



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

Safar, Mónica

¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia?

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 15, 2016, pp. 273-293

Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n15.13

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503859180013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia?

MÓNICA SAFAR¹

RESUMEN

Bajo la configuración normativa actual que rige la contratación pública en Colombia, la subasta inglesa se constituye en el mecanismo más eficiente para obtener por parte del Estado el mejor valor del dinero de sus contribuyentes a partir de la prestación eficiente y continua de los servicios públicos a su cargo para la satisfacción del interés general, que es lo que justifica la celebración de estos acuerdos jurídicos, pues crea los mejores incentivos tanto en la Administración Pública contratante como en los contratistas –normalmente particulares– para minimizar el problema de la asimetría de información. Se sugiere extraer las ventajas de la subasta inglesa para aplicarla de forma más general en nuestro sistema de compras públicas y para extenderla a otros aspectos diferentes del precio, como se intenta con la figura de la conformación dinámica de las ofertas en el marco de la modalidad de selección de licitación pública, ya que este mecanismo, por imperfecto que sea, en este momento

1 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. *Magister in Artis* en Derecho, Economía y Políticas Públicas del Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid, y máster en Análisis Económico del Derecho y Candidata a doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Docente investigadora de los departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Asesora y consultora de empresas públicas y privadas en materia de contratación estatal. Correo electrónico: monica.safar@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 2 de febrero de 2016. Fecha de modificación: 15 de marzo de 2016. Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2016. Para citar el artículo: Safar, M. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia? *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 273-293. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.13>

ayuda a corregir uno de los fallos más grandes de este mercado, como es la asimetría de información.

Palabras clave: subasta inglesa, información, evaluación, ventajas.

Are there Benefits in the English Auction for Colombian Public Procurement?

ABSTRACT

Under the current regulations that rule public procurement in Colombia, the English Auction is the most efficient mechanism the State has to obtain the best possible value for the taxpayers money by offering continuous and efficient public services to satisfy the general interest. This is what justifies the celebration of these legal agreements through the creation of incentives both for the contracting public administration and for the contractors –usually private parties– to minimize the problem of assymetric information. It is advisable to extract the advantages of the English Auction and apply it in a general fashion to our system of public procurement, extending it to other aspects different from Price as intended with the figure of dynamic structuring of the bids under the framework of Public tenders. This mechanism, albeit imperfect, is very useful at this time to correct one of the biggest flaws in this market which is the assymetrical information.

Keywords: English Auction, Information, Assessment, Advantages.

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia, de acuerdo con la normatividad vigente, comprende la realización de procedimientos de selección de contratistas inclusivos a partir de los postulados de transparencia y libre concurrencia, y en especial, de las reglas en materia de selección objetiva para la obtención de la oferta más favorable para los intereses de la entidad estatal contratante, partiendo del supuesto de que la pluralidad de ofertas en su máxima expresión permitirá la obtención de las mejores condiciones de calidad y precio para el Estado, optimizando la inversión de los recursos públicos². No obstante, dando

2 "The theoretical literature emphasizes the benefits of competitive auctions as sale or procurement mechanisms (see, e.g., Bulow and Klemperer, 1996). These benefits, as well as arguments for equal opportunity and corruption prevention, provide a justification for statutes, such as the Federal Acquisition Regulations (FAR), that strongly favor the use of auctions in the U.S. public sector": BAJARI, McMILLAN y TADELIS (2003, p. 1).

una aplicación exegética al principio de legalidad consagrado en los artículos 6^[3], 121^[4] y 123^[5] de la Constitución Política colombiana, se ha entendido que en relación con el mecanismo de subasta, en el sentido de la misma como puja abierta, sucesiva y competitiva (*open outcry / subasta inglesa*), el mismo solamente puede ser aplicado para la contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización como causal de la modalidad de selección abreviada, toda vez que el legislador de 2007 estableció la subasta inversa como uno de los procedimientos para la adquisición por parte del Estado de este tipo de bienes.

Pero lo que tal vez no se ha observado con detenimiento es que, partiendo de las mismas reglas sobre selección objetiva existentes, si se hace un análisis riguroso de las mismas y una interpretación un poco más amplia de su contenido, podría llegar a concluirse que la subasta puede ser utilizada como mecanismo de evaluación del precio en las demás modalidades de selección (excluyendo al concurso de méritos por la prohibición expresa de evaluación del precio consagrada en el numeral 4 del artículo 5.^º de la Ley 1150 de 2007), y que tal conclusión haría a la contratación estatal muchísimo más eficiente e incluso transparente, habida cuenta de su estructura y de las ventajas que ello traería al cumplimiento del postulado de selección objetiva como eje fundamental de la estructuración de los procedimientos de selección de contratistas de la Administración Pública.

Así, el presente escrito tiene como finalidad poner de presente que bajo la configuración normativa actual que rige a la contratación pública en Colombia, la subasta inglesa se constituye en el mecanismo más eficiente para obtener por parte del Estado el mejor valor del dinero de sus contribuyentes a partir de la prestación eficiente y continua de los servicios públicos a su cargo para la satisfacción del interés general, que es lo que justifica la celebración de estos acuerdos jurídicos, pues crea los mejores incentivos tanto en la Administración Pública contratante como en los contratistas –normalmente particulares– para minimizar el problema de la asimetría de información que en nuestro medio es tan marcada y evidente por diferentes razones de tipo cultural y sociológico, e inclusive un problema de agencia que en Colombia ha causado los más grandes escándalos mediáticos, y lo que es peor, ha llevado al desperdicio excesivo e injustificado de recursos y al atraso de infraestructura y urbanismo, además

3 “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

4 “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

5 “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

de social y económico, que es una realidad innegable ante nosotros mismos y ante el mundo.

