

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

REVISTA DE DERECHO PUBLICO MINIMO

MODALIDADES DE SELECCIÓN CONTRACTUAL EN LA LEY 1150 DE 2007

Por

Libardo Orlando Riascos Gómez

Doctor en Derecho

2010

MODALIDADES DE SELECCIÓN CONTRACTUAL EN LAS NORMAS VIGENTES

- * **Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007.**
 - * **Intervenciones gubernamentales, institucionales y del Ministerio Público**
 - * **Análisis de la ineptitud sustancial de la demanda en el presente caso**
 - * **Finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho y la Ley 1150 de 2007**
 - * **La potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal.**
 - * **Libertad de concurrencia**
 - * **El legislador no excedió el ámbito de configuración legislativa.**
 - * **Declaratoria de inhibición en los cargos formulados contra la expresión “y servicios” contenida en el artículo 2º, numeral 2, literal a), párrafos 3º y 5º, y en el artículo 5º, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007, por ineptitud sustancial de la demanda.**
 - * **Declaratoria de exequibilidad del inciso segundo del numeral 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y la expresión “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, contenido el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, por el cargo analizado en la presente sentencia.**
-
-

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Plena-

SENTENCIA N° C-713 de 2009

Referencia: Expediente D-7663

Demandante: Martín Bermúdez Muñoz

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007.

Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

Bogotá, D.C., siete (07) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de }}la Constitución Política, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz, demandó los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*”, por considerar que las normas acusadas vulneran los artículos 1, 2, 209, 273, 333 y 365 de }}la Constitución Política.

Por auto del 26 de marzo de 2009, la magistrada sustanciadora admitió la demanda, y ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, al Contralor General de la Nación, a la Corporación Transparencia por Colombia, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

NORMA DEMANDADA

El texto de las disposiciones demandadas es el siguiente:

LEY 1150 DE 2007
(julio 16)

Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

El Congreso de la República

DECRETA:

“Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

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.

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes **y servicios** de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, 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.

Para la adquisición de estos bienes **y servicios** las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La enajenación de los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, Frisco, se hará por la Dirección Nacional de Estupefacientes, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las recomendaciones que para el efecto imparta el Consejo Nacional de Estupefacientes.

El Reglamento deberá determinar la forma de selección, a través de invitación pública de los profesionales inmobiliarios, que actuarán como promotores de las ventas, que a su vez, a efecto de avalúos de los bienes, se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores y quienes responderán por sus actos solidariamente con los promotores.

Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta;

f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos

fiduciarios que demanden;

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de {{la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de {{la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Parágrafo 1°. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.

Parágrafo 2°. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2° del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2° del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2° del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2° y 3° de la Ley 816 de 2003.

Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes **y servicios** de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Parágrafo 4°. Las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes.

Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 5°. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2° del literal a) del numeral 2° del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes **y servicios** de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes **y servicios** ofrecidos.

En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.

Parágrafo Transitorio. Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección.

Artículo 5°. *De la selección objetiva.* 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:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección **y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo.** La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

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.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes **y servicios** de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”

LA DEMANDA

El demandante considera que los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, vulneran los artículos 1 (prevalencia del interés general), 2 (finés esenciales del Estado), 209 (función administrativa), 273 (adjudicación licitación en audiencia pública), 333 (libre competencia económica), 365 (prestación eficiente de los servicios públicos) y 366 (finalidades sociales del Estado) de la Constitución Política.

El actor efectúa tres cuestionamientos centrales a las normas demandadas que pueden sintetizarse en los siguientes términos que se presentan a continuación.

1. El primer cargo consiste en señalar que el inciso 2, del numeral 1, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 es inconstitucional porque permite que en las licitaciones públicas, procedimiento por el cual se adjudican los contratos más importantes y más cuantiosos de la administración, se acuda al sistema de subasta inversa (donde lo único que cuenta es el precio) sin ninguna restricción, con lo cual se vulnera el principio general que desarrolló el legislador de conservar la licitación pública como modo general de adjudicación de los contratos y la prevalencia del interés general que debe guiar todas las actuaciones estatales.

Dentro de este contexto, el demandante hace referencia al caso español, en el que la procedencia de la subasta está regulada de manera excepcional y las restricciones que se establecen en relación con el tipo de contrato y la cuantía tienen como propósito exponer al Estado y a los ciudadanos al menor riesgo.

2. El segundo cargo recae sobre el aparte demandado del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que desarrolla el principio de selección objetiva, cuestiona la circunstancia de no otorgar puntajes a los factores relativos al proponente, capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, y de organización, porque conduce a que la libre competencia para adjudicar el contrato (art. 333 CP) sólo pueda darse en relación con las condiciones de la oferta y no en relación con las condiciones de los proponentes. Según el demandante, la Corte concluyó en la sentencia C-400 de 1999 que el sistema previsto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 era el ajustado a la Constitución porque permitía el logro de los dos objetivos del proceso de selección: mejor propuesta y mejor proponente. Al respecto sostuvo:

“En muchos eventos las condiciones relativas a la propuesta, que son las únicas respecto de las cuales puede adjudicarse puntaje de acuerdo con las normas demandadas, son tan limitadas (precio, plazo, calidad), que para las entidades resultará esencial incluir como factores de adjudicación los relativos al proponente (experiencia, cumplimiento de contratos anteriores, capacidad financiera, organización y equipos), para adjudicar la licitación al proponente que ofrezca las condiciones que mejor se acomoden al interés público que ella persigue con la celebración del contrato.

