

La subasta inversa de la contratación estatal en Colombia

Durante la década de los noventa e inicios del siglo XXI en Colombia, se presentó un drástico proceso de privatización de empresas y entidades públicas, iniciado con la venta de prestadores de servicios de infraestructura y de instituciones financieras pública y posteriormente se extendió a servicios sociales como son salud y educación. En este panorama nace la política reguladora y de promoción de la competencia del Estado como modalidad de intervención pública en la economía (Rivera, 2004, p. 310).

En 1993 la Ley 80 es creada como normativa de contratación y en desarrollo de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Constitución Política para la función administrativa, buscando la modernización de la contratación. El argumento principal para el planteamiento de las subastas inversas dentro de la actual política de contratación en Colombia, como herramienta de eficiencia y transparencia, fue que esta herramienta ya se había utilizado en el 2002 a través del Decreto 2170 reglamentario de la Ley 80 de 1993 que fue declarado nulo en el articulado donde se regulaba su uso. El decreto en mención establecía nuevas reglas para los procesos de contratación directa e introducía los lineamientos para la utilización de herramientas de información y comunicación en la contratación estatal (Prada, 2005, p. 5-6).

Los datos de ahorro evidenciados en el uso de esta herramienta fueron: 1. Ecopetrol que presentó entre el 2002 y el 2004 ahorros entre el 18 y el 25% respectivamente en relación con los presupuestos estimados oficialmente. 2. La EPS del ISS: entre el 2003 y el 2004 obtuvo ahorros del 7 y el 20% respectivamente en relación con los precios históricos de adquisición de medicamentos. 3. Para el Banco Agrario en el 2004 obtuvo ahorros del 32%, en relación con el presupuesto estimado oficialmente. 4. En el FEN para el 2003 dos procesos de compra de medidores eléctricos para 8 electrificadoras se obtuvieron ahorros entre el 44 y el 38% del presupuesto oficial estimado. 5. En Ecogás en dos licitaciones del 2004 se obtuvo ahorros del 21 y el 37% respectivamente en relación con el presupuesto oficial estimado. En los casos de la FEN y Ecogás solamente se utilizaron en dos oportunidades generando ahorros de más de \$43.000 millones para ese momento, demostrando un ahorro significativo para estas entidades colombianas que la utilizaron (Exposición de Motivos Proyecto de Ley 020 de 2005 - Ley 1150 de 2007).

En términos de oportunidad y eficiencia del tiempo también se mostraron resultados para respaldar el uso de este instrumento. En efecto, Ecopetrol adelantaba procesos contractuales en 2 meses mientras que con esta herramienta y para la adquisición de bienes estandarizados solo 4 días hábiles. Ecogás duró menos de 10 días hábiles, desde la invitación a participar hasta la adjudicación. Según cálculos del Departamento Nacional de Planeación, si se tomaban como base las cifras del CONFIS del valor de los gastos del Sector Público Consolidado en bienes y servicios que corresponden a \$7,1 billones en 2004 y a esta cifra se le

aplica un porcentaje de ahorro promedio conservador de 10%, la masificación de la utilización de la herramienta de subasta podría representar unos \$710 mil millones, una cifra que equivale a 0.3 puntos del PIB. La eficiencia en el uso de tan cuantiosos recursos aparece no sólo como una medida por el buen gobierno, sino más que eso, deviene en un imperativo moral en tiempos de restricción fiscal (Exposición de Motivos Proyecto de Ley 020 de 2005 - Ley 1150 de 2007).