Para exponer claramente la tesis sostenida, en este escrito se partirá de una sucinta contextualización en el marco jurídico de la contratación estatal en Colombia, y especialmente del mecanismo de subasta; posteriormente se analizará la subasta inglesa y las principales ventajas de su aplicación para la contratación del Estado, para continuar de manera puntual con el contenido del modelo de subasta en la normatividad colombiana y sus problemas estructurales, y terminar con algunas conclusiones.

ASPECTOS PRELIMINARES: CONTEXTO DE LA NORMATIVIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Para poder comprender la magnitud de la hipótesis que se propone, es importante contextualizar al lector en el marco jurídico *sui generis* que rige a la contratación pública en Colombia desde 1993 hasta la fecha, y el estado actual de la cuestión.

En Colombia, la norma principal y columna vertebral de la contratación del Estado se encuentra en la Ley 80 de 1993, en la cual los procedimientos de selección de contratistas del Estado simplemente se resumían en la licitación o concurso públicos como mecanismo concursal basado en la presentación de pluralidad de ofertas, y la contratación directa como mecanismo negociado y escogencia del contratista sin la necesidad de contar previamente con varias ofertas; tales procedimientos encontraban diferentes reglamentaciones, pero principalmente se pueden anotar los decretos 679 y 855 de 1994. Ante el creciente grado de corrupción que notó el Gobierno Nacional, en cuanto a la reiterada evasión de la licitación o concurso para realizar las contrataciones directamente, este expidió el Decreto 2170 de 2002, en el cual se establecieron para varias de las causales de contratación directa procedimientos de tipo concursal, violando con ello de manera flagrante la legislación y la Constitución; no obstante, dicha norma se mantuvo vigente hasta que hubo cambio de normatividad, si bien posteriormente el Consejo de Estado declaró su ilegalidad.

Consciente de la compleja situación normativa, el Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República una importante reforma a la legislación de 1993, y la misma resultó en la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual consagró, entre otros aspectos, que los mecanismos de escogencia de contratistas en el ámbito colombiano varían para establecerse cuatro modalidades de selección, cuales son la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, y dentro de cada una de estas dispuso diferentes procedimientos que se podrían utilizar, dependiendo de la causal aplicable, especialmente para la selección abreviada y el concurso de méritos.

Como si fuera poco lo anterior, el Gobierno Nacional, en cumplimiento de su función reglamentaria, expidió el Decreto 2474 de 2008, en el cual se desarrollaron tanto las modalidades de selección como los procedimientos autorizados por la ley. De manera especial, cabe resaltar que en esta norma se crearon modalidades y procedimientos de selección adicionales a los que consagraba la Ley 1150 de 2007, en especial lo relacionado con la contratación de mínima cuantía, que corresponde a los negocios cuya cuantía no excede el 10% de lo que se determina como menor cuantía a partir de unos criterios legalmente establecidos para las entidades estatales, en relación con el número de salarios mínimos legales mensuales en los que puede medirse su presupuesto. Dicho Decreto 2474 de 2008 fue modificado –en atención a estas irregularidades y como consecuencia de diversas suspensiones provisionales de estas normas por parte del Consejo de Estado dentro de los procesos iniciados por ciudadanos en ejercicio de la acción de nulidad–, primero, por el Decreto 2025 de 2009, y posteriormente por el Decreto 3576 de 2009, sin que en realidad se eliminaran los factores determinantes de tales normas, de modo que los referidos decretos también fueron objeto de la medida cautelar de suspensión provisional.

Ante la derrota del Ejecutivo para la creación del procedimiento especial para los contratos de mínima cuantía, esta modalidad de selección queda introducida al rango legal a partir de la modificación que se hiciera de la norma de 2007, primero, con la Ley 1450 de 2011 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2011-2015–, y segundo, con la Ley 1474 de 2011 –denominada coloquialmente Estatuto Anticorrupción–, estableciéndose en esta última, además, la facultad para el Gobierno Nacional de crear procedimientos de selección para cada una de las causales dentro de las modalidades de selección existentes, a discreción. Por último, en materia legal, se expidió con posterioridad el Decreto Ley 19 de 2012, en el cual se hace una modificación puntual a la modalidad de selección del concurso de méritos.

Más tarde, dada la proliferación de normas de carácter reglamentario que hacían prácticamente imposible manejar la contratación por parte de los funcionarios y de los mismos interesados en presentar propuestas a la Administración Pública, y como consecuencia de la normatividad recientemente proferida, el Gobierno Nacional derogó veintisiete decretos reglamentarios en materia de contratación pública, entre los que se cuentan los ya mencionados 2474 de 2008, 2025 y 3576 de 2009, y en su lugar expidió una reglamentación integrada de todo lo relacionado con la contratación estatal con el Decreto 734 de 2012, el cual fue posteriormente subrogado por el Decreto 1510 de 2013, incorporado en tiempo más próximo en el Decreto 1082 de 2015, siendo esta la norma actualmente vigente en la materia.

Ahora bien, dentro de toda esta normativa, la subasta como mecanismo de evaluación de propuestas y hasta de selección de contratistas aparece, en primer lugar, en su versión inversa o a la baja, para la modalidad de selección

denominada selección abreviada cuando la causal a aplicarse es la contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, que por definición de la misma norma 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; y posteriormente, en su versión común, es decir al alza, se establece para la causal de selección abreviada de enajenación de bienes del Estado.

De lo anterior es claro que la regulación en esta materia resulta excesivamente compleja, lo que la hace altamente ineficiente, de manera que no sólo viene a ser difícil, sino costoso, tanto para el Estado como para sus oferentes, entablar una relación contractual, situación que las más de las veces, antes que evitar la corrupción, la incentiva. Lo curioso es que el legislador, cuando expidió la norma en el año 2007, sustentó la modificación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en la reducción de costos de transacción, en la búsqueda del mejor valor para el dinero de los contribuyentes y en la procura de la eficiencia en la contratación pública; de ahí que esta ley se denomine "Para la transparencia y la eficiencia en la Ley 80 de 1993".