La imposibilidad de incluir estos últimos requisitos determinará que las entidades terminen adjudicando los contratos bajo la consideración de un solo factor: el menor precio. (...)

En los antecedentes de la ley esta medida se justifica en la necesidad de introducirle eficacia y transparencia al proceso de contratación pública (...). El argumento de la eficacia en el proceso de selección no nos parece convincente. Creemos que vale la pena introducir algo más de trabajo o de esfuerzo a los evaluadores (inclusive examinar más resmas de papel) si con ello se logra, por ejemplo, determinar cuál de los proponentes tiene mayor experiencia en relación con el objeto preciso del contrato.

(...) Se trata de que las entidades tengan la posibilidad de establecer unos criterios mínimos de admisibilidad y otros de evaluación sin que exista dificultad en que versen sobre los mismos aspectos. La doctrina se refiere en este punto a un umbral mínimo que permite participar y a una libre concurrencia sobre las condiciones relativas al mismo aspecto que le permite a la entidad escoger al mejor proponente. Ese era el procedimiento previsto en la Ley 80 de 1993, el cual permitía la competencia sobre los dos aspectos y le otorgaba discrecionalidad a las entidades para darle peso específico a cada uno de ellos, atendiendo el tipo de contrato a celebrar.”

En la medida en que las entidades públicas están obligadas a que la competencia verse única y exclusivamente respecto de la oferta, la adjudicación de los contratos se realiza bajo la consideración de un solo factor: el menor precio, con lo cual la actuación de la administración termina siendo regida por el exclusivo principio de lograr ahorros o economías para el Estado, desconociendo que además debe estar orientada a lograr la inversión eficaz de los recursos y, sobre todo, a buscar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

3. El tercer cargo hace referencia a que el sistema de subasta inversa, en el que el menor precio determina en forma exclusiva la adjudicación del contrato, sólo es admisible, por no afectar el interés general, cuando el Estado adquiere bienes de condiciones técnicas uniformes y común utilización. En el caso de la contratación de servicios es necesario garantizar que se celebrará el contrato con quien ofrezca prestar el servicio de mejor manera, situación en la cual tanto las condiciones de la oferta como las condiciones del oferente son relevantes.

Para el actor en la contratación de bienes de condiciones técnicas uniformes y común utilización, el interés general no se ve afectado cuando se contrata con quien ofrece el menor precio porque una vez definidas todas las condiciones específicas de lo que requiere adquirir, al Estado le resultan indiferentes las condiciones de ejecución del contrato y el interés general se favorece cuando le compra a quien ofrece vender por el menor precio. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de contratar un servicio, las condiciones de ejecución del contrato no resultan irrelevantes para el Estado y el interés general impone que las entidades busquen que el servicio que se contrata sea prestado de la mejor manera.

En la contratación de servicios las entidades deberían tener en consecuencia la posibilidad de proceder en ciertos eventos como lo ordenaba el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, con el fin de obtener la mejor propuesta y el mejor proponente (asignando puntaje a las condiciones del proponente y a la oferta); y en otros como lo establece el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lograr la mejor oferta (asignando puntaje sólo a la oferta). Por esta razón, el menor precio no puede ser el único factor que determine la adjudicación de este tipo de contratos.

INTERVENCIONES

Intervención del Departamento Nacional de Planeación

La intervención del apoderado del Departamento Nacional de Planeación DNP) se identifican dos aspectos centrales: i) Consideraciones respecto de la admisión de la demanda y ii) Razones de la defensa.

Respecto del primer punto, referente a la admisión de la demanda, señala el DNP que no ha debido proceder porque el auto admisorio reconoce que no cumple de manera efectiva y eficaz con los requisitos mínimos exigidos para su admisión, y que la magistrada sustanciadora en aplicación del principio *pro actione* decidió omitir tal situación y dejó a la Sala la decisión final sobre si procede o no un pronunciamiento de fondo sobre el conflicto jurídico planteado.

Específicamente advierte que “los argumentos de la demanda no son claros, ni específicos, ni suficientes” porque la presunta inconstitucionalidad de los apartes demandados está basada en esquemas legales derogados que fueron entendidos ajustados a la Carta dentro de un contexto normativo distinto, sin que se realice una verdadera confrontación de la norma vigente con las disposiciones constitucionales que se entienden vulneradas. Al respecto sostiene:

“No basta con que, a lo largo de su argumentación se incluyan, de forma resaltada, frases o palabras que provienen de la norma que se acusa, para que con ello se entienda hecho un argumento de inconstitucionalidad, ni tampoco resulta pertinente que una demanda de inconstitucionalidad se fundamente en la comparación de dos esquemas de contratación fundados en normas distintas, por el hecho que uno de ellos fue objeto de revisión constitucional, cuando el segundo es el resultado del cambio normativo del soporte legal del primero. El cargo debe basarse en la objetiva comparación de la norma legal con el ordenamiento superior, y no en el anhelo de un sistema contractual anterior que el actor considera mejor que el resultante de la voluntad del legislador expresada por la Ley 1150 de 2007.”

