin de la contratación pública, satisfacer una necesidad de la entidad para su efectivo cumplimiento.

Es así como debemos analizar como la aplicación de un solo criterio crea un desgaste financiero innecesario para el manejo del rublo financiero del estado.

Determinando si en los procesos de la entidad, el criterio de subasta inversa en 2016 y 2017 realmente son los apropiados para el debido cumplimiento de la administración pública, para ello realizamos una ardua búsqueda.

Con el fin de identificar, si realmente se da aplicación a los principios constitucionales, en cumplimiento del deber de la selección objetiva en las entidades estatales, donde debe contratarse bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Surge la necesidad de llevar a cabo esta investigación que nos muestra una realidad jurídica y mala práctica del criterio de selección objetiva contenido en el n°3 del art 5 de la Ley 1150 de 2007.

La aplicación de este criterio de acuerdo con lo anterior, en efecto es la escogencia de dicha oferta. Que podría representar eventualmente un precio artificialmente bajo, puesto que el mismo no es capaz de cumplir a cabalidad con lo contractualmente estipulado, sin embargo, la dificultad que supone la identificación de este tipo de precios incide en que en la práctica se vea que durante la ejecución del contrato se presenten fallas en la calidad del bien o servicio prestado.

Para el correcto manejo del equilibrio contractual dichos procedimientos se encuentran establecidos en el Estatuto de Contratación Pública, en el cual se puede apreciar la existencia de las modalidades de contratación con el estado, así es como el art 2° de la Ley de 2007 las establece y encontramos a la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la contratación de mínima cuantía.

De conformidad con el principio de planeación, las entidades estatales deben identificar sus necesidades y preparar las modalidades con las cuales realizarán las obras, bienes o servicios.

De las cinco modalidades de contratación, para el caso que nos ocupa enfocaremos nuestra atención en la subasta inversa que se desprende de la selección abreviada, por encontrar llamativo el principio de selección objetiva que se le aplica a la oferta con menor precio.

La experiencia que haya adquirido la SED en la adquisición de productos, bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización nos podrá guiar para establecer finalmente si dicha modalidad realmente ofrece una oportunidad para que la Entidad escoja la oferta mas favorable, o si por el contrario se oculta alguna clase de situación con precios artificialmente bajos.

En resumen, este documento es una compilación de los datos, teorías doctrinarias y jurisprudenciales donde se desarrollará de una manera sencilla y breve la implicación de cómo el criterio de selección contenido en el artículo 5 “*De la selección Objetiva*”, numeral 3 de la Ley 1150 de 2007, el cual se tiene como único factor de selección el menor precio ofrecido.

Esta investigación nos permitirá revisar la efectividad y adecuada escogencia de los procesos de la SED, que en últimas y principalmente busca satisfacer una necesidad a la sociedad y específicamente en la educación en Colombiana, identificaremos uno de los puntos que afectan la debida prestación del servicio constitucional.

1 Antecedentes

Antes de introducirnos al tema en concreto, primero es de suma importancia definir algunos conceptos principales que se verán desarrollados en el transcurso del presente documento.

En primer lugar, definiremos qué es un contrato estatal con base en lo estipulado en la Ley 80 de 1993 y las razones por las cuales las entidades estatales ven como necesaria la utilización de esta figura.

La contratación estatal es entendida según López Pedreros citando a Weiss, L., & Thurbon, como la forma en que muchos gobiernos se han convertido en los mayores compradores de una amplia variedad de bienes y servicios y las compras gubernamentales han llegado a ser instrumento principal de la ejecución del gasto y por ende de la materialización de políticas públicas. De suerte que las compras que hace el Estado están estrechamente vinculadas con el devenir de su propia administración y con el logro de sus propósitos (Pedreros, 2017).