I. EL CONCEPTO DE LA SUBASTA INGLESA Y SUS VENTAJAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La subasta –en su modalidad inglesa–, por definición, y con independencia de si es para subir o bajar el precio, consiste en la puja dinámica que se desarrolla mediante la presentación verbal, o por lo menos pública, de ofertas, en la cual el precio varía de acuerdo con el precio que van postulando libremente los oferentes, hasta que ningún otro participante presente un precio diferente al último ofrecido⁶; tiene su origen en la teoría de juegos y la microeconomía, y se caracteriza por ser un juego dinámico de información incompleta, toda vez que las decisiones de los participantes o jugadores no son simultáneas ni únicas, sino que por el contrario son sucesivas, y normalmente dependen de la decisión que tome el postulante anterior, desconociendo la jugada del participante posterior, lo que implica que las más de las veces se encontrará un equilibrio de Nash en estrategias puras –pues conlleva el desarrollo de la mejor respuesta del jugador dependiendo de las estrategias de los demás jugadores que es visible de manera inmediata–, o simplemente una estrategia dominante –aquella que se adopta sin importar las estrategias de los demás participantes–. Por supuesto, la regla general cuando se trata de la contratación estatal, consiste en la subasta inversa o a la baja, pues con excepción de la casual de

6 BRAZAÑAS (2011, p. 213).

selección abreviada de enajenación de bienes del Estado, que por supuesto comprende la consecución del precio más alto posible –y de hecho permite el mecanismo de subasta en el sentido comúnmente conocido–, lo lógico es que para lograr el mejor valor del dinero de los contribuyentes y de los demás recursos del Estado se busque adquirir las obras, bienes y servicios que este demanda al menor precio posible respecto del estándar de calidad requerido.

En la subasta se parte de la premisa de que el contexto en que la misma se desarrolla está plenamente identificado y que todas las partes son racionales, es decir, que ninguno de los jugadores propondrá un precio que afecte su costo de oportunidad (oferta de indiferencia), con lo cual siempre aparecen estrategias que son óptimas tanto para compradores como para vendedores, pues la presión en el proceso deriva de la dinámica de competencia de los participantes que están en la posición de oferentes del precio o de la condición objeto de la subasta⁷, ya que una vez que el convocante a la subasta ha establecido el proceso y las reglas de la misma –especialmente, el precio o condición de arranque–, se convierte en un participante pasivo del proceso⁸.

En este orden de ideas, y partiendo del supuesto legal de que la negociación del precio no es una alternativa legalmente admisible para las modalidades de selección distintas de la contratación directa –y aún en este caso, tal posibilidad es altamente discutible–, es válido aseverar que la subasta, en su sentido dinámico, de carácter competitivo⁹, se constituiría en el mejor mecanismo de determinación del precio de las obras, bienes y servicios que se contratan por el Estado, a partir de los argumentos que se presentan a continuación¹⁰.

A. LA SUBASTA ES IDEAL CUANDO HAY UN NÚMERO IMPORTANTE DE POTENCIALES PARTICIPANTES

El número de potenciales oferentes se constituye en uno de los aspectos más importantes que justifican la utilización de la subasta como mecanismo de evaluación del precio en la contratación estatal, pues se compadece completamente con la visión de libre concurrencia y pluralidad de ofertas que propugna el deber de selección objetiva. En efecto, la subasta es ideal cuando el número de proveedores que son realmente potenciales para el Estado es considerablemente alto, en la medida en que las condiciones del futuro negocio

7 Recuérdese que la subasta, si bien es utilizada normalmente para la determinación del precio, también puede aplicarse para la puja de aspectos susceptibles de cuantificación o de ser traducidos en porcentajes que permiten la puja entre los postulantes.

8 Cfr. SAFAR, M. (2009, pp. 32 ss.).

9 Cfr. HOLT (1980, pp. 433-445).

10 “While competitive bidding does have the advantage of unbiased awarding of projects, it fails to respond optimally to ex post adaptation. This suggests that public procurement of complex projects are suffering from efficiency losses”: BAJARI, McMILLAN y TADELIS (2003, p. 2).

son lo suficientemente atractivas en términos de utilidad para los diferentes proveedores que existen en el mercado, toda vez que entre más participantes existan, mayor será la competencia entre ellos, y por ende, mayor será la ventaja en el precio que obtendrá la entidad estatal contratante¹¹.

Es claro, entonces, que entre más oferentes potenciales existan en el mercado porque el Estado propone proyectos atractivos para estos, la subasta es el mecanismo más idóneo para evaluar el precio y otros componentes susceptibles del mismo para la escogencia de los contratistas de la Administración Pública, porque se hace evidente que entre mayor sea la competencia entre los oferentes, mayor será la reducción del precio¹². Sin embargo, es importante tener en cuenta que por mecanismo básico de incentivos, a mayor número de participantes, menor será el margen de diferencia entre cada una de las ofertas, pues los costos de presentar la propuesta y la cantidad de participantes podrían afectar las decisiones de los oferentes al momento de hacer su lance.

No obstante, anulada la posibilidad de negociación en los contratos estatales bajo las reglas de modalidades de selección que implican convocatoria pública, la subasta también es un mecanismo eficiente cuando se cuenta con pocos oferentes dentro del proceso de selección, porque en todo caso permite a las entidades contratantes obtener una ganancia en la relación contractual¹³.