En consecuencia solicita el DNP a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse por ineptitud sustancial de la demanda, pero que en el evento de que no acceda a lo pedido, le ruega considerar:

i) Ajustado a la Constitución, el aparte demandado del artículo 5-1 de la Ley 1150 de 2007, porque el hecho de señalar que los requisitos habilitantes de los oferentes son verificados, pero no objeto de una calificación, salvo en el concurso de méritos, no contraría la Carta, ni rompe el principio de igualdad, ni afecta la libre competencia, ni deja de lado el interés general que prima en las actuaciones del Estado a través de sus agencias, sino que se limita a inscribir el principio de selección objetiva en dos momentos diferentes: a) la escogencia del proponente, de acuerdo con sus condiciones, y b) la evaluación de las ofertas de los proponentes previamente habilitados para ello.

ii) Conforme a la Carta el aparte cuestionado del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, porque establece la figura de conformación dinámica de la oferta y no la de adjudicación al menor precio. Es decir, la ley no consagra la subasta inversa como un método autónomo de selección para adjudicar una licitación pública, lo que en nuestro medio sólo ocurre como causal de selección abreviada, sino como posible fase del proceso licitatorio.

La posibilidad de conformar dinámicamente una oferta, apunta a reducir el costo total de la oferta presentada y no el precio. Lo que se pretende es lograr mejores condiciones técnicas y económicas, que redunden en menores costos para la entidad y en ofertas más favorables, y no como lo entiende erróneamente el demandante, en buscar exclusivamente un menor precio. Esta lectura de la norma demandada es la única posible, si se la mira en conjunto con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece como regla general aplicable a toda licitación pública la ponderación de factores técnicos y económicos de escogencia. En este sentido, el demandante parece hacer *“una lectura errada de las normas, al no reparar que en el contexto de la reforma la única posibilidad de tener al precio como único factor de escogencia está dada para los bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización (num. 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007).”*

iii) Ajustados a la Constitución los apartes demandados de los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, referentes a la expresión *servicios*, interpretados de manera errada por el actor. En efecto, el legislador establece nueve causales de selección abreviada, una de ellas, la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, causal sobre la que el demandante pretende la declaración de inexecutable de la inclusión de los servicios como objeto contratable por tal modalidad de selección, a través del instrumento de subasta inversa. En este caso, la subasta es la que opera como método de selección.

Frente a este cargo estima el DNP que los argumentos de violación no se concretan en la demanda, sino que se alimenta de la ya explicada necesidad de las entidades de poder evaluar las condiciones del proponente en un proceso de selección, que a juicio del demandante es de resorte constitucional.

Además, considera que el corresponder a unas características técnicas uniformes y de común utilización, conduce a que el servicio que se solicita es el mismo servicio que cualquiera de los oferentes habilitados está en condiciones de prestar, sin detrimento alguno en las condiciones de calidad del mismo, toda vez que estas fueron definidas previamente. De manera que al interior del proceso no hay discusión alguna, ni ventaja o desventaja comparativa entre los ofrecimientos técnicos, lo que justifica que la contienda verse exclusivamente sobre el precio, ya que las demás condiciones del servicio a contratar han sido definidas por la entidad de manera estandarizada y no están sujetas a cambios en su ofrecimiento.

Por último, estima que el principio de prevalencia del interés general sobre el particular no se viola porque, lo importante no son las características subjetivas del proponente (necesarias para participar en el proceso de contratación) sino que la oferta se ajuste a los requerimientos de la Administración. El interés general se protegerá escogiendo la oferta que más se acerque a dichas exigencias.

Intervención del Ministerio del Interior y de justicia

El Ministerio solicitó a la Corporación declarar la exequibilidad de las normas acusadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

i) No puede aducirse válidamente, como lo hace la demanda, que la norma cuestionada al excluir las condiciones del proponente como factor de adjudicación, restringe la posibilidad de que las entidades intenten contratar con el mejor proponente y se desaprovechen las ventajas de la libre competencia para adjudicar el contrato, pues las condiciones del proponente constituyen requisitos habilitantes para participar. Y no deben otorgar puntaje porque se trata de participar en condiciones de igualdad con los demás proponentes, de manera que condiciones especiales de experiencia o capacidad financiera, de algunos proponentes, no determinen la adjudicación del contrato, salvo la excepción contemplada en la ley respecto de los procesos para la selección de los consultores, en los cuales la calidad del contratante es determinante.

ii) En los contratos que deben celebrarse mediante licitación, los proponentes deben presentar su oferta económica teniendo en cuenta el presupuesto oficial del contrato, que debe estar incluido en el pliego y que se elabora con anterioridad al proceso licitatorio. De manera tal que, al Estado no le interesa un proponente que ofrezca un precio que se encuentra por debajo del presupuesto oficial, como tampoco los ofrecimientos que sobrepasen dicho presupuesto, razón por la cual la entidad contratante establecerá como admisibles las propuestas que se encuentren en determinado rango. Caso en el cual, el precio es un factor de adjudicación pero dentro de los rangos establecidos por la entidad. Así las cosas, el interés general se garantiza cuando se adjudica a quien ofrece celebrar el contrato en las condiciones que mejor favorezcan a la administración y en los términos previstos en el pliego, dentro de los cuales el menor precio, es solo uno de los factores de evaluación.

iii) Tratándose de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes, es lógico que el factor determinante lo constituya el precio, sobre la base de los requerimientos mínimos exigidos por la entidad, pues entre todos los posibles oferentes que cumplen tales requerimientos, el que ofrece el precio más bajo sería favorable a la entidad, lo cual en lugar de ser contrario al interés general, garantiza la protección del patrimonio público y la prestación eficiente de los servicios.

Intervención de la Contraloría General de la República

Solicita a la Corte la declaración de constitucionalidad de las disposiciones acusadas, de acuerdo con las siguientes razones:

3.1. El hecho de que el legislador varíe las condiciones que deben tener en cuenta las entidades estatales para seleccionar el ofrecimiento más favorable en los procesos de selección de contratistas, no implica una transgresión constitucional.