Este acto bilateral de la administración más allá de corresponder a la mera necesidad de la administración de proveer bienes y servicios a la colectividad, tiene unos fines determinados en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (L. 80, art. 23,1993)

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Así pues, del tenor anterior podemos inferir que no solamente el Estado tendrá obligaciones dentro de dicha relación contractual, como lo son cumplir mediante la celebración y ejecución de diversos actos jurídicos proveer a la sociedad colombiana de los bienes y servicios necesarios para el libre desenvolvimiento de sus derechos fundamentales. En esa medida la contratación no es el simple acuerdo entre el Estado y un particular que eventualmente podrá desarrollar funciones públicas, haciéndolo aún más responsable de sus negligencias, sino que el Estado como soberano sobre su territorio y dirección de la economía del mismo deberá velar porque la gestión presupuestal se desempeñe acorde a la obtención de los fines propios del Estado.

El desarrollo de las actividades propias de la administración dentro de las que se enmarca la contratación pública, debe verse regido por los principios inherentes legales y constitucionales de la función pública para que realmente se puedan llegar a cumplir los fines del Estado, como la contratación pública es el medio por el cual la función pública desarrolla sus obligaciones, los principios del último regirán al primero, estos se encuentran descritos en la Ley 80 de 1993:

Que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función

administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (L. 80, art 23, 1993).

Luego de enunciados los principios por los que se regirá la contratación estatal, es menester explicar brevemente de qué trata cada uno de ellos y la razón por la cual son el marco de desarrollo de dicha actividad de la administración. En primer lugar, definiremos según el artículo 24 de la misma ley qué es el principio de transparencia dentro de la contratación estatal.

El concepto del principio de transparencia cualquiera sea su aplicación, trata de evitar algún tipo de incertidumbre, duda o ignorancia de los actos realizados por el Estado para con la sociedad y aquellos que tengan un interés directo sobre la misma, puedan en el momento que les parezca necesario saber el paso a paso del proceso de selección, los gastos previstos para ellos y las razones por las cuales se contrató con este y no con otro.

El principio de economía dentro del proceso de la contratación estatal se basa en el equilibrio presupuestal que debe existir entre el valor que está dispuesto a pagar el Estado por la oferta de un tercero para proveerle bienes o servicios, respecto a la calidad e importancia de la prestación del mismo; el presupuesto del Estado es limitado y en razón de ello la administración debe velar porque su utilización sea la oportuna en los momentos adecuados y siempre manteniendo un límite de gastos. Para que el presupuesto sea destinado al cumplimiento de determinado fin, es necesario realizar un proceso consiente y cauteloso para definir los mínimos

y máximos a gastar sobre todo tendiéndose en cuenta que los recursos económicos del Estado en Colombia son cada vez menos.

La economía se basa en llegar a un punto de equilibrio entre la oferta y la demanda, por ello en temas de contratación estatal se surte el proceso de selección, dicho proceso es el medio por el cual el Estado en la posición de consumidor (demanda) indica hasta cuanto está dispuesto a pagar por determinado bien o servicio, luego de hacer pública la necesidad a suplir el particular, contratista (oferta) indicará cuanto es lo mínimo que está dispuesto a recibir por el bien o servicios, en ese preciso momento en el que se llega a una concertación entre oferta y demanda es cuando se hay llegado al punto medio de la puja entre las partes del mercado y deciden celebrar un contrato.

Y en tercer y último lugar, dentro de los principios, encontramos al principio de responsabilidad, principio descrito, el cual reza:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado. (L.80, art 26, 1993)

En cuanto a este principio la *Guía de contratación pública para micro y pequeñas empresas -MIPYME-*, alude a que este principio fuera de predicarse sobre el desarrollo de las funciones propias de los funcionarios públicos y de estipularse previamente que en caso de omisión de la administración serán los propios funcionarios quienes responderán patrimonialmente por dichos errores cometidos en el proceso de selección del contratista, sino que además este régimen de responsabilidad patrimonial puede llegar a ser solidaria en la medida en que:

También aplica para los contratistas en el sentido que por cualquier acto que vaya en contra de la adecuada ejecución del contrato (tanto en la etapa precontractual, contractual o post contractual), pueden sufrir consecuencias no sólo económicas sino también penales en caso de actuar de mala fe en contra del interés público (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2017).