Piénsese en el caso en el que una entidad estatal quiere contratar la compra de una plataforma tecnológica para la sistematización de sus procesos internos, la cual, a partir de la realización de un estudio serio de mercado y considerando su límite presupuestal, ha valorado en 100 el precio máximo que está dispuesta a pagar, y en el proceso solamente existen dos participantes. Bajo el mecanismo de subasta (inversa), cada participante postulará un precio determinado, el cual dependerá de su estructura interna de costos y el análisis de su costo de oportunidad. Siendo 0 el precio más bajo (y el más improbable, por supuesto), es posible que el primer jugador o postulante ofrezca un precio lo suficientemente bajo (por ejemplo, 10) que el siguiente jugador no puede mejorar, lo que deja a un único oferente, el cual, partiendo del supuesto de

11 Para poder establecer con un mediano grado de certeza la cantidad de potenciales oferentes, esto es, los verdaderamente interesados en presentarse a un determinado procedimiento de selección iniciado por una entidad estatal dentro de la totalidad de proveedores existentes en un mercado, es esencial la realización del análisis del sector económico ordenado por el artículo 2.2.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, que a su vez deriva en el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial como elemento indispensable para la determinación de los requisitos habilitantes, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.6.2 ibíd.

12 Cfr. SUBRAMANIAN (2010, p. 38). *"When there are many buyers, there is lots of same-side-of-the-table competition to take advantage of. Hold an auction, and let buyers do the work of driving up the price".*

13 Cfr. SUBRAMANIAN (2010, p. 40). *"In other situations, you don't know who the high value buyer is, and it would take a lot of time and effort to find out. In this scenario, 'search costs' are high, so you should hold an auction, announce it to the world, and let high value buyers find out".*

que llegó a la fase de la subasta porque cumple con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos por la entidad, y de que ha tenido en cuenta los costos de ejecución del futuro contrato (tales como postulación del producto, instalación, mantenimiento, primas de las garantías contractuales, gestión de riesgos, etc.) así como la utilidad que pretende obtener del mismo –la cual, por lo demás, no necesariamente deriva del resultado de la resta entre ingreso y costo, ya que puede consistir en otros aspectos, como la obtención de experiencia para postularse a una contratación que exige un nivel de experiencia superior al que se tiene en ese momento–, se constituye en el proponente que ha presentado la oferta más favorable para los intereses de la entidad. Aquí es el proveedor quien pone el precio al contrato, y no lo presume la Administración contratante, para quien la ganancia, en este caso particular, ha sido de 90.

Pero, por supuesto, la regla general no es la que hemos ejemplificado aquí. Lo lógico, cuando hay pocos oferentes, es que el comportamiento de la puja estará cerca del precio de arranque –que, se insiste, es el máximo que el Estado está dispuesto a pagar, esto es, su precio de reserva– y que cada jugador ofrecerá un valor ligeramente inferior al presentado por su competidor anterior, con lo cual, si bien no hay una gran reducción del precio, sí se obtiene un valor inferior al proyectado por la entidad contratante, y como el mismo se encuentra dentro de sus previsiones al estar por debajo de su valoración del objeto a contratar, en todo caso obtendrá una ganancia, determinada por la diferencia entre la valoración inicial y el precio a pagar por el objeto contractual.

En conclusión, si bien en la teoría general se considera que la subasta es el mecanismo ideal cuando hay un número plural considerable de oferentes, y que cuando estos son muy pocos lo más eficiente es acudir al mecanismo de la negociación, en el estado actual de la normatividad relativa a los contratos estatales la aplicación del mecanismo de la subasta inversa respecto del precio, o al alza para cualquier otro aspecto que lo requiera (a lo cual aplican todas las consideraciones aquí expuestas, en sentido inverso), se constituye en la medida más eficiente para que el Estado obtenga el mejor valor del dinero que invierte en lo que contrata, lo que equivale a la oferta más favorable para los intereses de la entidad, porque permite la competencia en su sentido más puro al ser los proveedores los que determinan el precio (o la cantidad) que verdaderamente refleja su valoración del contrato, revelando información importante para el Estado sobre el costo real de su ejecución y, en todo caso, generando una ganancia para la entidad estatal en términos de la relación calidad-precio.

B. LA SUBASTA ES EL MECANISMO MÁS EFICIENTE ANTE LA INCERTEZA DEL NÚMERO Y CALIDADES DE LOS POTENCIALES OFERENTES

Otro de los aspectos que sustentan la utilización de la subasta competitiva en la evaluación del precio en los procesos de selección de contratistas del

Estado consiste en que –en atención a la importancia que la legislación y su reglamentación dan a la obtención de varias propuestas como fundamento para la consecución de la oferta más favorable a los intereses de la entidad contratante y, por consiguiente, como núcleo esencial de la selección objetiva– la regla general es que entre más abierta sea la oportunidad de participar, mayor número de proveedores se presentará al concurso (partiendo, insistimos, de que los proyectos son interesantes para ellos), y en esta medida, mayor será el grado de incertezas respecto de las condiciones internas de cada uno de ellos, y en consecuencia, de su valoración subjetiva del contrato; pues los costos en tiempo y esfuerzo de averiguar estos aspectos serían muy altos y ni siquiera equivalentes al resultado de esa investigación, con lo cual resulta ser una medida altamente ineficiente.

En este orden de ideas, la subasta dinámica se convierte en el mecanismo idóneo, pues su estructura permite que sean los proveedores los que revelen al Estado contratante quiénes tienen la mejor valoración del contrato al presentar una oferta en el concurso, y ello, sumado al precio último con el que están dispuestos a competir, demuestra que tienen una percepción favorable de las condiciones del negocio que les permite proyectar una utilidad sobre el mismo.