3.2. El artículo 2, numeral 1, inciso 2 de la Ley 1150 de 2007, no establece que el único factor de evaluación en las subastas inversas que realicen las entidades públicas en los procesos licitatorios será el precio, salvo que se trate de procesos de selección abreviada para la contratación de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

3.3. El procedimiento de la subasta inversa total o parcial en los procesos licitatorios, no vulnera el interés general; no es contrario a los principios de la función pública; no vulnera la facultad que tiene cualquiera de los proponentes de solicitar al Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal que ordenen que el acto de adjudicación tenga lugar en audiencia pública, y tampoco vulnera el derecho a la libre competencia económica, ni el deber que tiene el Estado de asegurar que los servicios públicos se presten en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

3.4. Respecto de la utilización de la subasta inversa para la adquisición de servicios de características técnicas uniformes, considera que si todos los proveedores en el mercado, están en igualdad de condiciones para prestar el servicio, resulta favorable para las entidades públicas la contratación con aquellos que ofrecen el mejor precio. La contratación en estas condiciones no vulnera la Constitución y cumple los principios de la función administrativa por las siguientes razones: los proponentes están en igualdad de condiciones para participar y el contrato se adjudica al proveedor, que en igualdad de condiciones, ofrece el menor precio, observándose así el principio de moralidad, economía e imparcialidad, porque se trata de un criterio de calificación objetivo que no depende de la valoración del evaluador.

3.5. El hecho de que el legislador varíe las condiciones que deben tener en cuenta las entidades estatales para seleccionar el ofrecimiento más favorable en los procesos de selección de contratistas, no implica una transgresión constitucional. Los

requisitos que deben acreditar los proponentes para poder participar en los procesos de selección son objeto de verificación y las ofertas son objeto de calificación y de asignación de puntaje, diferenciación que en nada contradice la Constitución.

Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a la Corporación declarar exequibles los apartes de los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con los siguientes argumentos:

4.1. Frente al cargo de vulneración del interés general señala que no se ve afectado porque las modalidades demandadas generan un ahorro considerable que materializa los principios de economía y eficiencia que por mandato de la ley de contratación le son propios, al igual que el respeto de los postulados de la Ley 489 de 1998, imperativos en la gestión pública y que conducen a reconocer una mayor capacidad del Estado en el número y/o volumen superior de bienes y servicios que suministra a los administrados, lo que en otras palabras se traduce en unas finanzas eficientes para atender las múltiples necesidades de la comunidad.

Afirma la entidad que si con los mismos recursos la Administración obtiene un mayor número de bienes, o frente al número de bienes se identifica menor compromiso de recursos, o con menos recursos se puede contar con un servicio de mayores condiciones de cobertura y calidad, el resultado es la satisfacción óptima de las necesidades de la administración y de los administrados, en momentos en que se identifican limitaciones presupuestales para la ejecución de los programas y proyectos de todo orden que deben ser atendidos por el Estado.

Así las cosas, para el Ministerio de Hacienda la Ley 1150 de 2007, no hizo otra cosa que recurrir a esquemas de negocio que se identifican en el mercado y flexibilizar el escenario, a partir de la identificación de ciertos requisitos mínimos habilitantes que dan fe de las calidades de la persona que está en condiciones de ofertar y sostener el menor precio, con el propósito de garantizar los fines de la contratación. Con la implementación de las nuevas modalidades de contratación, se han identificado ahorros significativos a la administración Pública, que garantizan una mayor cobertura en la contratación de obras, bienes y servicios requeridos por el Estado para cumplir sus cometidos.

Por otra parte, se ha dado una mayor concurrencia de particulares que se encuentran en capacidad de prestar el servicio y/o proveer los bienes, que por “el apretado sistema anterior de experiencia como factor de ponderación”, había marcado un derrotero restrictivo en la participación en la que “los cerrados círculos de prestadores del servicio o proveedores no les permitía una abierta y democrática participación.”

En consecuencia, y dado que la contratación de la Administración Pública es una manifestación concreta del desarrollo de la función administrativa, y que ésta se encuentra acorde con los fines del Estado en desarrollo de los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, el cargo no está llamado a prosperar.

4.2. El legislador no ha afectado la libre competencia por dos razones: (i) no desconoce de plano las calidades de orden jurídico, financiero, organizacional y técnico del oferente, las cuales se identifican plenamente de manera previa a la realización de la subasta. Una vez verificados los aspectos propios del sujeto y sobre la estructura de una propuesta económica inicial que resulte cotejable para los fines de mejorar el ofrecimiento económico, se garantiza la libre concurrencia, con la previa acreditación de requisitos señalados en los pliegos. Y (ii) permite de manera más clara que los componentes de la contratación se alcancen: el de la libre competencia porque es el mercado el que regula la mayor parte de los precios de los bienes y servicios utilizados por parte del Estado; y el de la libre concurrencia porque le da una mayor participación a posibles oferentes que demuestren unas condiciones mínimas para participar.

Esas condiciones mínimas, implican que quien pretenda contratar con la Administración Pública debe cumplir unos requisitos básicos que la administración dosificará de acuerdo con lo especializado del objeto del contrato, sin que por ello desvirtúe la libre competencia.