En el año 2000 se realiza un Informe de Adquisiciones de compras y análisis de la normatividad contractual denominado Country Procurement Assessment Review del Banco Mundial (CPAR), donde se analizaron los siguientes puntos: 1. Que la Ley 80 no era un estatuto y existía dispersión de normas, 2. Se consideró que el texto era anti técnico y poco sistemático, que el mismo contempla algunas instituciones ineficientes o ineficaces como el caso del RUP (registro único de proponentes), y que existía una concepción rígida de procesos de selección que terminó por encarecer y hacer ineficiente la escogencia de contratistas para el Estado. 3. Deficiente planeación de los contratos de la administración pública y que el sistema presupuestal no se encontraba armonizado con las disposiciones que gobernaban la contratación y que los procesos y procedimientos que seguían las entidades a efecto de aplicar la Ley 80 del 93 y sus normas reglamentarias resultaban anacrónicos y en todo caso asistemáticos. 4. El CPAR señaló que existen vacíos en la regulación de la contratación con dineros públicos que favorecían la venalidad y la corrupción. 5. Era inexplicable que, aunque Colombia contaba por un lado, con varias entidades llamadas a contrarrestar la corrupción como eran la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la

Nación, las Personerías Distritales y Municipales, las Contralorías departamentales y municipales, la Fiscalía General de la Nación y la Veeduría Distrital de Bogotá y, por otro, con un sistema legal destinado a combatir las irregularidades y malos manejos en la celebración de contratos administrativos (Estatuto Anticorrupción, Código Penal, Estatuto Disciplinario), sin embargo el índice de corrupción en las contrataciones del Estado seguía siendo demasiado alto. 6. La persistente corrupción y falta de transparencia en la contratación pública fueron atribuidas a diversas causas encontrándose así:

- a) Las auditorías y controles a la contratación eran de muy baja calidad, poco especializadas y llevadas a cabo por funcionarios deficientemente capacitados en el área de la contratación pública;
- b) los controles ejercidos hacían énfasis en el cumplimiento de procedimientos y formalismos de la contratación, olvidando aspectos más importantes y relevantes que realmente constituían fuentes de corrupción;
- c) Las decisiones y resultados de las investigaciones correspondían a motivaciones políticas y especialmente a nivel territorial, donde la adjudicación de contratos comúnmente llegaba a manos de amigos políticos de los ordenadores del gasto.

El Departamento Nacional de Planeación fue llamado a formular un componente de Reformas de la Contratación Pública para ser incluido en el

Proyecto de Modernización de la Administración Financiera Pública MAFP I y II (Crédito 7049-CO) en el que se incluyó el subcomponente de Fortalecimiento de la Contratación Pública que se desarrolló en un plazo de cinco años.

Así, el Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP fue conformado a final del mes de octubre de 2001 en el Departamento Nacional de Planeación bajo la dirección de Gonzalo Suárez Beltrán, con la tarea de reflexionar sobre la contratación pública colombiana e impulsar las reformas correspondientes.

Posteriormente, se creó una “Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública” (2002): a través del CONPES 3186 de 2002 en el Gobierno de Andrés Pastrana. Con la llegada del Gobierno Uribe Vélez, en 2002, se decidió que el proyecto pasara a ser parte de las llamadas “reformas transversales” del Programa de Reforma a la Administración Pública – PRAP “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial” (2003): y la elaboración del CONPES 3249 de 2003, que guio las acciones del proyecto durante toda su gestión a la fecha, ya que remplazo integralmente el CONPES 3186.

La mayoría de procesos contractuales se enmarcan en las subastas a sobre cerrado, a primer precio. En la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de

desempeño y calidad objetivamente definidos, se hace uso de procedimientos de subasta inversa debido a que la teoría económica de subasta inversa establece que este modelo es eficiente para la adquisición de único bien y de condiciones estandarizadas.

La principal razón para la implementación de la subasta inversa es el ahorro que presentó para las arcas estatales, según la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007. Igualmente funcionaría por su agilidad y simplicidad, la mejor garantía de la rectitud en el manejo de los recursos públicos involucrados, reduciendo los costos de transacción que encarecen la contratación pública; además, tendrían la eliminación de espacios que puedan ser utilizados para ofrecer coimas en la adjudicación de contratos y contribuyendo así a la transparencia (exposición de Motivos Proyecto de Ley 020 de 2005 - Ley 1150 de 2007).