No así sucede con el mecanismo actualmente estandarizado de adjudicación al primer precio, que implica que el Estado establece unas condiciones de presentación de la oferta y una única oportunidad de estrategia en relación con el valor a cobrar por la ejecución del contrato, pues en este escenario el contratante público es el que revela su valoración definitiva del contrato (la cual, por lo general, es errada por su desconocimiento del mercado), y ello implica que tenga que asegurarse de que el ganador del concurso tenga una valoración similar, lo que comporta un rastreo exhaustivo de las condiciones de los proponentes que conlleva tiempo y esfuerzo que no se ve reflejado como beneficio en la contratación; a lo cual debe sumarse la obligación legal de identificar lo que la norma llama “precios artificialmente bajos”, esto es, indagar en la valoración interna del oferente las razones de la sustancial diferencia entre el precio estimado por la Administración y el ofrecido en la propuesta, descartando a quien no pueda justificar “razonablemente” tal circunstancia.

Es así como se hace evidente que la subasta como mecanismo competitivo de evaluación del precio es el ideal para los procesos de selección de contratistas del Estado, pues disminuye los costos de búsqueda del precio real de los objetos que pretende contratar, y los propios de la determinación de las condiciones del futuro contratista, por cuanto, nuevamente, demuestra ser la opción que revela más información del mercado que es desconocida para el Estado al no ser este parte del grupo de oferentes, sino de los consumidores.

C. LA SUBASTA ES EL MECANISMO QUE ALINEA DE MEJOR MANERA LOS INCENTIVOS DE LOS OFERENTES

Partiendo nuevamente de la imposibilidad de utilizar la negociación como mecanismo de evaluación y escogencia de los contratistas del Estado en nuestro medio jurídico, un tercer argumento que refuerza las ventajas de la subasta respecto de cualquier otra forma de evaluación del precio es el hecho de que, como esta modalidad únicamente puede aplicarse respecto del precio o de aspectos medibles o cuantificables, en este escenario los incentivos de revelación de valoración de los costos de ejecución excluyen por completo la pujía en relación con las calidades subjetivas del negocio, como son la experiencia y reputación de expertos, las metodologías de ejecución y el personal requerido para la realización de la labor contratada.

En efecto, cuando el objeto a contratarse por parte del Estado comprende la verificación de otros componentes intangibles y que no son susceptibles de tasación ni valoración común por parte de todos los proveedores existentes en el mercado, sino que por el contrario las mismas dependen de la información y valor privado de cada uno de ellos, la subasta dinámica como forma de valoración se constituye en el mecanismo ideal para la evaluación de los aspectos en los que esta es aplicable, de modo que su resultado es únicamente un componente de la evaluación total de las propuestas presentadas, y su peso dentro de la misma será determinado por la entidad estatal contratante dependiendo del objeto contractual.

Dicho lo anterior, es claro que, cuando es posible, la subasta en su sentido dinámico y competitivo es el mecanismo que permite al Estado obtener la mejor información en relación con el valor real de los ítems que requiere contratar, ya que en este tipo de componentes la valoración que hacen los proveedores normalmente parte de información que es común para todos ellos, e inclusive accesible para el ente contratante, de modo que las estimaciones de los costos son dependientes del comportamiento de los participantes y de la combinación con cierta información privada que posea cada uno de ellos, que no es la determinante para tomar sus decisiones al momento de hacer un lance dentro del proceso. En consecuencia, los oferentes participantes que encuentran un valor importante en obtener el contrato estarán incentivados a presentar ofertas reales en cuanto a lo que objetivamente pueden obtener el mercado y en relación con la competencia que enfrentan dentro del proceso. Este comportamiento es esperable tanto para los procesos en los que todos sus componentes pueden ser subastados como para aquellos en los que además deban observarse y evaluarse aspectos diferentes de los propios de la subasta.

D. LA SUBASTA ES EL MECANISMO DE EVALUACIÓN MÁS EXPEDITO DISPONIBLE

Contrario a lo que se piensa respecto de la adjudicación al primer precio, y por supuesto, en oposición perfecta a la negociación, la subasta competitiva es el mecanismo de evaluación del precio que menos tiempo consume, y por ende, es el que menos costos genera a la selección de contratistas del Estado.

En efecto, mientras que con la modalidad de adjudicación al primer precio el Estado debe hacer un mayor esfuerzo para establecer el precio que está dispuesto a pagar por el objeto que pretende contratar (lo cual es más complicado cuando se trata del sector público, en la medida en que los precios relativos para el Estado siempre son superiores que en el mercado privado debido a los costos adicionales de la contratación), radicando en su cabeza la responsabilidad de cualquier error en el proceso, en la subasta es suficiente con establecer el precio máximo que cobra el mercado y cruzarlo con el límite de presupuesto con que se cuenta para la contratación; lo anterior, ya que la determinación final del precio depende enteramente de la valoración del contrato que hagan los oferentes en el marco competitivo, y en esta medida, el tiempo que demanda la contratación es sustancialmente menor, habida cuenta de que los participantes llegan a la subasta con un análisis previo que les permite saber de antemano cuál es su precio de reserva, que es su límite en la puja.

Es así como, si se tiene en cuenta que el Estado requiere prontitud en la contratación de las obras, bienes y servicios que necesita para el cumplimiento de su función de prestación de servicios públicos de manera eficiente y continua, y que uno de los principios constitucionalmente consagrados como parte de la función administrativa del Estado es la celeridad, se hace evidente que con el mecanismo de subasta las entidades estatales contratantes optimizan sus recursos de tiempo y esfuerzo para la obtención de la mejor relación calidad-precio que ordena el postulado de selección objetiva legalmente consagrado, de modo que se eviten las dilaciones injustificadas en la contratación por cuenta de la evaluación del precio, y principalmente, que se reduzca al máximo la responsabilidad del Estado por indebida planeación y desequilibrio contractual.

