

OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN: ALCANCE Y OPORTUNIDAD PARA PRESENTARLAS¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Como se estudió durante las sesiones de este año, la licitación pública está integrada por diferentes etapas que materializan principios contractuales, y están dirigidas a garantizar que se elija la oferta más favorable para los intereses de la entidad. Entre estas etapas se encuentra la *evaluación de las ofertas*, la cual define directamente con qué oferente se celebrará el contrato. Producto de la «primera» parte de la evaluación, la entidad expide un informe de evaluación respecto del cual es posible que se presenten *observaciones*. En esta última fase se centra este escrito, el cual se propone estudiar el marco normativo, y algunas consideraciones generales sobre las observaciones al informe, concretamente, la oportunidad, sujetos legitimados para presentarlas, y otras concordantes.

Introducción

El análisis completo y detallado de la licitación pública supone analizar cada una de las etapas que la integran, mediante las cuales se materializan los principios de la contratación estatal. Concretamente, en este caso el estudio se centra en la evaluación de las ofertas, es decir, en el momento en el que la entidad valora la propuesta, expresando los resultados de la acreditación de los requisitos habilitantes y la asignación de puntaje, lo cual se determina en un «informe de evaluación». Con la publicación que la entidad realiza de la «primera versión» de este documento se abre la oportunidad para que los interesados se pronuncien sobre las consideraciones y resultados de la entidad.

Esta fase del procedimiento está legalmente definida. Escobar Gil resaltó su relevancia, explicando que es «imperativo» que los interesados tengan la oportunidad de verificar y controvertir la evaluación, si consideran que existen

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 17 de diciembre de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Sebastián Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

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

errores o falencias que afecten el orden de elegibilidad³. Igual apreciación tiene Dávila Vinueza, quien señala que esta etapa –garantía de controversia y publicidad– se convirtió en uno de los «avances» más importantes de la contratación⁴.

Por otro lado, Rodríguez Tamayo señaló que el informe de evaluación contiene la calificación *inicial y provisional* de las ofertas, y que además quedará sometido al control de los interesados y de la ciudadanía, por lo que es necesario que se publique en el SECOP, para que se efectúe el traslado del mismo y los oferentes tengan la oportunidad de analizarlo y presentar las observaciones que consideren⁵. Con lo expresado por el autor se evidencia que las observaciones a la evaluación son una manifestación del derecho de participación que tienen los administrados, especialmente los oferentes para el caso de la contratación, y a la vez como la facultad de controlar las actuaciones administrativas, mediante acciones concretas.

Por su parte, Matallana Camacho señala que la posibilidad de que se presenten observaciones al informe es una oportunidad para que la entidad revise su decisión sobre el orden de elegibilidad «inicialmente» propuesto y que se corrija lo que sea necesario, con el fin de adquirir la oferta más favorable en los aspectos técnicos y económicos, disminuyendo los riesgos de que se presente una demanda por no acceder a las solicitudes de quien sostiene que es primero en el orden de elegibilidad. Conforme a esto, esta etapa se constituye como una oportunidad provechosa para los interesados y las entidades.

La importancia es evidente, y reiterada por los doctrinantes referenciados. Por esta razón el escrito se centra en analizar la presentación de observaciones al informe de evaluación, el cual se propone estudiar el marco normativo y algunas consideraciones generales sobre las observaciones al informe, concretamente la oportunidad, los sujetos legitimados para presentarlas, y otras concordantes.

1. Marco normativo de las «observaciones» al informe de evaluación

La posibilidad de que se controvierta el informe de evaluación elaborado por el «comité evaluador» se estableció por primera vez en la Ley 80 de 1993. Los anteriores estatutos contractuales –Decreto-ley 1670 de 1975, Decreto-ley 150 de 1976 y Decreto-ley 222 de 1983– no preveían la existencia de esta etapa, específicamente, no establecía la obligación de que la entidad elaborara un informe

³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. p. 201.

⁴ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2º Edición. Bogotá: Legis editores S.A., 2016.

⁵ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda, 2016. p. 221.

de evaluación y diera traslado del mismo, y tampoco el derecho de los oferentes –u otras personas interesadas– de examinarlo y presentar observaciones al documento, es decir, debatir su contenido.