Con respecto a las modalidades de selección de una oferta para su posterior adjudicación a un contratista particular, debe recalcarse que a pesar de existir múltiples formas en que el Estado se comporte como un particular al establecer una relación contractual con un particular, según este artículo habrán cuatro modalidades de la selección objetiva: Licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa. (L. 1150, art 2, 2007)

Con respecto a la determinación de nuestro segundo concepto de la subasta inversa podemos decir que la subasta inversa es según la Subsección I, artículo 18 del Decreto 2474 de 2008:

Una subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones”. (Dec. Art,18, 2008)

Así mismo, se establece como punto importante para la selección el menor precio:

En las subastas inversas para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, se tendrá como único criterio de evaluación el precio. (L.1150, art 2, 2007)

2. Reglamentación y normativa legal vigente de la selección de la oferta más conveniente que se utilizó en la SED para los procesos de subasta inversa entre los años 2016 y 2017.

De acuerdo con la norma superior, el Estado se encuentra obligado a satisfacer los intereses generales de la población, actividad que realiza a través de la celebración de contratos y la cual “se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”. (Const. P., art 209, 1991)

De este conjunto de principios se desprende el de selección objetiva, el cual debe ser tenido de presente por las Entidades Estatales al momento de seleccionar aquella persona jurídica que satisfará las necesidades, y así lo establece la ley al señalar que “las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. (L 80, art 3, 1993).

Razón por la cual las entidades estatales no pueden dejar de lado que con la celebración de contratos y su ejecución, lo que busca es el cumplimiento de dichos fines.

En concordancia con lo anterior, el legislador define la selección objetiva como el medio que permitirá la escogencia de la propuesta mas ventajosa a la entidad, aquella que se ajustará a los fines que está buscando, sin considerar aspectos diferentes que no sean los establecidos previamente en los pliegos de condiciones o términos del proceso de selección.

En este orden de ideas, la selección objetiva debe ser aplicada de forma obligatoria al momento de escoger al proveedor quien prestará el servicio.

Aunado al cumplimiento de los fines del Estado y la aplicación de la selección objetiva, el principio de transparencia establece los lineamientos sobre los cuales debe desarrollarse el proceso de selección dentro de los oferentes, señalando claramente que “las autoridades no

actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. (L 80, art 24, 1993)

El Consejo de Estado en su oportunidad se refirió al principio de selección objetiva, donde mencionó que:

El principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la Ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetandose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas. (C.E., Sección Tercera, Sub C, no. 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045) p 13, 2017).

De ésta se manera consagra el deber de selección objetiva al momento de escoger al contratista de acuerdo con los fines perseguidos por la administración. (L 80, art 29, 1993).

En cuanto a las ponderaciones de selección, la aplicación de la pertinencia y lo adecuado de las ofertas, la H.Corte Suprema hizo su pronunciamiento en cuanto a la aplicación de los principios de transparencia e imparcialidad en los siguientes términos:

Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiera exigido a la administración la evaluación de la propuesta mas ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades . (C.C. C-932/07, p 30, 2007).

En este mismo sentido, se entiende que la administración debe dar aplicación del principio de selección objetiva a la propuesta que cumpla con los requisitos establecidos en los términos de condiciones y al mismo tiempo sea aquella la precisa para el cumplimiento de los fines trasados.

El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó lo establecido en el art. 29 de la Ley 80 para en su lugar establecer, como lo señala el artículo 5, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés. (L 1150, art 5, 2007).

Ahora bien, en cuanto al caso que nos ocupa y que es objeto del presente escrito, podemos decir que para los años 2016 y 2017, se encontraban en vigencia la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

La Ley 1150, establece las modalidades de selección, entre las que se encuentran: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la contratación de mínima cuantía. (L 1150, art 2, 2007).

La misma norma dispone nueve (9) causales de selección abreviada, dentro de las que se encuentra la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización [BCTUCUS]. (L 1150, art 2, Lit a, 2007).