Estas son las ventajas más importantes de las subastas en el marco de la contratación estatal. Si bien uno podría discutir también los inconvenientes de este mecanismo, como, por ejemplo, el riesgo de que no exista competencia y solamente haya un oferente que postule el mismo precio máximo o de reserva que el Estado está dispuesto a pagar, o que hay una mayor probabilidad de colusión o cartelización de oferentes, lo cierto es que no existen situaciones de eficiencia paretiana, inmejorables, perfectas, y ante las desventajas del mecanismo son muchas más sus bondades, particularmente en un ámbito tan especial como es la contratación estatal, en donde, ante el gran temor a la corrupción, está proscrita la negociación como regla general (siendo este el mecanismo más eficiente desde todo punto de vista), por lo menos si solamente se presenta una propuesta y esta cumple con los requisitos exigidos por la Administración

contratante en el pliego de condiciones, se hace mandatorio proceder a la contratación, tanto por el hecho de que tal circunstancia concede un derecho al oferente, como porque el Estado requiere del objeto a contratar para cumplir con sus funciones; y si se llega a presentar una situación violatoria de la libre competencia que afecte al Estado o a cualquiera de los proponentes, el mecanismo legal e idóneo para sancionar estas prácticas se encuentra en cabeza de la autoridad estatal de competencia, que será la que determine la extensión de las conductas y la gravedad de las sanciones, separando, entonces, al Estado consumidor del Estado regulador, y por supuesto, del Estado sancionador.

II. EL CONCEPTO DE SUBASTA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA Y SUS VICIOS ESTRUCTURALES

Por último, una vez analizadas las ventajas de la subasta inglesa como mecanismo de evaluación principalmente del precio en el marco de la contratación pública, es preciso anotar, por una parte, que la subasta inversa como se encontraba regulada en el Decreto 1510 de 2013 no se compadecía con el concepto ni con las finalidades de este sistema en los términos ya explicados, y por otra, que la normatividad vigente sí permite la utilización de la subasta como mecanismo de evaluación en los procedimientos de selección diferentes de los bienes de características técnicas uniformes y de común utilización –excluyendo, se repite, el concurso de méritos–.

En cuanto al primer aspecto, debe ponerse de presente que el artículo 3.2.1.1.1 del Decreto 734 de 2012 consagraba: "Una subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado", definición que se compadece perfectamente con el concepto de subasta competitiva o dinámica que ya hemos explicado, y que hace parte de lo que se conoce como procedimiento de contratación de carácter competitivo, precisamente por los factores de puja y dinamismo. Pero, contrario a la definición normativa extinta, la reglamentación de la subasta inversa no permite ni que exista puja, ni que ésta sea dinámica, como lo pasamos a analizar.

En vigencia del Decreto 734 de 2012 ya mencionado, la subasta electrónica comprendía: (i) que el precio de arranque de la misma es el precio más bajo presentado por los proponentes que en una fase inicial y anterior a la subasta, en la cual se examinan sus calidades jurídicas, técnicas y financieras, se consideran habilitados por cumplir con todos los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones; (ii) que los lances sucesivos que hagan dichos oferentes habilitados se registrarán en el sistema, informando a estos únicamente de la recepción de los mismos y del orden en el que se encuentra su propuesta, pero manteniendo en reserva la identidad del valor de las pujas de los demás

oferentes; y, (iii) que solamente una vez haya terminado la subasta porque hubo una última puja válida, en el acto de adjudicación se conocerá tanto por los oferentes como por el público en general el registro de los lances efectuados durante la subasta. Por su parte, en cuanto a la subasta inversa presencial, la norma establecía: (i) que, al igual que en la versión electrónica, el precio de arranque será el más bajo presentado en la etapa de habilitación de proponentes; (ii) que en la audiencia pública que se efectúa para la subasta, los oferentes harán sus lances en sobres y formularios suministrados por la entidad estatal, de forma secreta y en un término común para todos los proponentes; (iii) que las ofertas presentadas serán entregadas a un funcionario de la entidad pública, y esta de forma secreta las ordenará en forma descendente, dando a conocer únicamente el precio más bajo ofrecido en la correspondiente ronda de pujas; y, (iv) que este procedimiento se repetirá tantas veces como sea necesario, hasta que no haya una postura más baja que la anterior.

Como se puede observar, es claro que lo que consagraba la reglamentación de la legislación en contratación estatal respecto de la subasta obedece al concepto híbrido en el que se hace una mezcla entre las ofertas selladas y las pujas dinámicas, esto es, entre la adjudicación a la oferta de primer precio y la subasta inglesa, y no a lo que en nuestro lenguaje se entiende como subasta¹⁴. En este sentido, es claro que la normatividad caía en una contradicción al definir la subasta inversa como puja dinámica y sucesiva, lo cual debe interpretarse de forma sistemática con el postulado de publicidad como manifestación concreta del principio de transparencia, rector de la contratación pública en Colombia por mandato del artículo 24 de la Ley 80 de 1993^[15]; pues, si bien es cierto que esta mixtura puede proveer cierto control y flexibilidad en las transacciones y encaminar a los proponentes a realizar ofertas económicas significativas en la fase de la presentación de la propuesta cerrada para llegar a la fase de la puja dinámica, el punto de partida en la propuesta inicial más baja y el secretismo en la forma en que se realiza la competencia en los precios, por una parte, incentiva aún más la colusión de oferentes para la fijación de los precios, y por otra, contrario a lo que implica un juego dinámico de información incompleta –en el que se conoce la estrategia del jugador anterior, y se conoce al jugador, pues de ello depende en gran parte la mejor respuesta (que es la regla general)–, no se conoce nada, desconociendo con ello uno de los presupuestos básicos de la subasta: la información.