En ese orden de ideas, la Ley 80 introdujo este derecho, materializando principios contractuales, concretamente, el de transparencia, definido por la Sección Tercera del Consejo de Estado como aquel que garantiza que la formación del contrato se haga con publicidad de las bases del procedimiento, y en igualdad de oportunidades de quienes participen, se elija la oferta más favorable, propiciando que la contratación sea imparcial, desprovista de favoritismos y ajena a cualquier factor político, económico o familiar⁶. En un sentido similar, y continuando con la misma lógica, este principio busca garantizar la *participación* de los interesados y la comunidad en las actuaciones administrativas, en este caso contractuales, la cual se concreta en la oportunidad para formular observaciones.

El artículo 24 *ibidem* –que desarrolla el principio de transparencia– establece, en el numeral 2, que en los procesos contractuales los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones rendidos o adoptados, y que para ese propósito se dispondrá de etapas que les permita conocer las actuaciones y confieran la posibilidad de expresar observaciones⁷.

La norma definió una exigencia que se traduce en etapas transversales a todos los procedimientos de selección, y que se concreta en diferentes oportunidades para que interesados se pronuncien sobre los documentos –varios de ellos– que se expiden durante el trámite. En ese supuesto se subsume lo concerniente al informe de evaluación, porque al momento de elaborarse y publicarse, por parte del «comité evaluador», cumple con los presupuestos de la disposición. Concretamente, se trata de un *informe* rendido por la Administración en el marco de un procedimiento para elegir contratista, de forma que lo previsto se convierte en una obligación para la entidad: la determinación de una etapa de conocimiento y observaciones.

La carga que se le creó a la entidad también supone un derecho para los interesados, que supone tener acceso: *i)* al conocimiento del informe de evaluación, y la consecuente opción de estudiarlo, analizarlo y realizar en paralelo su propia

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. CP: Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ La norma dispuso: «Artículo 24. del principio de transparencia. En virtud de este principio:

»[...]

»2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones [...].»

evaluación, para verificar los análisis y conclusiones que allí se definieron y *ii*) a la oportunidad de pronunciarse sobre él, proponiendo sus interpretaciones y argumentos, con el fin de mostrar errores.

Sin embargo, esta no es la única norma que regula el tema. Por el contrario, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– lo hizo para cada modalidad de selección. El artículo 30 *ibidem* definió la estructura de la licitación pública, identificando de forma precisa la etapa, concretamente, el numeral 8 señaló que los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad durante cinco días hábiles, para que los oferentes presenten las observaciones; además, advierte que el ejercicio de esa facultada no implica la posibilidad de completar, adicionar, modificar o mejorar sus ofertas, incluyendo una prohibición⁸.

Adicionalmente, el parágrafo 3 *ibidem* –modificado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018– estableció que en los procedimientos de licitación pública de obras, el informe de evaluación se publicará durante cinco días hábiles, y que los proponentes podrán presentar las observaciones que consideren, y que al finalizar esta fase, entonces, la entidad se pronunciará sobre ellas y publicará el informe final de los requisitos habilitantes y aquellos que asignan puntaje, distintos a la propuesta económica. También señala que la oferta económica se abre en la audiencia de adjudicación, y que en ese momento también podrán formularse observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en ella⁹.

⁸ Artículo 30. «De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

»[...]

»8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas [...].»

⁹ El parágrafo señala: «Parágrafo 30. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

»En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

»Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de

Si bien la disposición también se incluyó en la regulación de la Ley 80 de 1993, no tiene completa concordancia con lo definido en el artículo 24, antes referenciado. Las normas son coherentes en lo esencial, porque ambas suponen la creación de una etapa para que exista un pronunciamiento acerca del informe de evaluación; aunque en el segundo caso –definido específicamente para la licitación– se estableció un término para tramitarla, a diferencia del primero. No obstante, existe una diferencia importante, el primero extiende la posibilidad a los interesados, denominándolos de forma genérica, mientras que el segundo se limita exclusivamente a los oferentes, por lo cual es posible que de una disposición a la otra haya variado el alcance de la norma.

La Ley 80 no incluyó disposiciones especiales para regular la etapa de observaciones; sin embargo, el reglamento lo hizo para una de las modalidades. El Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.5.2., señaló que en el procedimiento de mínima cuantía la entidad publicará el informe durante mínimo un día hábil, para que los oferentes presenten las observaciones, que aquella responderá antes de aceptar la oferta¹⁰. En los demás casos –la selección abreviada y el concurso de méritos–, si bien no se define directamente que pueden presentarse observaciones, sí establece el término de publicación, coincidiendo en tres días hábiles, y esto, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 80, artículo 24, numeral 2, supone que se reconozca la existencia de ese derecho.