4.3. Dadas las condiciones mínimas del objeto a contratar, la administración puede tomar el precio como el factor determinante en la adjudicación de la licitación. Lo que la administración busca con la aplicación de este mecanismo es la estructuración de la oferta, bajo el entendido de que los oferentes habilitados para intervenir en la subasta inversa cumplen de manera estricta con un mínimo de requisitos (jurídicos, financieros, técnicos y organizacionales, más un precio de mercado sostenible) que les permite desarrollar el contrato en los términos establecidos por la administración, términos que lo único que no han determinado de manera absoluta es el precio - sólo se ha determinado el presupuesto oficial-, el cual será definido en franca lid por los oferentes habilitados en desarrollo de la subasta.

En la medida en que la administración genera un filtro inicial con el cual se determinan los oferentes hábiles que se encuentran en capacidad de desarrollar el objeto del contrato, los fines del Estado, entre ellos el interés general, se encuentran salvaguardados.

4.4. Respecto de la subasta inversa para la contratación de servicios de condiciones uniformes, las condiciones de ejecución del contrato no resultan irrelevantes y por eso la Administración, en virtud del conocimiento que le asiste frente al servicio a contratar, como resultado de la experiencia en anteriores contrataciones y/o por el profundo estudio que la ley le ordena realizar antes de adelantar cualquier contratación, ha definido las condiciones mínimas habilitantes, lo que requiere para cubrir la necesidad que da lugar a la contratación, dejando a las fuerzas del mercado la definición del precio, sin que esto vulnere los principios que rigen la gestión de la Administración Pública, de la contratación misma, al igual que el interés general.

Intervención de la Federación de Aseguradores Colombianos, Fasecolda.

En su intervención Fasecolda solicitó a la Corte, declarar la inexecutable del inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por vulnerar el artículo 209 de la Carta, con fundamento en las siguientes razones: (i) la imposibilidad de acompañar la esencia del proceso de licitación pública en la cual se debe seleccionar la mejor oferta de acuerdo con parámetros de calidad y precio, con un procedimiento en el que se persigue obtener el menor precio ofertado; (ii) no existe discusión sobre la posibilidad de estandarizar bienes, pero sí respecto de los servicios. Cuando se afirma que un servicio es estandarizable, en el fondo se renuncia a la obtención de la mejor relación costo-beneficio a que hace referencia el Decreto 2474 de 2008.

Afirma que en materia de seguros es muy difícil la estandarización, puesto que el servicio varía de asegurador en asegurador, e incluso, en la oferta de productos al interior de una misma aseguradora. Además, estima que la calidad y oportunidad en su prestación depende de las características intrínsecas de cada asegurador y no del valor de la prima (precio).

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 4775 del 26 de mayo de 2009, solicita a la Corte Constitucional:

1. Declarar la exequibilidad de la expresión *“Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”*, contenida en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por las siguientes razones:

1.1. El legislador es libre de establecer el procedimiento de subasta inversa cuando lo considere fácil o rápido, de conformidad con el tipo de servicios que la administración intenta contratar (art. 150 CP). En los procesos de licitación pública es sólo una posibilidad porque la entidad estatal tiene la libertad de determinar si lo emplea o no y respecto de qué tipo de contratos.

1.2. La finalidad de la subasta inversa es seleccionar la proposición más ventajosa a través de un mecanismo ágil y dinámico que se utiliza comúnmente en las transacciones económicas. Permite la libre competencia y hace posible

que sea la demanda quien exponga sus necesidades, provocando que la oferta compita entre ellas para satisfacerlas.

1.3. Por regla general el precio más bajo no puede ser el criterio único determinante de la selección de la propuesta más favorable, pues no garantiza la mejor elección. Sin embargo, ante propuestas que se encuentran en igualdad de condiciones de favorabilidad, resulta razonable que la mejor sea aquella que ofrezca un mejor precio. En situaciones como éstas la utilización del precio como único criterio de comparación de las ofertas se ajusta a la Constitución.

2. Declarar la exequibilidad de la frase “*y no otorgará puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo*”, consagrada en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los argumentos que a continuación se presentan:

2.1. El legislador, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 150 de la Constitución, consagró en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, una distinción en relación con la forma en que se deben evaluar las propuestas. Así, estableció una diferencia entre las circunstancias del oferente (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización), las cuales deben ser objeto de verificación como requisitos habilitantes (de admisión o de rechazo), y las condiciones de la oferta, que debe ser evaluada con puntos considerando los factores técnicos y económicos.

2.2. El hecho de que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, lo mismo que la capacidad financiera y de organización de los proponentes no otorgue puntaje, salvo cuando se trata de la selección de consultores, no implica que tales aspectos no sean objeto de comprobación y menos aún no sean tenidos en cuenta para la elección de la oferta más favorable a los intereses de la administración pública. *“Por el contrario, quien tenga mejores requisitos habilitantes, presentará la mejor oferta, pues en los aspectos técnicos y económicos de la misma se verán reflejadas la experiencia, la capacidad financiera y la organización de los oferentes, razón por la cual no puede afirmarse, como lo hace el demandante, que el hecho de que tales aspectos no otorguen puntaje restringe la posibilidad de que las entidades estatales puedan contratar con el mejor proponente.”*

2.3. El objetivo de la norma acusada, según la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 1150 de 2007, es garantizar la transparencia y la eficiencia en los procesos de contratación que lleven a cabo las entidades estatales, evitando el direccionamiento de los mismos desde los pliegos de condiciones. Se propone así en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, un nuevo contenido para el deber de selección objetiva que tiene como finalidad principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos.