Para completar esta total contravía con el concepto de subasta y su armonía con los postulados de transparencia, eficiencia y selección objetiva en la contratación pública en Colombia, además de que el decreto obligaba a la

14 <http://www.auctionadvisors.com/sellers/types-of-auctions-we-offer>

15 "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".

realización del procedimiento de manera electrónica o presencial con las reglas anteriormente vistas, la norma ordenaba a las entidades estatales incorporar márgenes mínimos de mejora en las propuestas. Así lo establecía el artículo 3.2.1.1.7 del Decreto 734 de 2012, al consagrarse:

Los pliegos de condiciones determinarán márgenes mínimos de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables. En la subasta presencial sólo serán válidos los lances que, observando el margen mínimo mejoren el precio de arranque si se trata del primer lance, o el menor lance de la ronda anterior en lo sucesivo. En la subasta electrónica, los lances serán válidos si superan 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.

Lo cual pugna nuevamente con el concepto de subasta inglesa, al no permitir la revelación de información sobre el precio de los objetos a contratar, y por ende, de las verdaderas condiciones de los mercados, de los cuales el Estado, como consumidor, es completamente desconocedor.

En la actualidad, bajo la vigencia del Decreto 1082 de 2015, el cual copia en su integridad lo dicho por el Decreto 1510 de 2013 en la materia, algunos aspectos han variado: la definición de subasta desaparece en la reglamentación actual; el artículo 2.2.1.2.1.2.5 del referido decreto consagra que la subasta inversa deberá realizarse presencial o electrónicamente, a elección de la entidad estatal contratante; y, de conformidad con los artículos 2.2.1.2.1.2.2 y 2.2.1.2.1.2.3, la subasta comprende: (i) que el precio de arranque de la misma es el precio más bajo presentado por los proponentes que en una fase inicial y anterior a la subasta, en la cual se examinan sus calidades jurídicas, técnicas y financieras, se consideran habilitados por cumplir con todos los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones; (ii) que los lances sucesivos que hagan dichos oferentes habilitados deben respetar el margen mínimo de mejora que haya establecido la entidad en el pliego de condiciones de la contratación, y (iii) que la subasta debe estar diseñada de tal manera que durante la misma no pueda identificarse qué oferente ha efectuado una determinada propuesta. En consecuencia, ya no se encuentran las reglas de subasta híbrida, de modo que, en teoría, existe libertad en la forma de estructurar este mecanismo de evaluación.

Así, a manera de conclusión general, se observa que a partir de la redacción del postulado de selección objetiva y su reglamentación sobre la oferta más favorable, es perfectamente posible, y de hecho recomendable, aplicar el mecanismo de subasta inglesa para la evaluación del precio y de cualquier otro aspecto cuantificable, medible o susceptible de ser representado en porcentajes.

En efecto, el numeral 2 del artículo 5.^º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, consagra como contenido de la selección objetiva en el marco de la contratación estatal:

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 y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

[...]

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la oferta más favorable, establece:

La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

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

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

De conformidad con la normatividad anteriormente referida, es claro que desde la misma consagración legal se concede a las entidades estatales la facultad de establecer los mecanismos para evaluar cada uno de los factores técnicos y económicos que se exijan para la selección del contratista de la Administración, así como los parámetros de ponderación de los mismos, con la única condición de que los mismos se encuentren establecidos de manera detallada y precisa en el pliego de condiciones –previa justificación de su escogencia en los estudios y documentos previos¹⁶–, al punto de establecer como alternativa para determinar la oferta más ventajosa la ponderación de los elementos de calidad y precio, nuevamente, sin entrar a determinar, ni positiva ni negativamente, los métodos para examinar cada uno de dichos factores. A lo anterior se suma lo dispuesto en el decreto reglamentario en cuanto a la opción de relación costo-beneficio, y que se refiere a la última premisa comentada sobre la oferta más ventajosa.

Por último, vale la pena comentar que para reforzar la premisa anterior, en la actualidad el artículo 2.2.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 consagra, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1150 de 2007^[17], la facultad de que en la modalidad de selección de licitación pública se utili-

16 Art. 2.2.1.1.2.1.1, num. 5 Dcto. 1082 de 2015.

17 “Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”.

ce el mecanismo de subasta inversa ya explicado, bajo la figura denominada confirmación dinámica de la oferta, así:

Las Entidades Estatales pueden utilizar el mecanismo de subasta inversa para la conformación dinámica de las ofertas en la licitación. En este caso, la Entidad Estatal debe señalar en los pliegos de condiciones las variables técnicas y económicas sobre las cuales los oferentes pueden realizar la puja.

En la fecha señalada en los pliegos de condiciones, los oferentes deben presentar los documentos que acrediten los requisitos habilitantes requeridos por la Entidad Estatal. En el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica.

La Entidad Estatal dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones debe verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de las condiciones adicionales si hay lugar a ello para determinar los oferentes que pueden continuar en el proceso de selección. La subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en los pliegos de condiciones.

En la subasta, los oferentes deben presentar su oferta inicial con las variables dinámicas, de conformidad con los pliegos de condiciones, la cual puede ser mejorada con los lances hasta la conformación de la oferta definitiva.

Se tomará como definitiva la oferta inicial realizada por el oferente que no presente lances en la subasta.

En ningún caso el precio será la única variable sometida a conformación dinámica.

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

De lo acontecido en la subasta, se levantará un acta donde se dejarán todas las constancias del caso.

Como se puede observar, si bien es claro que para el caso de las licitaciones públicas el mecanismo de subasta puede ser utilizado por una habilitación expresa, haciendo énfasis en que, en una interpretación unilateral de la norma, solamente permitiría dicho mecanismo a la baja, nada obsta para que en otras modalidades de selección y sus correspondientes procedimientos pueda utilizarse la subasta inglesa como forma de evaluación de aspectos medibles

o cuantificables, que permitan la competencia que tanto le interesa al Estado para la obtención de la oferta más favorable a sus intereses, como forma de valoración de los factores técnicos y económicos que la legislación claramente consagra. En consecuencia, ante la no prohibición de la utilización de la subasta como forma de calificación de las propuestas, su aplicación, por las razones ya explicadas, sería muy positiva para la escogencia de contratistas del Estado en Colombia.

