

80112- EE57531

Bogotá, D.C., Agosto 23 de 2012.

Doctor
MAURICIO ACERO MONTOYA
Calle 30 A No. 6-22, oficina 1701
Mauricio@aceromontoya.com
Ciudad

Ref. CONTRATOS ESTATALES. Publicación de las ofertas en el SECOP. Régimen de contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Solicitud de muestras en los procesos de selección.

1- SOLICITUD DE CONCEPTO.

Mediante radicado ER66181 de julio 10 de 2012, este Despacho recibió su consulta en la que solicita concepto sobre la obligatoriedad de publicar las ofertas en el SECOP, planteando las siguientes reflexiones e interrogantes:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.

1. En el artículo 2.2.5¹ del decreto 734 de 2012, establece (sic) que las Entidades Públicas en el marco de procesos de selección de naturaleza pública deben garantizar la publicidad en el SECOP de todos los actos y procedimientos asociados a la actuación.
2. La oferta presentada por los proponentes constituye un acto unilateral asociado al proceso de selección.
3. El numeral 3² del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establece que las Entidades Públicas deben garantizar el acceso a los expedientes.
4. La oferta presentada por los participantes luego de ocurrido el cierre y entrega de las propuestas, ingresan (sic) y hacen (sic) parte del expediente.

II. DE LA CONSULTA.

¹ Artículo 2.2.5. Publicidad del procedimiento en el Secop. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva. La publicidad a la que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) cuyo sitio web será indicado por su administrador. Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección.

² Artículo 24. Del principio de Transparencia. Numeral 3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

1. ¿Deben las entidades públicas en cumplimiento del artículo 2.2.5. del Decreto 734 de 2012 garantizar la publicidad de las propuestas presentadas por los proponentes en el SECOP, salvo los documentos sometidos a reserva?
2. ¿La falta de publicidad de las ofertas puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria por violación al principio de publicidad?
3. Ocurrido el cierre y entrega de las ofertas, ¿Deben las entidades públicas garantizar el acceso al expediente, permitiendo a los participantes o a cualquier interesado observar el contenido de las ofertas de manera inmediata a la audiencia de cierre, con el fin de cumplir con el principio de transparencia y en todo caso, evitar que en el transcurso de la evaluación se altere el contenido de las mismas?
4. ¿Las empresas industriales y comerciales y los establecimientos públicos deben garantizar la publicidad de sus procesos de contratación de manera preferente, publicando los mismos en el SECOP?
5. ¿Pueden las entidades públicas solicitar muestras de los elementos que pretenden adquirir y además adelantar procedimientos de verificación de las condiciones técnicas de los mismos (dimensiones, calidad, etc.) en el curso de los procesos de selección?, o por el contrario,
6. ¿La solicitud de muestras para determinar la calidad, es una competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio y de los laboratorios avalados por la misma?
7. ¿Se contraría el principio de economía si se establece una etapa no contemplada en la Ley, para solicitud de muestras y verificación de las condiciones técnicas de los productos ofrecidos?

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En primer lugar se aclara que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general, que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

Aclarado lo anterior, encontramos que en materia de contratación estatal, inquieta al consultante que se determine, (1) ¿Si las ofertas deben ser publicadas en el SECOP?, (2) ¿Si las empresas industriales y comerciales del Estado deben publicar sus procesos de selección en el SECOP? Y (3) ¿Si en los procesos de selección las entidades contratantes pueden solicitar muestras de productos y analizarlas?

Para resolver la primera inquietud, revisaremos ¿Qué documentos deben publicar las entidades contratantes en el SECOP³?, para luego determinar si las ofertas deben ser o

³ Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)

no publicadas en dicho sistema. Así mismo, analizaremos el principio de publicidad y transparencia y su obligatoriedad.

Para resolver la segunda inquietud revisaremos ¿Cuál es el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado?, para luego determinar, si tienen o no la obligación de publicar sus procesos de contratación en el SECOP.