En cuanto a las normas que hacen referencia a los criterios de selección encontramos como uno de los criterios de selección para el caso de contrataciones que tengan como objeto la adquisición de BCTUCUS, que el único criterio de estimación es el menor precio ofrecido. (L 1150, art 5, num 3, 2007).

Recordemos que el deber de selección objetiva, se aplica sobre la oferta que reúna las condiciones de ser la que mayor beneficio le preste a la entidad y por medio de la cual ésta pueda cumplir sus fines, sin que su escogencia o desición interfirieran en aspectos como afecto o interés.

2.1. De los BCTUCUS

A propósito de los BCTUCUS, la norma vigente ha establecido que son aquellos con padrones parejos y eficacia similar o igual, los cuales pueden ser agrupados homogéneamente para ser adquiridos. (Dec.1082, art 2.2.1.1.1.3.1, 2015)

Se ha dicho respecto de los BCTUCUS que deben gozar de características imperceptibles usuales a los de su tipo, excluyendo no esenciales, tales como los diseños o cualquier otro que no altere la funcionalidad del bien o servicio.

Lo que debe ser así, en la medida en la cual se busca que la administración alcance la competencia entre proponentes con bienes y servicios de igual calidad, con posibilidad de satisfacer el requerimiento de la entidad contratante, al respecto la doctrina ha dicho:

Evoca que sean fácilmente descriptibles por características mínimas comunes a los de su tipo, excluyendo elementos no esenciales, tales como los diseños o cualquier otro que no altere la funcionalidad del bien o servicio.

Ello debe ser así, en la medida en la cual se busca que la Administración logre que compitan bienes y servicios de igual calidad ofrecidos por proponentes capaces de satisfacer el requerimiento de la entidad contratante. (Beltrán, 2014, p. 17).

Ahora bien, la ley es clara en señalar la modalidad de contratación que debe utilizar la entidad estatal para adquirir BCTUCUS, indicando que las cuales se debe hacer uso, o bien del procedimiento de la subasta inversa, o bien de la compra por catálogo derivados de la celebración de algún acuerdo marco de precios [AMP] o por procedimientos de adquisición en bolsa de productos. (Ley 1150, Art 5, 2007).

Así mismo se resalta que al momento de adquirir BCTUCUS, para las Entidades es imperativa la adquisición de bienes y servicios por medio de la celebración de un AMP. (Dec.1082, art 2.2.1.2.1.2.7, 2015).

3. De la modalidad de Selección Abreviada

Dentro de las causales de la selección abreviada, la ley estableció tres (3) vías mediante las cuales se puede acceder a ellas, y son: “procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos” (L 1150, art 2, 2007),

Y, es en estas tres eventualidades, donde se puede delimitar el menor costo como constituyente de favorabilidad en la selección abreviada.

Como su nombre lo indica, la subasta inversa se basa en obtener el menor precio al momento en que la Entidad Estatal va a adquirir un bien, es así como el régimen de contratación

estatal lo ubica como una herramienta con el fin de hallar el menor precio en la compra que se vaya a realizar.

Dentro de éstas caules encontramos la suscripción de un AMP, el cual puede entenderse como un documento mediante el cual se suscribe una serie de obligaciones para la adquisición de BCTUCUS.

Dicho documento nace de la necesidad de adquirir bienes por parte de las diferentes entidades estatales, razón por la que Colombia Compra Eficiente [CCE] realiza el estudio de necesidades condensándolo en un AMP.

Por medio de éste documento, cualquier entidad el Estado puede entrar y adquirir los productos, siguiendo unos procedimientos señalados en los diferentes manuales de CCE.

Para ser concretos, el ejercicio de compra es como ir a una gran tienda, donde la Entidad puede adquirir tiquetes areos, camionetas, servicio de aseo y cafetería, por ejemplo, todo en el mismo lugar.