De forma paralela, regula los requisitos mínimos para participar en los procesos de selección y permite subsanar errores de "papeleo" que no alteren las condiciones que habilitan la participación en la puja. De igual modo, el realizar una puja pública incentiva la selección objetiva de los contratistas del Estado (exposición de Motivos Proyecto de Ley 020 de 2005 - Ley 1150 de 2007).

En la medida en que se trate de adquirir un objeto cuyas características técnicas puedan reducirse a unas comunes en su funcionalidad y calidad, tal proceso debe realizarse únicamente en función del precio del bien, una vez se han

verificado las condiciones de capacidad de los licitantes mediante el procedimiento pasa-no pasa (exposición de motivos, Ley 1150 de 2007).

La adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización, al tener una participación del 80% en número de contratos en la administración estatal, hacía necesario unificar el procedimiento a través de la subasta, para maximizar los recursos del Estado que más participación presentaban dentro de la contratación estatal (exposición de motivos, Ley 1150 de 2007).

Finalmente, se establecieron parámetros de subasta por medios electrónicos y presenciales, siendo las primeras una contribución adicional a la reducción de costos de oportunidad y las segundas una manera de no restringir la participación de quienes no tienen acceso a medios electrónicos ya sea por parte de las entidades estatales o de la ciudadanía en general.

De igual manera, a través de la leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, se introducen cinco modalidades de contratación, donde la escogencia del contratista se efectúa con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, mínima cuantía, concurso de méritos y contratación directa, buscando la competencia, eficiencia, objetividad y transparencia en la selección de los proveedores de bienes y servicios.

La implementación

Tras la expedición de la Ley 1150 de 2007 se establece que las subastas inversas serán utilizadas para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización; se regula su uso a través del decreto 066 de 2008 que posteriormente es remplazado en su totalidad por el decreto 2474 de 2008 quien reguló hasta abril de 2012 la subastas inversas tras la expedición el decreto 734 de 2012. En 2013 se expide el decreto 1510 derogando los anteriores para que posteriormente fuera incluido su contenido en el decreto 1082 de 2015, el cual en la actualidad regula el tema. A continuación se identifican los diferentes periodos de vigencia de la normatividad relacionada:

Tabla 1

Normatividad Colombiana de Contratación – Subasta Inversa

Decreto	Periodo	
	Desde	Hasta
066	16 de enero de 2007	6 de julio de 2012
2474	7 de julio de 2012	12 de abril de 2012
734	13 de abril de 2012	julio 16 de 2013
1510	17 de julio de 2013 (se da la posibilidad de iniciar su aplicabilidad a partir del 1 de enero de 2014)	25 de mayo de 2015
1082	26 de mayo de 2015	Actualidad

Nota: Elaboró el autor.

Se estableció bajo el decreto 2474 de 2008 que las entidades usarían la modalidad de subasta electrónica, salvo que la entidad certificará que no se

contaba con la infraestructura tecnológica para ello, caso en el cual podría llevarse a cabo los procedimientos de subasta de manera presencial, sin perjuicio de las verificaciones que al respecto efectuará el Ministerio de Comunicaciones.

Se indicó en este mismo decreto que la subasta inversa daría inicio en la fecha y hora señalada en los pliegos de condiciones, previa autorización de la entidad para la cual se utilizarían los mecanismos de seguridad definidos en los pliegos de condiciones para el intercambio de mensaje de datos. El decreto 734 de 2012 introduce adicionalmente que los pliegos de condiciones establecerían la oportunidad en la cual los proponentes podrían conocer con suficiente antelación a la subasta, la herramienta que será utilizada para tal efecto.

Los decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015 establecieron que la entidad estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente. Si la entidad estatal decide adelantar la subasta electrónicamente debe fijar en los pliegos de condiciones el sistema que utilizará para la subasta inversa y los mecanismos de seguridad para el intercambio de mensajes de datos.