Por último, para resolver la tercera inquietud, revisaremos la libertad de configuración del pliego de condiciones que permite la legislación actual, para determinar si las entidades estatales pueden crear una etapa dentro de los procesos de selección de contratistas para solicitar y analizar muestras, con el fin de determinar la calidad de los productos que van a adquirir.

2.1. PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL SECOP.

2.1.1. ¿Qué documentos deben publicar las entidades contratantes en el SECOP?

La respuesta a este interrogante se encuentra consagrada en el artículo 2.2.5 del Decreto 734 de 2012, que en su primer inciso establece: “*La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva*”. (Subrayado es nuestro)

Luego, dicha norma aclara que esta publicación debe efectuarse en el SECOP y enuncia “*entre otros*” documentos e información, un listado de diecinueve (19) documentos que deben ser publicados, según corresponda a cada modalidad de selección.

Así las cosas, la norma prevé la posibilidad de que las entidades contratantes publiquen en el SECOP documentos e información adicionales a los diecinueve (19) enunciados, siempre que se trate de “*actos asociados a los procesos de contratación, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva*”.

2.1.2. ¿Las ofertas son actos asociados a los procesos de contratación?

En principio, la oferta es un acto jurídico⁴ que contiene un proyecto de negocio jurídico⁵, obligatorio⁶ e irrevocable para quien lo propone⁷.

⁴ El acto jurídico es el hecho, humano, voluntario o consciente y lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El acto jurídico produce una modificación en las cosas o en el mundo exterior porque así lo ha dispuesto el ordenamiento jurídico.

En los procesos de selección de contratistas adelantados por las entidades públicas, el artículo 860 del Código de Comercio establece la naturaleza jurídica de las ofertas, en el siguiente sentido:

“Art. 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás”.

Por lo anterior, las ofertas no solo son “*actos asociados a los procesos de contratación*”, sino que como lo establece el artículo 860 del Código de Comercio, implican “*la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor*”.

2.1.3. Obligatoriedad del cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado en relación con los principios de la contratación estatal⁸, que los mismos cumplen tres finalidades esenciales: “*(i) Sirven de*

Para que se dé el acto jurídico no basta con que haya un sujeto y un objeto con bastante capacidad, se necesita algo que los ponga en relación, estableciendo un lazo o un vínculo que los una, haciendo pasar la relación jurídica del estado de posibilidad al estado de existencia. Este tercer elemento es un hecho, que por ser productor de efectos jurídicos se denomina Hecho jurídico, cuando tal hecho procede de la voluntad humana recibe el nombre de acto jurídico.

⁵ **Artículo 845 del Código de Comercio. <OFERTA ELEMENTOS ESENCIALES>. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra**, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario. (Subrayado es nuestro)

⁶ **Artículo 847 del Código de Comercio. <OFERTA DE MERCADERIAS>.** Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. **Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna.** (Subrayado es nuestro)

⁷ **Artículo 846 del Código de Comercio. <IRREVOCABILIDAD DE LA PROPUESTA>.** La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

⁸(...) El principio de economía pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad” (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa

base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas, y, finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho”⁹.

Así, de conformidad con el Art. 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se deben desarrollar con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como a los principios generales del derecho, los particulares del derecho administrativo¹⁰ y los principios de la función pública consagrados en el Art. 209¹¹ de la Constitución Política de Colombia.

precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, Exp. Radicado No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) del 31 de enero de 2011.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-818 de agosto 9 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ **Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. **Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.** 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*. 2. **En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento.** No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. 3. **En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación**

2.1.4. Principio de transparencia.

El principio de transparencia obliga a que en los procesos contractuales los interesados tengan la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones¹²; a que las actuaciones de las autoridades públicas y los expedientes contractuales sean públicos¹³; a que los pliegos de condiciones contengan requisitos claros, completos, justos y objetivos¹⁴ y no contengan condiciones de imposible cumplimiento¹⁵, ni que

subjetiva 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.**5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestad en las actuaciones administrativas.** **6.** En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.**7.** En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.**8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.****9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código.** Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.**10.** En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.**11.** En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.**12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.****13.** En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas. (subrayado es nuestro)

¹¹ **Artículo 209 de la Constitución Política.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y **publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Subrayado es nuestro)

¹² **Art. 24, Num. 2 de la Ley 80 de 1993.** 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.