CCE nos explica que en un comienzo las Entidades del Estado adquirían bienes y servicios de manera independiente, posteriormente, el ejercicio se transformó y se estandarizaron las necesidades de los compradores unificando las condiciones para su adquisición. (Colombia Compra Eficiente[CCE], 2017)

El AMP es un documento en donde se plasman las condiciones para la consecución de bienes y servicios, por lo que a través de Tienda Virtual del Estado Colombiano [TVEC], las Entidades Estatales por medio de ordenes de compra, que para éste caso son verdaderos contratos, compran bienes y servicios, una forma en la que se concentra la adquisición de productos.

El desarrollo de estos acuerdos se genera en virtud de lo establecido en la Ley 1150 de 2007, en cabeza de la Agencia Nacional de Contratación Pública -CCE- de acuerdo con lo señalado en el decreto de creación, que establece que:

Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: (...) Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto. (Dec. 4170, art 3, num, 7, 2011).

Dentro de los AMP que ha establecido CCE, encontramos entre otros los de seguro de vehículos, adquisición de productos derivados del papel, cartón corrugado, tiquetes aéreos, adquisición de panela, vehículos blindados, refrigerios PAE Bogotá, aseo y cafetería, entre otros.

4. ¿Se evidenció algún caso de contratación en donde la oferta escogida no pudiera satisfacer las necesidades de la Entidad?

4.1 Reglamentación y normativa aplicada por la Secretaría de Educación de Bogotá [SED] en el desarrollo de procesos de contratación en la modalidad subasta inversa en los años 2016 y 2017.

Con el propósito de comprender los lineamientos que ha aplicado la SED, en especial en los años 2016 y 2017 para los procesos de selección – subasta inversa, se hace necesario en primer lugar establecer la naturaleza jurídica de la entidad, conocer su manual interno de contratación y finalmente citar las normas que ésta ha aplicado en los procesos de subasta inversa adelantados.

4.2 Naturaleza Jurídica de la SED.

La SED es creada mediante el Acuerdo 26 de 1995 por el Consejo Administrativo de Bogotá, órgano del sector central que en el área de educación es cabeza de sector; cuenta con autonomía administrativa y financiera. (Acu. 257, art 81, 2006)

Esta entidad fue creada para cumplir objetivos tales como “orientar y liderar la formulación y ejecución de políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la educación y asegurar a la población el acceso al conocimiento y la formación integral”. (SED, 2019).

La SED fue creada para orientar y liderar proyectos para la mejora de las TIC en los diferentes colegios distritales para la disminución de lo que se denomina según Javier Cortés: la “brecha digital”, según “(...) el trabajo articulado entre la Dirección de Ciencias, Tecnologías y Medios Educativos, la Oficina Administrativa de Tecnologías de Información y las

Comunicaciones, Redp (...)” (Cortés, 2013); lograr la mayor escolarización en la ciudad, liderar proyectos para la educación sexual de jóvenes y la prevención de consumo de estupefacientes en adolescentes para garantizar el derecho a la educación y el acceso del conocimiento y la formación integral, esto crea un necesidad de presentar la mejor calidad al servicio de sus administrados, conllevando a que se debe destacarse el servicio prestado y la coherencia con los principios establecidos en la constitución política de Colombia.

4.3 Manual Interno de Contratación de la SED.

El Manual Integrado de Contratación de la SED se aprobó mediante la Resolución No 2126 del 12 de diciembre de 2017.

Éste documento señala que en el ejercicio del desarrollo de los procesos y procedimientos contractuales, dará aplicación a la normativa vigente, así como los lineamientos que dicte la Agencia Nacional de Contratación Pública – CCE y en su página 6 señala como marco normativo: la Constitución Política de 1991, La Ley 80 de 1993, el Decreto 1421 de 1993, el Decreto 111 de 1996, la Ley 489 de 1998, el Decreto Distrital 854 de 2001, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2007, la ley 1437 de 2011, el Decreto Ley 019 de 2012, la Ley 1712 de 2014, la Ley 1753 de 2015, el Decreto Nacional 1082 de 2015, el Decreto Distrital 330 de 2008, el Acuerdo Distrital 540 del 26 de diciembre de 2013, el Decreto 92 de 2017, la Ley 1882 de 2018, el Decreto 1273 de 2018, el Decreto 392 de 2018, Instructivos de la Secretaría Jurídica Distrital y la SED.