Al no poder ser utilizadas las condiciones del oferente referidas a su capacidad administrativa y financiera, así como su experiencia, para darle un mayor puntaje, puesto que son factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, se limita la posibilidad de diseñar procesos “a la medida” de proponentes determinados, salvo claro está, la selección de consultores, en la que se valora la formación y la experiencia del proponente, en razón el alto contenido intelectual que requiere el desarrollo de tales contratos.

3. Declararse inhibida para pronunciarse de fondo en relación con los cargos formulados por el actor contra la expresión “*y servicios*” contenida en el artículo 2, numeral 2, literal a), parágrafos 3 y 5, y en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007, porque el demandante no demuestra con claridad y precisión la manera como la citada frase desconoce los preceptos constitucionales invocados. El actor se limita a señalar, sin fundamentos suficientes, que cuando el Estado contrata servicios, así sean de características técnicas uniformes y de común utilización por las entidades, el menor precio no puede ser el único factor de adjudicación, puesto que se debe procurar que los servicios sean prestados por quien garantice hacerlo de la mejor manera.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

Problemas jurídicos

De conformidad con lo planteado por el accionante en el presente caso, la Corte Constitucional debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Resulta contrario al principio de prevalencia del interés general (art. 1 CP) y a los fines esenciales del Estado (art. 2, CP), que en los procesos de contratación pública por licitación pública, procedimiento mediante el cual se adjudican los contratos más importantes y más cuantiosos de la administración, el legislador haya autorizado en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que cuando la entidad estatal así lo determine la oferta pueda ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante el sistema de subasta inversa?
- ¿Resulta contrario a los artículos 1, 2, 209, 273, 333, 365 y 366 de la Constitución Política, que el legislador al regular los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, haya previsto en el numeral 1 del artículo 5 que serán objeto de verificación del cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso, pero no otorgarán puntaje para la selección, los requisitos de elegibilidad relativos a la capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los proponentes, con lo cual la libre competencia para adjudicar el contrato sólo se da en relación con las condiciones de la oferta?
- ¿Desconoce la prevalencia del interés general (art. 1 CP), el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 CP), los principios de la función pública (art. 209, CP), el derecho a la libre competencia económica (art. 333, CP), y el deber que tiene el Estado de asegurar que los servicios públicos se presten en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art.365 CP), que en el numeral 2 del artículo 2, literal a), párrafos 3 y 5 y en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el legislador haya autorizado para la contratación de servicios, el que se acuda a la subasta inversa?

Con el fin de resolver los anteriores problemas jurídicos, esta Corporación recordará brevemente la jurisprudencia sobre la potestad de configuración del legislador en materia de contratación pública y los límites constitucionales al ejercicio de tal potestad y con base en ella, examinará la constitucionalidad de las expresiones acusadas en el presente proceso. No obstante, como quiera que varios de los intervinientes han solicitado a la Corte declararse inhibida por ineptitud sustancial de la demanda, estudiará primero si ésta tiene la aptitud suficiente para propiciar un pronunciamiento de fondo.

3. Cuestión previa: la aptitud de la demandada para propiciar un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas. Requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad.

3.1. Varios de los intervinientes han señalado que los cargos formulados por el actor no son claros, ciertos, suficientes ni pertinentes para permitir que la Corte Constitucional examine si existe una contradicción entre las normas acusadas y la Carta, como quiera que se limita a señalar objeciones de carácter general y de mera interpretación legal sobre la forma como el legislador reguló las figuras de la subasta inversa en la licitación pública y en la adquisición o suministro de servicios dentro del proceso de selección abreviada.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que para que exista realmente en la demanda un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que la Corte pueda efectuar a partir de ellos una verdadera confrontación entre la norma acusada, los argumentos expuestos por el demandante y la disposición constitucional supuestamente vulnerada

Para tales efectos, es necesario que los razonamientos presentados contengan unos argumentos mínimos que puedan llevar a

esta Corporación a desconfiar de la constitucionalidad de la norma cuestionada, y que sean capaces de generar una duda aunque sea mínima respecto de la armonía de las disposiciones acusadas con los textos constitucionales que se consideran infringidos.

En este orden de ideas, toda demanda de inconstitucionalidad debe exponer razones *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra “*la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional*.”

Efectivamente, en la sentencia C-1052 de 2001, la Corte sintetizó en qué consisten estos requisitos así:

“La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental” no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “*y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda* Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “*esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden.*”

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “*de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada*. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “*vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales* que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “*el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren *prima facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma

impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

Pasa la Sala a valorar si la demanda contiene cargos específicos, claros, ciertos, pertinentes y suficientes, que permitan una decisión de fondo sobre los problemas jurídicos formulados, o si por el contrario se encuentra frente a una simple apariencia de formulación de cargos, caso en el cual no podría pronunciarse de fondo.

3.2. El actor considera que el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es inconstitucional porque permite que en las licitaciones públicas, se acuda al sistema de subasta inversa, donde lo único que cuenta es el precio, con lo cual se vulnera la regla general de la licitación pública como modalidad de selección de los contratistas del Estado y el interés general que debe guiar todas las actuaciones estatales. Igualmente, para el demandante la expresión “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, contenida en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, referente a la selección objetiva, priva a las entidades públicas de adjudicar el contrato a quien presente las mejores condiciones, cuando éstas resultan esenciales o determinantes para la ejecución de determinados contratos, al impedir que las condiciones de los proponentes relativas a su capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, sean tenidas en cuenta como factores de adjudicación que otorguen puntaje.