¹³ **Art. 24, Num. 3 de la Ley 80 de 1993.** Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

¹⁴ **Art. 24, Num. 5, literal b) de la Ley 80 de 1993.** Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o **concurso**. **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-932 de 2007, en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas.**

induzcan a error a los proponentes y contratistas¹⁶; a que los actos administrativos sean motivados¹⁷; a que las autoridades no actúen con desviación o abuso de poder, ni a que eludan los *procedimientos de selección objetiva*¹⁸.

Buscando la transparencia en los procesos de adjudicación de contratos, el Decreto 2434 de 2006 estableció la obligación de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de ingresar toda la información contractual al portal único de contratación; y el Decreto 3485 de 2011 ordenó configurar una plataforma tecnológica propia del Estado, que permitiera a las entidades estatales realizar subastas inversas electrónicas como regla general, para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.

Así mismo, la Ley 527 de 1999 permite la realización de la totalidad del proceso de contratación por medios electrónicos, con el fin de fortalecer la transparencia, reducir costos y facilitar el control. Sin embargo, doce años después, aún no se ha implementado el sistema electrónico de compras.

2.1.5. Principio de publicidad.

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3, numeral 9 de la Ley 1437 de 2011, y ordena que *“las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código”*.

Este principio debe ser aplicado en la contratación estatal, porque así lo ordena expresamente el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuando establece: *“(...) Igualmente, se aplicarán a 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”*.

¹⁵ **Art. 24, Num. 5, literal d) de la Ley 80 de 1993.** No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

¹⁶ **Art. 24, Num. 5, literal e) de la Ley 80 de 1993.** Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

¹⁷ **Art. 24, Num. 7 de la Ley 80 de 1993.** Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

¹⁸ **Art. 24, Num. 8 de la Ley 80 de 1993.** Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

2.2. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS.

2.2.1. Régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El régimen de los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado, fue definido inicialmente en forma general en el artículo 93¹⁹ de la Ley 489 de 1998 y luego en forma especial, en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, en el siguiente sentido:

“ART. 14.—Modificado. L. 1474/2011, art. 93. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”

Por lo anterior, las empresas industriales y comerciales del Estado deben aplicar el estatuto general de contratación de la administración pública, salvo si:

- (1) Desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional.
- (2) Desarrollan actividades comerciales en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13²⁰ de la Ley 1150 de 2007.

¹⁹ **Art. 93 de la Ley 489 de 1998.—Régimen de los actos y contratos.** Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del estatuto general de contratación de las entidades estatales.

²⁰ **Art. 13 de la Ley 1150 de 2007.—Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de

- (3) Los contratos de ciencia y tecnología se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

2.2.2. Régimen de contratación de los establecimientos públicos.

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 489 de 1998, los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar un servicio público conforme a las reglas del derecho público, teniendo para el efecto una personería jurídica, autonomía administrativa y financiera²¹, patrimonio independiente y los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación²².

En cuanto al régimen de sus contratos, el artículo 81 de la Ley 489 de 1998 establece que *“Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del estatuto contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales”*.

2.3. SOLICITUD DE MUESTRAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

En los procesos de selección de contratistas las entidades estatales podrían solicitar la presentación de muestras de los productos que pretenden adquirir para: (1) Comparar la calidad de los bienes ofrecidos; y/o (2) Verificar que los bienes ofrecidos se ajusten a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones.