Ahora, en la reglamentación del trámite de la audiencia de adjudicación también se definieron reglas relativas a las observaciones al informe de evaluación. Se integraron al EGCAP desde la expedición del Decreto 66 de 2008, el cual prescribió, en el artículo 15, numeral 1, que en la audiencia de adjudicación los oferentes podían pronunciarse sobre las respuestas que la entidad presentara a las observaciones que se formularon sobre el informe de evaluación, sin que supusiera la oportunidad de mejorar o modificar la oferta¹¹. Igualmente, previó que solo

condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad».

¹⁰ En la norma se definió: «Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

»[...]

»6. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante mínimo un (1) día hábil, para que durante este término los oferentes presenten las observaciones que deberán ser respondidas por la Entidad Estatal antes de realizar la aceptación de la oferta seleccionada [...]».

¹¹ La disposición establece: «Artículo 15. Audiencia de adjudicación. La licitación se adjudicará por el jefe de la entidad o su delegado en audiencia pública, la cual se realizará conforme a las reglas señaladas para tal efecto por la entidad, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

podría concederse la palabra, y por una vez, al proponente que lo solicitara, para replicar las observaciones que sobre la evaluación se presentaran.

Derogado el Decreto 66 de 2008, el Decreto 734 de 2012 mantuvo integralmente lo establecido sobre las observaciones. Igualmente, las disposiciones se replicaron en la reglamentación actual, es decir, en el artículo 2.2.1.2.1.1.2, numerales 1 y 2, del Decreto 1082 de 2015, persistiendo la posibilidad de que los oferentes se pronuncien sobre las respuestas que la entidad emitió, y la oportunidad de que estos se pronuncien sobre las observaciones que hayan hecho los intervinientes¹².

2. Consideraciones generales acerca de la oportunidad para presentar observaciones al informe de evaluación

El primer cuestionamiento que se formula, fundamental para tramitar la licitación, radica en la identificación de la legitimación para presentar las observaciones. Como se advirtió, en este caso las regulaciones se contraponen, porque el artículo 24, numeral 2, *ibidem* establece que podrán formularlas los «interesados», mientras que el artículo 30, numeral 8, *ibidem* prescribe que la facultad la tienen los «oferentes». Desde la simple lectura de las disposiciones se evidencia la

»1. En la audiencia los oferentes podrán pronunciarse inicialmente sobre las respuestas dadas por la entidad a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación. En ningún caso, esta posibilidad implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta.

»En caso de presentarse pronunciamientos que a juicio del jefe de la Entidad o su delegado requieran de análisis y cuya solución podría incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia podrá ser suspendida por el término razonable necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

»2. Se podrá conceder el uso de la palabra por una sola vez al oferente que así lo solicite, con el objeto de replicar las observaciones que sobre la evaluación de su oferta se hayan presentado por los intervinientes.

[...].

¹² La norma señaló: «Artículo 2.2.1.2.1.1.2. *Audiencias en la licitación.* [...] La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

»1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

»2. La Entidad Estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes [...].

contradicción; no obstante, esta se refuerza al indagar por un alcance puntual entre ambas.

El artículo 30 *ibidem* se refiere directamente a «oferentes», noción precisa al interior de los procedimientos de selección, y alude a los sujetos que presentaron una oferta. En esa medida, de acuerdo con la disposición, la posibilidad de presentar observaciones se limitaría exclusivamente a estos sujetos, cualificando los habilitados para hacerlo, y excluyendo a *todos* los demás que puedan tener intereses diferentes a ser elegidos contratistas, es decir, que su interés se centre en el seguimiento y control de los trámites del procedimiento, por ejemplo, las veedurías ciudadanas.

Por el contrario, la regulación –más general– del artículo 24 *ibidem* alude a «interesados». Este concepto es más abierto e indeterminado, porque en el EGCAP no existe una definición de qué se entiende por interesado en un procedimiento, más aún en uno que ya finalizó la fase de presentación de ofertas. Entendemos que la noción y alcance es más extenso y abierto que el de «oferente», pues lo excede de forma contundente, siendo necesario entender que se refiere a cualquier sujeto al que le importe el procedimiento, ya sea porque formuló una propuesta o porque quiere ejercer su derecho de control.

La contradicción entre ambas nociones es evidente, y supone consecuencias jurídicas disímiles. Las dos tienen sustento en normas del EGCAP, específicamente en la Ley 80 de 1993, lo cual dificulta significativamente definir al legitimado para presentar observaciones. En este caso debe optarse por el concepto más amplio, es decir, por el establecido en el artículo 24 *ibidem*: «interesados». Esta elección, basada en una interpretación sistemática y teleológica de la norma, implica que más sujetos tengan la posibilidad de ejercer ese derecho.