CONCLUSIONES

Las ventajas de la subasta en la contratación pública son muchas, y su aplicación, en los términos del concepto y su desarrollo teórico y práctico, puede darse en la actualidad sin que con ello se desconozca el principio de legalidad positiva que rige a la función administrativa, y por supuesto, a la contratación estatal.

El presente escrito no pretende defender a toda costa la subasta inglesa como el mecanismo de evaluación de propuestas único e ideal bajo cualquier escenario para la contratación pública; se parte de la base de la normatividad existente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el cual la regla general consiste en la aplicación de un modelo discriminatorio de evaluación de las propuestas de los oferentes, esto es, la presentación de una única oferta en relación con el precio, si bien desde la norma de 1993 se estableció claramente que este no puede ser el único factor de escogencia de contratistas del Estado –perspectiva que cambia sustancialmente a partir de la consagración del procedimiento de selección para la modalidad de contratación de mínima cuantía–, y la excepción se constituye en el modelo competitivo, propio de la subasta inglesa, que se utiliza a la inversa (*reverse auction*).

Somos conscientes de que la complejidad de los objetos contractuales que normalmente demanda el Estado en todos su órdenes y la satisfacción del interés general mediante la eficiente y continua prestación de los servicios públicos, así como la casi absoluta necesidad de modificar los componentes técnicos y hasta financieros de estos negocios una vez celebrados y en fase de ejecución, ameritan un replanteamiento de los mecanismos de escogencia de contratistas del Estado en dirección a la utilización de la negociación, por razones de incentivos que no son del resorte de este trabajo, y que obligan a un estudio profundo de la realidad jurídica y social colombiana.

Se tiene, entonces, que ante lo complicado y extenso de la normatividad en materia de contratación estatal en Colombia, en donde contamos con cinco diferentes modalidades de selección y doce diferentes procedimientos para la escogencia de contratistas, el mejor valor del dinero de los contribuyentes y las finalidades propias de la contratación pública se encuentran absolutamente perdidos debido a que los incentivos que determina dicha legislación son

precisamente los incorrectos y generan el máximo costo social. En efecto, son una generalidad en nuestro medio tanto el incumplimiento de parte de los contratistas como las demandas al Estado por falta de planeación y desequilibrios contractuales, normalmente como consecuencia de la ignorancia de los entes públicos en cuanto al mercado del que son consumidores, lo que contrasta con una obligación de orden legal de ser los encargados de la estructuración detallada y definitiva de los proyectos a contratar, así como con la política de austeridad en el gasto equiparada con el sector privado que propugnan los órganos de control. Actualmente, desde la normativa reglamentaria se pretende modificar esta conducta con la imposición del deber de análisis del sector económico en el que se realizará la contratación, y con el establecimiento de este insumo como necesario para la determinación de los requisitos habilitantes, junto con el conocimiento de fondo de los oferentes desde la perspectiva comercial, el valor del proceso de contratación y los riesgos asociados al mismo –entendiendo por tal todas las actividades que comprenden desde la planeación hasta la expiración de última de las actividades relacionadas con el proyecto, al tenor del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015–.

De la lectura juiciosa de las normas relacionadas con las reglas para la determinación de la oferta más favorable a los intereses de las entidades estatales en el marco del deber de selección objetiva legalmente establecido, es dable concluir que en la actualidad las entidades estatales están facultadas para utilizar la subasta, común o inversa, como mecanismo de evaluación del precio o de cualquier aspecto medible, y que las únicas restricciones que se encuentran en los preceptos legales consisten en: (i) que el precio no podrá ser el único factor de evaluación en los procesos de selección diferentes de la selección abreviada para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; (ii) que el precio no podrá ser factor de evaluación en los concursos de méritos, y (iii) que el menor plazo ofrecido en los contratos de obra tampoco podrá ser evaluado; en consecuencia, la determinación del puntaje de cualquier aspecto técnico o económico que sea susceptible de puja dinámica por parte de los oferentes podrá ser objeto de una subasta.

Por ello, se sugiere extraer las ventajas de la subasta inglesa para aplicarla de forma más general en nuestro sistema de compras públicas y extenderla a otros aspectos diferentes del precio, como se intenta con la figura de la conformación dinámica de las ofertas en el marco de la modalidad de selección de licitación pública, ya que este mecanismo, por imperfecto que sea, en este momento ayuda corregir uno de los fallos más grandes de este mercado, como es la asimetría de información, especialmente bajo la normativa actual en la que no se restringe el mecanismo, y principalmente, no se distorsiona.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAZAÑAS GARZA, P. (2011). *Economía experimental y del comportamiento*. Barcelona: Bosch.
- BAJARI, P.; McMILLAN, R. y TADELIS, S. (2003). Auctions versus negotiations in Procurement: An empirical analysis. *NBER Working Paper* 9757, junio.
- HOLT, C. (1980). Competitive Bidding for Contracts Under Alternative Auction Procedures. *The Journal of Political Economy*. Chicago, University of Chicago Press, pp. 433-445.
- SAFAR, M. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: Hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SUBRAMANIAN, G. (2010). *Dealmaking: The New Strategy of Negotiations*. New York: W.W. Norton & Company.

ENLACES DE INTERNET

<http://www.auctionadvisors.com/sellers/types-of-auctions-we-offer>

NORMATIVIDAD

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Ley 1450 de 2011

Ley 1474 de 2011

Decreto Ley 19 de 2012

Decreto 734 de 2012

Decreto 1510 de 2013

Decreto 1082 de 2015