Aclara que en la medida en que las normas allí citadas pierdan vigencia no se modificará el Manual, y mas bien resalta la aplicación de normas vigentes.

El Manual establece las modalidades de contratación, y en cuanto a la selección abreviada menciona:

La selección abreviada se denomina como simplificada, debido a que los plazos y condiciones en su procedimiento son menos exigente que para la Licitación Pública. Criterios para la adopción de esta modalidad de selección, dentro de los cuales se destacan:

- *La Cuantía de la contratación a celebrarse*
- *La características uniformes de los bienes o servicios a adquirir y su común utilización*
- *La enajenación de bienes del Estado*
- *La adquisición de bienes o servicios de entidades que tiene a su cargo programas para la atención a personas desplazadas, protegidas o amenazadas, desmovilización y reincorporación a la vida civil*
- *Los procesos cuya licitación de haya declarado desierta.*

En la selección abreviada existen también los criterios de evaluación fijados para la Licitación Pública, la ley determinó que para el caso de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el único criterio de selección debe ser el menor precio (...)

(SED, p 29, 2017).

Observamos entonces como la entidad objeto de estudio tiene determinado en su propio manual de contratación los criterios a tener en cuenta en el momento de seleccionar una oferta si el objeto de la contratación es la obtención de BCTUCUS.

Para esto es fundamental que la SED haya suscrito un acuerdo de entendimiento de los parámetros del Acuerdo Marco y creado bajo su administración interna, mecanismos y rutas de aplicación del mismo para que los procesos de selección siguientes no se hallen bajo una selección desprovista de fundamento legal.

Por estas razones es fundamental tanto para la SED y las empresas suscritas en dicho Acuerdo establecer de manera clara y objetiva los parámetros dentro de los cuales se desarrollarán sus actuaciones, provisiones y adquisiciones para lograr delimitar las responsabilidades por incumplimientos o faltas a la prestación de los servicios suscritos, establecer las regiones de cobertura y además de ello, en particular este Acuerdo regula la jornada laboral de las personas que prestarán dichos servicios dando la oportunidad a la entidad estatal contratante a escoger dichas jornadas que se acomoden a sus necesidades, incluso dicho acuerdo se relaciona la prelación que tienen los grupos minoritarios discriminados, tales como grupos desmovilizados, grupos desplazados por la violencia, personas en condiciones de pobreza y similares. (Colombia compra Eficiente, 2016).

4.4 La Subasta Inversa como causal de la Selección Abreviada en la SED

Se encontró, previa consulta en el Secop I durante los años 2016 y 2017 que la SED utilizó como criterio de selección de la oferta dentro de los procesos de selección abreviada subasta inversa, el establecido en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, como se muestra a continuación:

Durante la vigencia 2016, en la SED se llevaron a cabo ciento (103) procesos de selección, dentro de los cuales veintisiete (27) fueron por selección abreviada por subasta inversa y cuatro (4) por AMP, entre los que se encuentran: i) Suministro de Combustible para el parque automotor de la SED, ii) Prestación del servicio integral del servicio de aseo y cafetería para las sedes educativas del distrito, sedes administrativas y la SED, iii) Adquisición de Seguro Obligatorio de accidentes SOAT para el parque automotor de la SED y iv) Contratar servicios de contact center para fortalecer los canales de comunicación con la ciudadanía. (SED, p 57, 2017)

Durante la vigencia 2017, en la SED se llevaron a cabo cuarenta (40) procesos de selección abreviada, y se evidencia la realización de ordenes de compra por AMP, entre los que se encuentran seis (6): i) Prestación del servicio integral del servicio de aseo y cafetería para las sedes educativas del distrito, sedes administrativas y la SED, ii) Suministro de Combustible para el parque automotor de la SED, iii) Contratar servicios de contact center para fortalecer los canales de comunicación con la ciudadanía, iv) Suministrar el mobiliario escolar para los Colegios del Distrito Capital al Servicio de los Ambientes de aprendizaje, v) Acuerdo Marco para el suministro de alimentos para la operación del PAE por parte de la SED, vi) Adquisición de Seguro Obligatorio de accidentes SOAT para el parque automotor de la SED. (SED, 2017).