El segundo aspecto importante es la inexistencia de límites en la formulación de las observaciones. Ninguna disposición analizada define puntualmente prohibiciones o condicionamientos a los temas sobre los que los interesados pueden pronunciarse. Por el contrario, simplemente refiere a la posibilidad de pronunciarse sobre el informe de evaluación, lo cual implica que las observaciones pueden referirse a cualquier aspecto, incluyendo las valoraciones sobre requisitos habilitantes y los que asignan puntaje, como también la totalidad de las ofertas y documentos que acrediten los requisitos evaluados.

En tercer lugar, es importante definir el término que tienen los interesados para presentar las observaciones. El plazo se encuentra establecido en la normativa contractual, y coincide con el término de traslado o publicación del informe de evaluación, que para el caso de la licitación es de cinco días hábiles. Ahora, lo que la disposición no aclara es si los cinco días son un mínimo, un límite o el término preciso que no es disponible por la entidad. La redacción del artículo evidencia que

el legislador estableció una regla y no una potestad discrecional, de forma que el plazo se encuentra plenamente definido en la norma.

Por lo anterior, tampoco es factible que la entidad limite el plazo para pronunciarse, pues fue una definición legal. Esta interpretación, que al parecer no tiene discusión, la adopta Dávila Vinueza, quien explica que la facultad de los oferentes se formaliza en un escrito que debe presentarse antes del vencimiento de los cinco días; además que aquel entregado extemporáneamente no debería tenerse en cuenta, porque atentaría contra el derecho a la igualdad¹³.

Como define el artículo 25 de la Ley 80, numeral 1, los términos establecidos dentro del procedimiento de selección son preclusivos y perentorios, de forma que se justifica completamente que, en caso de presentarse observaciones de forma extemporánea, las entidades no las tengan en cuenta en la actuación. Sin embargo, el autor también señala que «Ello no significa que si esas observaciones “extemporáneas” se encuentra algo grave o que afecte realmente la evaluación, la entidad de oficio examine lo pertinente, lo cual es bien distinto a dar trámite y responder todos los escritos recibidos, incluyendo los que contienen argumentos absurdos, inanes e irrespetuoso»¹⁴.

Para lo que no se definió un plazo específico es para que la entidad responda las observaciones que se le formularon. Sin embargo, eso no implica que no exista un término, por el contrario, la entidad cuenta con un límite. La finalización de la oportunidad para responder depende del momento definido para la adjudicación, porque tendrá que responder con anterioridad a ella o durante su desarrollo. Colombia Compra Eficiente comparte esta posición, y especifica que en la licitación la respuesta a las observaciones se realizará a más tardar antes de proferir la decisión sobre la adjudicación¹⁵.

Aunque esta es la regla general en cuestión de términos y oportunidades, existen eventos donde procede la formulación de observaciones luego de realizado el traslado del informe de evaluación. En el primer caso se trata de las licitaciones de obra, en los que la oferta se presenta en dos sobres, abriéndose el económico en la audiencia de adjudicación. En esa situación las observaciones al informe de evaluación de la propuesta económica deberán realizarse durante la audiencia. El segundo caso responde a los eventos donde las aclaraciones y subsanaciones de las ofertas se realizaron durante el término de traslado de cinco días.

En esa circunstancia, y en perspectiva del derecho al debido proceso, en especial del derecho de contradicción, tendrá que darse otra oportunidad para que

¹³ DÁVILA VINUEZA, Op. cit., p. 440.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-201 de 2020.

los interesados se pronuncien sobre el informe final de evaluación, pues las aclaraciones o subsanaciones introdujeron nuevos documentos y posiblemente propiciaron modificar el contenido de la evaluación. En esa medida, cuando exista un cambio sustancial en el informe, será importante garantizar que se dé la oportunidad para presentar las observaciones. Al respecto, Colombia Compra Eficiente señala que: «[...] la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el *informe final de evaluación*»¹⁶.

Bibliografía

Doctrina

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Circular Única Externa. [Consultado el 19 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos-v2f_002.pdf

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-201 de 2020.

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-414 de 2022.

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. 2ª Edición. Bogotá: Legis editores S.A., 2016. 922 p.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis editores S.A., 2000. 635 p.

RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez Ltda, 2016. 275 p.

¹⁶ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-414 de 2022.