A la vez la normatividad en general regló que el precio de arranque de la subasta inversa electrónica será el menor de las propuestas iniciales de precio y que los proponentes que resultaran habilitados para participar en la subasta presentarían sus pujas o lances de precio electrónicamente, usando para el efecto

las herramientas y medios tecnológicos y de seguridad definidos en los pliegos de condiciones.

De igual manera indicó que si en el curso de una subasta dos (2) o más proponentes presentan una postura del mismo valor, se registraría únicamente la que haya sido enviada cronológicamente en primer lugar. Adjudicado el contrato la entidad debía publicar el desarrollo y resultado de la subasta incluyendo la identidad de los proponentes.

Se estableció de igual forma que la entidad deberá asegurar que el registro de los lances válidos de precios se produjera automáticamente sin que hubiera lugar a una intervención directa de la entidad. Conforme avanzará la subasta el proponente sería informado por parte del Sistema o del operador tecnológico que brindaba servicios de subasta, únicamente de la recepción de su lance y de la confirmación de su valor, así como del orden en que se ubicaba su propuesta, sin perjuicio de la confidencialidad que se mantendrá sobre la identidad de los proponentes. En ningún caso se haría público el valor de las ofertas durante el desarrollo de la subasta.

Bajo los Decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012 se estableció que si en el curso de una subasta electrónica inversa se presentaren fallas técnicas imputables al Secop, a la entidad o a la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, que impidieran que los proponentes enviaran sus propuestas, la subasta era cancelada y debía reiniciarse el proceso.

Sin embargo, la subasta debía continuar si la entidad perdía conexión con el Secop o con la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, siempre que los proponentes pudieran seguir enviando sus propuestas normalmente. Si por causas imputables al proponente o a su proveedor de servicio de Internet, aquel pierda la conexión con el Secop o con el operador tecnológico de la subasta, no se cancelaría la subasta y se entendería que el proveedor desconectado ha desistido de participar en la misma, salvo que logrará volver a conectarse antes de la terminación del evento.

La entidad debía contar con al menos una línea telefónica abierta de disponibilidad exclusiva para el certamen que prestará auxilio técnico a lo largo de la subasta para informar a los proponentes sobre aspectos relacionados con el curso de la misma.

Bajo los decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015 se modificó y se indicó que si en el curso de una subasta inversa electrónica se presentan fallas técnicas que impidan a los oferentes presentar sus lances, la subasta debe ser suspendida y cuando la falla técnica haya sido superada la entidad estatal debe reiniciar la subasta. Igualmente si por causas imputables al oferente o a su proveedor de soluciones de tecnología de la información y telecomunicaciones, durante la subasta inversa electrónica la conexión con el sistema se perdía, la subasta continuaría y la entidad estatal entendía que el proveedor que pierde su conexión ha desistido de participar en la misma.

Los decretos 2474 de 2008 y 734 de 2012 establecieron que los lances serían válidos si superaban el margen mínimo de mejora en relación con el precio de arranque si se trata del primer lance, o el último lance válido ocurrido durante la subasta en lo sucesivo.

Con los decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015, este último vigente en la actualidad, se aclaró que si los oferentes no presentan lances durante la subasta, la entidad estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial más bajo. Que al terminar la presentación de cada lance, la entidad estatal debe informar el valor del lance más bajo y si al terminar la subasta inversa hay empate, la entidad estatal debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial, en caso de persistir el empate la entidad estatal debe aplicar las reglas establecidas en el mismo decreto 1510 de 2013 para desempates;

Indicaron de igual forma, que la entidad estatal debe estructurar la subasta inversa de manera que antes de la adjudicación, los participantes en la subasta no identifiquen las ofertas y los lances con el oferente que los presenta. La subasta termina cuando los oferentes no hagan lances adicionales durante un período para la presentación de lances. La entidad estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el lance más bajo. En el acto de adjudicación, la entidad estatal indicará el nombre de los oferentes y el precio del último lance presentado por cada uno de ellos

La normatividad en general estableció que Los precios artificialmente bajos serían aplicados al precio de adjudicación.