En relación con estos cargos, encuentra la Corte que si bien la mayor parte de los argumentos del demandante están relacionados con una interpretación personal de los conceptos básicos y etapas del proceso licitatorio, en particular de la figura de la subasta inversa y de la regulación de las condiciones de selección objetiva, en aplicación del principio *pro actione*, es posible concluir que tales cuestionamientos están orientados a controvertir la potestad de configuración del legislador para determinar las reglas que rigen los procesos de contratación pública y para reformar el principio de selección objetiva. En esa medida, existe un cargo cierto, claro, suficiente y pertinente que permite contrastar las disposiciones demandadas con las normas constitucionales que regulan la materia.

No sucede lo mismo con los cargos formulados contra la expresión “servicios” contenida en el artículo 2, numeral 2, literal a), párrafos 3 y 5, y en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007, que reglamentan la modalidad de selección del contratista denominada selección abreviada, en la cual, según el accionante, no debería aceptarse la utilización del sistema de subasta inversa sino para la adquisición o suministro de bienes de condiciones técnicas uniformes, no para la contratación de servicios, pues se vulnera, por un lado, la libre competencia porque se hace caso omiso de las condiciones del oferente que son las que garantizan la adecuada ejecución del contrato, y por otro el interés general, puesto que se termina contratando siempre con quien ofrece el menor precio, sin tener en cuenta la manera como va a prestarse el servicio.

Encuentra la Sala que estos cuestionamientos surgen de un análisis fraccionado de las normas, del cual el actor concluye una infracción a la Constitución, sin que de su argumentación sea posible identificar cuáles son las razones constitucionales que justificarían la declaratoria de inexecutable de la expresión “y servicios” contenida en el artículo 2, numeral 2, literal a), párrafos 3 y 5, y en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007.

En esta ocasión, el actor no logró construir un argumento constitucional sino que se limitó a citar la vulneración de las normas superiores y a expresar a partir de consideraciones legales su punto de vista. De manera que los argumentos de la demanda en este aspecto carecen de los requisitos de certeza, pertinencia y suficiencia exigidos por la jurisprudencia constitucional para pronunciarse.

En efecto, aun cuando el demandante dirige sus cuestionamientos a la aplicación del sistema de subasta inversa para la contratación de servicios dentro del sistema de contratación abreviada, sólo señala como contrario a la Carta la utilización de la expresión “y servicios”, sin establecer una proposición jurídica completa con otros de los apartes del artículo 2 que regulan la posibilidad de que las entidades públicas establezcan en sus reglamentos cuándo se puede acudir a la figura de la subasta inversa.

Esta Corporación ha señalado que sólo se puede hacer una integración normativa cuando se presenta alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando la expresión demandada no tenga un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para

entenderla y aplicarla, sea absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) cuando la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas; y (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En el caso bajo estudio, ninguna de estas circunstancias excepcionales está presente.

En esa medida, la Corte Constitucional se abstendrá de pronunciarse de fondo en relación con los cargos contra la expresión “y servicios” contenida en el artículo 2, numeral 2, literal a), párrafos 3 y 5, y en el artículo 5, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007.

Pasa por lo tanto la Corte a resolver los problemas jurídicos planteados en relación con la potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal, para lo cual la Corte presentará brevemente la jurisprudencia constitucional sobre (i) la finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho, (ii) la potestad de configuración legislativa en materia de contratación estatal, y (iii) la libertad de concurrencia. Luego procederá a examinar si el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y la expresión “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo”, contenida el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 desbordan los límites constitucionales.

4. Finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho y la Ley 1150 de 2007.

Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y “en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “*instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares*”

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente “*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*”; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, “*introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.*” La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran

La reforma, según se anotó, tuvo como propósito general entender la contratación pública “*como un instrumento dentro de la política de desarrollo del país*” que responda a una realidad económica dinámica y cambiante para lo cual la mirada al derecho comparado y a las experiencias específicas de distintos organismos internacionales, como el Banco Mundial, fue fundamental principalmente en la intención de adecuar los procesos de selección a la naturaleza del objeto a contratar—

5. La potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal.

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de }}la Constitución Política, al Congreso de la República compete “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la expresión “estatuto general” no hace referencia en este caso particular a la tipología propia de las leyes marco o estatutarias, simplemente refleja el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales

La norma citada fue aprobada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 con el propósito de que la función de expedir un estatuto contractual para el Estado quedara expresamente consagrada en cabeza del Congreso de la República, sin la intención de imprimirle al régimen contractual un especial rango legal, puesto que no quedó incluido en la relación taxativa prevista en los artículos 150-19 y 152 de la Constitución, que consagran las leyes marco y las leyes estatutarias, respectivamente.

En la Sentencia C-633 de 1996 la Corte precisó que no existe identidad entre “*estatuto*” y “*leyes estatutarias*”, en primer lugar, porque el concepto estatuto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, en tanto las leyes estatutarias se caracterizan por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación, es taxativa; y en segundo lugar, porque la sola utilización de la palabra “*estatuto*”, para distinguir un conjunto de normas, no puede conducir a la conclusión de que se está en presencia de una ley estatutaria o de una que debiera tramitarse como tal.