IMPLICACION DEL MENOR PRECIO COMO CRITERIO DE

36

Vale la pena resaltar que para el año 2016 se realizaron las siguientes ordenes de compra en virtud de los AMP señalados:

Tabla 1
(Descripción de Ordenes de Compra Durante los años 2016 y 2017 en la SED en virtud de los AMP)

AMP	2016	2017
SUMINISTRO DE COMBUSTIBLE PARA EL PARQUE AUTOMOTOR DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO	1	1
PRESTACIÓN DEL SERVICIO INTEGRAL DEL SERVICIO DE ASEO Y CAFETERÍA PARA LAS ÁREAS ADMINISTRATIVAS Y LA SEDE CENTRAL DE LA SED.	12	9
ADQUISICIÓN DE SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO SOAT PARA EL PARQUE AUTOMOTOR DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO	1	1
CONTRATAR SERVICIOS DE CONTACT CENTER PARA FORTALECER LOS CANALES DE COMUNICACIÓN CON LA CIUDADANÍA EN EL MARCO DEL PROCESO DE GESTIÓN DE LA MATRÍCULA Y LA COBERTURA EDUCATIVA.	1	1
ACUERDO MARCO PARA EL SUMINISTRO DE ALIMENTOS PARA LA OPERACIÓN DEL PAE POR PARTE DE LA SED	0	57
SUMINISTRAR MOBILIARIO ESCOLAR PARA LOS COLEGIOS DEL DISTRITO CAPITAL AL SERVICIO DE LOS AMBIENTES DE APRENDIZAJE.	0	1

Nota: Información tomada de la SED de la publicación de contratos nuevos a enero de 2016, contratos nuevos a 2017. Recuperado de https://www.educacionbogota.edu.co/portal_institucional/transparencia/publicacion-de-la-ejecucion-de-contratos

De los documentos consultados, se pudo observar que pese a los criterios jurídicos, técnicos y financieros que deben cumplir los proponentes, finalmente el factor que prevalece para la elección de la propuesta más favorable a la SED, es la que tiene el menor precio.

4. Afectación en la prestación del servicio en calidad y oportunidad con la celebración de procesos de subasta inversa.

Para determinar cómo se crea una afectación es necesario determinar cuál es el objetivo de la prestación de un servicio o el fin de la adquisición de determinado bien.

Por ésta razón es importante evidenciar que cada unos de los procesos de subasta inversa llevados a cabo por la SED se hayan ejecutado de la manera correcta, sin haber causado ningún efecto negativo.

De acuerdo con los procesos de subasta inversa y las ordenes de compra en virtud de los AMP citas anteriormente se ha detectado que para las ordenes de compra en virtud de los acuerdo marco de precios relacionados con: i) Suministro de Combustible para el parque automotor de la SED, ii) Contratar servicios de contact center para fortalecer los canales de comunicación con la ciudadanía, iii) Suministrar el mobiliario escolar para los Colegios del Distrito Capital al Servicio de los Ambientes de aprendizaje, iv) Acuerdo Marco para el suministro de alimentos para la operación del PAE por parte de la SED, v) Adquisición de Seguro Obligatorio de accidentes SOAT para el parque automotor de la SED, no se han reportado posibles incumplimientos ante CCE, por parte de la SED, sin embargo, en revisión del informe de supervisión se presentan fallas en la prestación del servicio en lo que tiene que ver con pago oportuno del salario de los operarios, no entrega de los bienes de aseo con las marcas que se encuentran registradas en el catálogo, no cumplir con el pago de aportes a seguridad social, prestaciones sociales y liquidaciones.