Estas reformas han afectado el procedimiento de subasta en especial en el número mínimo de participantes y la pluralidad de oferentes en el evento de subasta, así:

Tabla 2

Comparación normativa de número mínimo de licitantes

Decreto 2474 de 2008	Decreto 734	Decreto 1510	Decreto 1082
Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad ampliará el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término indicado en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto.	Si sólo un oferente resultare habilitado para participar en la subasta, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones y ajuste su oferta a un descuento mínimo.	La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente decreto para la subasta inversa	La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente decreto para la subasta inversa
Si vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en el pliego de condiciones.		Hay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la Ficha Técnica.	Hay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la Ficha Técnica.
		Si en el proceso de contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la entidad estatal puede adjudicarle el contrato al único	Si en el proceso de contratación se presenta un único oferente cuyos bienes o servicios cumplen con la ficha técnica y está habilitado, la entidad estatal puede adjudicarle el contrato al único

oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, caso en el cual no hay lugar a la subasta inversa

oferente si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, caso en el cual no hay lugar a la subasta inversa

Nota1: Elaboró el autor.

Nota 2: Se realiza el análisis bajo el alcance de la investigación.

La subasta inversa tras la Ley 1150 de 2007 se define en como una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, esperando que fuera un instrumento idóneo en la administración del recurso público (Ley 1150 de 2007).

Para que exista subasta se establece la necesidad de mínimo dos proponentes y se permite la adjudicación la del contrato a un único oferente que cumpla con lo establecido en el pliego de condiciones no exceda el presupuesto oficial, solamente en el Decreto 734 de 2012 constituye un descuento mínimo para ser adjudicado a un solo proponente.

El Consejo de Estado en el 2010 estableció la necesidad de pluralidad de

oferentes, para maximizar los beneficios para el Estado a partir de la competencia entre varios de ellos.

El presente modelo de subasta parte de que no existe colusión debido a que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 333, establece entre otras situaciones que: “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” (...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

De igual manera, la Ley 155 de 1959 establece en su artículo primero: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

Paralelamente, el decreto 2153 de 1992, artículo dos, establece que entre sus funciones, La Superintendencia de Industria y Comercio velara por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales. Adicionalmente, el artículo 47, numeral 9, se establece que son contrarios a la libre competencia, entre otros,

los siguientes acuerdos: colusión en licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

De igual manera, la Ley 1340 de 2009 dictó normas en materia de protección de la competencia y se le concedió a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia privativa de las investigaciones administrativas, la imposición de multas, así como la adopción de las demás decisiones administrativas que deban tomarse por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia. Esta ley fue de la mano junto a los decretos 3523 de 2009, modificado por el decreto 1687 de 2010.

Desde el año 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio creó un grupo anti-colusión, dio inicio a más de 30 averiguaciones preliminares relacionadas con la conducta tipificada en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992 (Archila, 2012, p. 1).

Con ocasión de la coyuntura de los denominados “carruseles de contratación” en Colombia y particularmente en Bogotá, Distrito Capital, se presentó un giro institucional importante para proteger los procesos de selección de contratistas. La Superintendencia de Industria y Comercio, en el año 2010, realizó una guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones, en la cual se establece que la colusión no es solo una conducta que afecta a los demás proponentes que no participan en el acuerdo colusivo, sino que tiene un impacto

directo en el aumento de los precios de los bienes y servicios contratados, generando desequilibrio en el gasto público. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del PIB, lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica, y a la vez se evidencia la necesidad de orientar políticas para disminuir y detectar la colusión y no permitir las en la contratación pública.

Con la promulgación de la Ley 1474 de 2011, comúnmente conocido como estatuto anticorrupción, en su artículo 27, acuerdos restrictivos de la competencia adicionó a la Ley 599 de 2000 el artículo 410A, el cual estableció que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

De igual manera, establece que quien en su condición de delator o clemente, mediante resolución en firme, obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