Respecto de las normas sobre contratación administrativa, la Corporación advirtió en esta misma providencia que su naturaleza no tiene un rango superior al de las otras leyes de la República, puesto que de tales preceptos no depende la expedición de otros ni mediante ellos se rige una actividad a la que deba entenderse subordinada la función legislativa ordinaria. Se trata de contemplar normas especiales para la contratación que tiene lugar entre el Estado y los particulares, por oposición a la que se desarrolla con arreglo a las leyes civiles y mercantiles únicamente entre personas privadas, luego no existe motivo alguno para que, únicamente en consideración a los sujetos que intervienen como partes en una y otra clase de contratos, las reglas aplicables pudieran tener jerarquía normativa diferente.

Por otra parte, en relación con el ámbito de configuración del legislador en materia contractual la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes criterios:

(i) De la Constitución no es posible inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como prevé la disposición constitucional

(ii) El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del

aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado

(iii) En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales

6. La libertad de concurrencia.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, *“se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.*

En relación con la licitación pública, la Corte ha sostenido que salvaguarda la vigencia de los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 CP) y de libre concurrencia (artículo 333 CP), el otorgar a todas las personas que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presenten la propuesta más favorable

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha complementado el contenido de este principio en los siguientes términos:

“El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Como ya se señaló anteriormente, este principio no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandado legal o constitucional, con el propósito de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento del contrato.

La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

7. El legislador no excedió el ámbito de configuración legislativa.

Respecto a si el legislador excedió su ámbito de configuración legislativa en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley

1150 de 2007, referente a la presentación de la oferta total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa en un proceso licitatorio, se debe precisar que la ley no definió el concepto como tampoco el procedimiento que se debe adelantar para tales efectos. Sólo previó que se lleva a cabo cuando la entidad estatal así lo determine en las condiciones que fije el reglamento.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto reglamentario 2474 de 2008, y en el artículo 14 señaló que debía entenderse por subasta inversa. No obstante, la norma fue suspendida provisionalmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en forma parcial, porque según se anotó en el auto *“(…) a través del artículo 12, numeral 3, letra b), del Decreto 2474 de 2008, se estableció una alternativa no prevista en la ley para la evaluación de las propuestas frente a los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada, relacionada con la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, con lo cual se transgrede prima facie el artículo 273 superior, pues en virtud de esta disposición suprema, la forma como habrá de efectuarse tanto la evaluación de las propuestas como las condiciones bajo las cuales aquella deberá llevarse a cabo constituyen temas cuya regulación y definición se encuentran reservados a la ley”*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional antes citada, concluye la Corte que *“el legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto público como privados. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares - sujetos del contrato, su objeto, etc.-, resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.*

Es por esto que precisamente en lo referente a la contratación pública, la Constitución le impone al legislador la tarea de diseñar un modelo que tenga en cuenta la limitada autonomía contractual del Estado y la finalidad de la contratación pública: *“Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “(…) la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz (...).*

En la medida en que el legislador ha ejercido su competencia dentro de los precisos términos que le confiere la Carta, la Sala entiende que la posibilidad de presentar la oferta total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa en los procesos licitatorios, no vulnera el principio de interés general ni los fines del Estado, máxime cuando la utilización de este mecanismo constituye una opción para la entidad estatal, que debe determinar si lo emplea o no.

La posibilidad de conformar dinámicamente la oferta en una etapa de la licitación pública, persigue reducir el costo total de la propuesta presentada, siendo posible lograr mejores condiciones técnicas y económicas. Se habilita un mecanismo de presentación de la oferta en el que la única variable a utilizar no es necesariamente la del precio, pues pueden incluirse otras variables dinámicas de conformidad con el pliego de condiciones. Este alcance de la conformación dinámica de la oferta es radicalmente opuesto a la interpretación que de la misma ha efectuado el demandante, en el sentido de que lo que determina la selección es el menor precio.

En relación con el no otorgamiento de puntaje a las condiciones del oferente, previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con el alcance que ha dado la Corporación al principio de libre concurrencia, encuentra la Sala que no vulnera el artículo 333 de la Carta, porque lo que garantiza la Constitución es la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13 CP), y la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa.

Además, por la circunstancia de que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no se puede presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del

contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la administración. De manera que una vez verificadas estas, la entidad pueda seleccionar la mejor oferta, pudiendo para ello en procesos de licitación pública, cuando así se determine que la oferta sea presentada total o parcialmente de manera dinámica, mediante subasta inversa en las condiciones señaladas por el reglamento, sin que ello implique la vulneración del interés general.

Todo esto dentro del ámbito del artículo 273 constitucional, el cual prevé en relación con la forma como habrá de efectuarse tanto la evaluación de las propuestas como las condiciones bajo las cuales aquella deberá llevarse a cabo, que su regulación y definición son de reserva legal.

Para la Sala, en consecuencia, el legislador no excedió su ámbito de configuración legislativa porque (i) la facultad para reformar el régimen contractual es amplia respecto de los aspectos más significativos de la contratación pública, como en efecto lo es el principio de selección objetiva; y (ii) la competencia que se debe garantizar en el proceso de selección del contratista, es la de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración y no de cualquiera que tenga interés en contratar con el Estado. En consecuencia, declarará la exequibilidad del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declararse **inhibida** para pronunciarse de fondo en relación con los cargos formulados contra la expresión “*y servicios*” contenida en el artículo 2º, numeral 2, literal a), parágrafos 3º y 5º, y en el artículo 5º, numeral 3, de la Ley 1150 de 2007, por ineptitud sustancial de la demanda.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** el inciso segundo del numeral 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y la expresión “*y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo*”, contenido el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, por el cargo analizado en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

(C-713/2009)