Gracias al Informe de Supervisión del Contrato CCE-455-1-2016 Acuerdo Marco para la contratación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería, por Colombia Compra Eficiente, se evidenciaron las irregularidades presentadas en los procesos para la obtención del servicio de aseo y cafetería de la SED, lo que nos da un indicio de que es probable, que el menor precio no sea un criterio de favorabilidad que permita la elección de la oferta que mas le convenga a la entidad estatal, para éste caso la SED.

a. Conclusiones y Recomendaciones

Como conclusión podremos afirmar, que como resultado en la realización de este trabajo se obtiene una parte de la respuesta de la hipótesis inicialmente planteada, y es que efectivamente

se podrá evidenciar que el factor del menor precio en la escogencia de la oferta, no es la que conduce a la selección de la mas benevóla para la Entidad.

Esto se puede evidenciar en el momento en que los proveedores son llamados para la realización del proceso contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin de imponer multas y sanciones por el no cumplimiento de una obligación.

El solo hecho de dar inicio a este trámite, sea que resulte o no en la declaratoria de un incumplimiento y/o multa, ya significa un desgaste para la Entidad, quien debe estar segura de los productos que adquirió.

La recomendación que se realiza es examinar detalladamente los criterios de evaluación de las ofertas para adquirir BCTUCUS, de manera que las empresas que ofertan no tengan que bajar tanto el precio que al momento de prestar el servicio se vean casi que imposibilitadas por no contar con recurso de calidad para ello.

Lista de Referencia

Acuerdo 257/2005, noviembre 30, 2006 Alcalde Mayor de Bogotá. 30/07/2019. Colombia.

Recuperado de <http://participacionbogota.gov.co/sites/default/files/2018-03/Acuerdo-257-de-2006.pdf>

Beltrán, G. S. (2014). Estudios de derecho contractual público. En G. B. Suárez. LEGIS.

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Manual Para la Operación Secundaria de los Instrumentos de

Agregación de Demanda. Recuperado de

http://concejodebogota.gov.co/cbogota/site/artic/20161206/asocfile/20161206153536/manual_amp_operacion_secundaria.pdf: Gobierno Nacional de Colombia.

Constitución Política de Colombia [Const. P.] (20 de julio de 1991). Bogotá, Colombia: Gaceta

Constitucional No 116.

Corte Constitucional [C.C], noviembre 8, 2007. M.P. M. Monroy. Sentencia C-932/07.

Colombia. 26/06/2019 Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, Sub C. diciembre 15, 2017. M.P. J. Santofimio

Sentencia No 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045). 26/06/2019. Recuperado de

https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=86459

Decreto 1082/2015, mayo 26, 2015 Departamento Nacional de Planeación. 26/06/2019.

Colombia. *Recuperado de* <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>.

Decreto 4179/2011, noviembre 3, 2011 El Presidente de la República. 30/07/2019. Colombia.

Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>

Ley 80/1993, octubre 28, 1993. Diario Oficial [D.O.] No. 41.094.(Colombia) 19/07/2019.

Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#24

Ley 1150/2007, julio 16, 2007. [D.O.] No 46.691 (Colombia) 19-07-2019. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Secretaria de Educaciòn del Distrito, (diciembre 12, 2017). Manual Integrado de Contratacion

de la Secretaria de Educaciòn del Distrito. Recuperado de

https://www.educacionbogota.edu.co/portal_institucional/sites/default/files/inline-files/PW_Manual_Integrado_Contratacion_SED_v1.PDF

Secretaría de Educación del Distirto. (marzo de 2006). Balance de Gestión. Información con

Corte 31 de diciembre de 2016. 28/07/2019. Recuperado de

https://www.educacionbogota.edu.co/portal_institucional/sites/default/files/inline-files/Informe_Rendicion_Cuentas_Sector_Educativo_Vigencia_2016.pdf

Rico L. (2018). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Décima Edición. Bogotá,

Colombia:, Leyer Editores

Villada, J. E. (2010). La Adquisición o suministro de bienes y servicios de características

técnicas uniformes y de común utilización a través de subasta inversa. *Vniverstias*, 125-

140.