Así, si la finalidad de la solicitud de muestras en un proceso de selección de contratistas es la de comparar la calidad de los bienes que se pretenden adquirir, necesariamente debemos concluir que dicha verificación debió realizarse cuando se elaboraron los estudios previos y se definió la solución que mejor satisfacía la necesidad de la entidad contratante.

que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

²¹ **Art. 71 de la Ley 489 de 1998.—Autonomía administrativa y financiera.** La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos. **NOTA:** La expresión “o norma” fue declarada **exequible condicionalmente** en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-727 de junio 21 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²² **Art. 80 de la Ley 489 de 1998.—Ejercicio de privilegios y prerrogativas.** Los establecimientos públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación.

En este orden, consideramos que la calidad de los bienes que se pretenden adquirir se debe establecer con absoluta claridad cuando se elaboren los estudios previos y no debería ser determinada durante el proceso de selección, arriesgando la objetividad del mismo.

Así, antes de que la entidad contratante establezca en su pliego de condiciones detalladamente las características y especificaciones técnicas de los bienes que pretende adquirir, debe buscar, comparar y analizar las distintas alternativas que el mercado le ofrece, escogiendo aquella que le resulte más favorable.

Advierte éste Despacho que solicitar muestras de los bienes ofrecidos durante el proceso de selección, para comparar la calidad de los ofrecimientos, puede poner en riesgo la objetividad de la adjudicación del contrato si a dicha comparación de calidad se le otorga una calificación que no responda a criterios objetivos, previamente establecidos en el pliego de condiciones.

De otra parte, si la solicitud de muestras tiene como finalidad verificar que los bienes ofrecidos se ajusten a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones, se estaría anticipando la labor que a futuro debe realizar el interventor o supervisor del contrato.

En este caso, por no tratarse de una actuación ilegal, si la entidad estatal considera necesaria esta verificación, así lo debe justificar en sus estudios previos.

3 – CONCLUSIONES.

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000, Art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Circular No. 017 de noviembre 21 de 2006, se permite emitir el siguiente concepto:

1. ¿Deben las entidades públicas en cumplimiento del artículo 2.2.5. del Decreto 734 de 2012 publicar en el SECOP, las ofertas presentadas por los proponentes en los procesos de selección, salvo los documentos sometidos a reserva?

El artículo 2.2.5. del Decreto 734 de 2012, en sus 19 numerales, enuncia los documentos que las entidades estatales deben obligatoriamente publicar en el SECOP. Sin embargo, en estos 19 numerales, **NO** se enuncia expresamente que las ofertas que presenten los proponentes en los procesos de selección, deban ser publicadas.

No obstante, la norma en mención establece que los documentos enunciados **NO** son los únicos que deben ser publicados en el SECOP, porque: (1) Cuando los enuncia, utiliza la expresión “*entre otros*”, y (2) ordena que en dicho sistema deben publicarse “*todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva*”.

En este orden, siendo las ofertas actos jurídicos asociados a los procesos de contratación, consideramos que para garantizar el principio de transparencia y publicidad, deberían ser publicadas en el SECOP, en cumplimiento de la prescripción general contenida en el artículo 2.2.5. del Decreto 734 de 2012.

2. ¿La falta de publicidad de las ofertas puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria por violación al principio de publicidad?

Este Despacho no es competente para emitir conceptos sobre responsabilidad disciplinaria, toda vez que de conformidad con el artículo 43 del Decreto 267 de 2000, las consultas sobre las que nos podemos pronunciar, se limitan a aquellas que tengan relación directa con las funciones de control y vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente al consultante, presentar su inquietud ante la Procuraduría General de la Nación, para que emita el concepto correspondiente.

3. Ocurrido el cierre y la entrega de las ofertas, ¿Deben las entidades públicas garantizar el acceso al expediente, permitiendo a los participantes o a cualquier interesado observar el contenido de las ofertas de manera inmediata a la audiencia de cierre, con el fin de cumplir con el principio de transparencia y en todo caso, evitar que en el transcurso de la evaluación se altere el contenido de las mismas?

A partir del cierre del proceso de selección y de la apertura de las ofertas, éstas son públicas, salvo los documentos sometidos a reserva que en ellas se incluyan. Por lo anterior, cualquier ciudadano o proponente interesado tiene derecho a conocer su contenido, el cual resulta indispensable para que puedan controvertir oportunamente, el informe de evaluación de las propuestas que publique la entidad contratante.

En este orden, resulta contrario al principio de transparencia, publicidad y de selección objetiva, el hecho de que la entidad contratante restrinja el acceso a las ofertas presentadas dentro de un proceso de selección, a partir de la fecha de su apertura. Por el contrario, la publicidad de su contenido, garantiza la inalterabilidad de las ofertas y genera confianza a los proponentes y a la ciudadanía.

4. ¿Las empresas industriales y comerciales y los establecimientos públicos deben publicar sus procesos de contratación en el SECOP?

Las empresas industriales y comerciales del estado deben publicar sus procesos de contratación en el SECOP, si no se encuentran dentro de las excepciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

De otra parte, los establecimientos públicos **siempre** deben publicar sus procesos de contratación en el SECOP, porque deben aplicar el estatuto general de contratación de la administración pública²³, que se encuentra reglamentado por el Decreto 734 de 2012 y que consagra en su artículo 2.2.5. ésta obligación.

5. ¿Pueden las entidades públicas solicitar muestras de los elementos que pretenden adquirir y además adelantar procedimientos de verificación de las condiciones técnicas de los mismos (dimensiones, calidad, etc.) en el curso de los procesos de selección?

Para la adquisición de bienes mediante contrato de compraventa o suministro, la legislación no prevé una etapa dentro del proceso de selección de contratistas, encaminada a verificar que las ofertas presentadas se ajusten a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones.

Sin embargo, si la entidad contratante justifica en sus estudios previos la necesidad de realizar esta “*verificación*”, podría realizarla durante el proceso de selección, siempre y cuando no otorgue calificación a la comparación de las muestras, teniendo en cuenta criterios subjetivos o que no estén contemplados en el pliego de condiciones.

6. ¿La solicitud de muestras para determinar la calidad, es una competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio y de los laboratorios avalados por la misma?

En materia contractual, las entidades del Estado pueden comparar y analizar la calidad de los bienes que pretenden adquirir, independientemente de que dicha calidad haya sido o no avalada por otra entidad pública o privada.

Sin embargo, se advierte que la definición de la calidad de los bienes que se pretenden adquirir debe ser determinada durante la elaboración de los estudios previos y no durante el proceso de selección de contratistas, después de la apertura de las ofertas.

²³ Artículo 81 de la Ley 489 de 1998.

7. ¿Se contraría el principio de economía si se establece una etapa no contemplada en la Ley, para solicitud de muestras y verificación de las condiciones técnicas de los productos ofrecidos?

El principio de economía consagrado en el artículo 25²⁴ de la Ley 80 de 1993, podría verse vulnerado por la inclusión de una etapa adicional dentro del proceso de selección, encaminada a la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones, si la inclusión de esta etapa no es estrictamente necesaria para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

En este orden, corresponderá a la entidad contratante justificar en sus estudios previos, la necesidad de incluir un procedimiento adicional para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

4 – ALCANCE DEL CONCEPTO.

Este concepto tiene el carácter que le atribuye el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁵, razón por la que no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Finalmente, le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace “*Normatividad*” de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Rossy Liliana Ascencio Pachón, Profesional Universitario
Revisó: Wilson Báez Salcedo, Asesor de Gestión
Radicado: 2012ER66181

²⁴ **Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.** Del principio de economía. En virtud de este principio: 1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

²⁵ **Artículo 28. Alcance de los conceptos.** Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.