

, 29 de enero de 1986

señor Ingeniero
José I. Alarcón
Director General del
Instituto Nacional de Recursos
Hidráulicos y Electrificación
A. B. D.

Señor Director General:-

Doy contestación a su atento Oficio No. DAL-10-86, fechado 21 del corriente, por medio del cual se sirvió consultarme lo siguiente:-

"Si durante el periodo de evaluación se determina que no pueden ser consideradas, para ese efecto, ofertas que fueron admitidas en el proceso de apertura de sobres de propuestas para una Licitación Pública o Concurso de Precios, y sólo quedará una oferta válida, ¿puede adjudicarse la Licitación Pública o el Concurso de Precios a ese proponente o se tiene que declarar desierto el acto de que se trate, aplicando por analogía el artículo 25 del Decreto 33 de 3 de mayo de 1953?"

En primer lugar, es oportuno partir de la definición de Licitación Pública que nos ofrece la doctrina. Así tenemos que, en Colombia, VIALI ESPINOSA la describe así:- "La Licitación Pública es un concurso mediante el cual la administración otorga al contratante que ofrece ventajas la orden. Tiene por objeto dar a todas las personas la oportunidad de contratar con el Estado, y siendo, por tanto, a favor de cualquiera cualquier privilegio en favor de persona determinada". (VIALI ESPINOSA, Op. Cit. Derecho Administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 1972, pág. 344).

En Uruguay, BAYRONS LASSO, la define diciendo:- "La Licitación Pública es el procedimiento de contratación administrativa más utilizado. Puede definirse como un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones". (BAYRONS LASSO, Op. Cit. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 1963, págs. 553 - 554).

Por su parte, en Costa Rica ROMERO FERRER expresa: "La licitación pública es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo objetivo es la selección del contratista más idóneo; para lo cual surge invitación la Administración en forma pública y general, a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar sus plicas a las oficinas receptoras estatales, con la finalidad de que aquélla las estudie, clasifique y adjudique las (o la) que considere como mejor oferta o por el contrario declare desierto el concurso". ROMERO FERRER, "Rodrigo Facio", San José, Costa Rica, 1979, págs. 147 - 148).

Conforme a las anteriores definiciones, a través de la licitación pública se pretende lograr una oferta en firme y más ventajosa para los intereses de la Administración y de los administrados, seleccionada entre varios postores, que determina la persona que va a ser contratista. Por ello, la nota característica de la licitación pública es que se trata del procedimiento con que cuenta el Estado para contratar con las mayores ventajas para los intereses públicos y la mayor justicia para los participantes o proponentes, basado en la competencia en igualdad de condiciones.

En cuanto a la competencia, Romero Ferrer señala: "Se estipula que la licitación pública es un instrumento de contratación administrativa destinado a promover y estimular la competencia o el mercado competitivo, en el cual afluyen el mayor número posible de plicas, con el fin de que la administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, entre las cuales seleccionar la mejor". En este espectro ofertual, le dará un margen de posibilidades adecuadas para encontrar una propuesta idónea a sus intereses y conveniencias". (ROMERO FERRER, Jorge Enrique, op. cit. pág. 151).

En nuestro Derecho Positivo el principio de la competencia o concurrencia se basa en el inciso segundo del art. 263 de la Constitución y quedó plasmado, entre otros, en los 29 y 43 del Código Fiscal y el 25 del Decreto Ejecutivo No. 33 de 3 de mayo de 1935.

Estos últimos disponen:-

Artículo 43.- Se declarará desierto toda licitación bien por falta de postores o bien porque las propuestas presentadas se consideren elevadas o gravosas.

La nueva licitación, si el Ministro respectivo lo considera conveniente, deberá anunciarse con ocho (8) días calendarios de anticipación, por lo menos, a la fecha en que deba llevarse a cabo."

"Artículo 25.- Se declarará desierta la Licitación Pública, el Concurso de Precios o Solicitud de Precios, cuando no se presente más de una propuesta válida o porque las propuestas presentadas fueren consideradas elevadas o gravosas.

Quando ello ocurra, el Ministro o Titular de la institución pública correspondiente, por resolución hará la declaración de desierta y, si lo considera conveniente, puede disponer la celebración del mismo acto por segunda vez, pero deberá anunciarse con una anticipación de días equivalente al plazo mínimo señalado en la Ley para el acto anterior.

Si se repite la declaratoria de desierta, el funcionario expresado puede solicitar al Ministro de Hacienda y Tesoro que le autorice la contratación directa."

Las disposiciones transcritas tienen como finalidad que en toda licitación pública exista la participación de dos (2) o más postores con ofertas válidas y que, por lo tanto, haya competencia. De allí que en toda licitación pública debe existir una efectiva competencia, lo cual no puede lograrse cuando dos (2) o más proponentes se presenten a ella y luego sus propuestas sean rechazadas con excepción de una.

En tal situación es claro que la licitación o el concurso de precio debe ser declarado desierto al tenor delo establecido en los artículos 48 del Código Fiscal y 25 del Decreto Ejecutivo No.33 de 1935, ya que no existe una verdadera competencia o concurrencia de posturas, que es la base de estos procesos de contratación, incluso conforme a la norma constitucional antes invocada. Y es que ante una sola oferta válida, la Administración no puede escoger la oferta más ventajosa; se encuentra en la imposibilidad de hacer comparaciones entre varias propuestas, con lo cual no se cumple el mandato constitucional y legal.

Lo antes expresado ha sido el criterio mantenido por este Despacho, como lo revela la Nota No.7 de 23 de enero

1973, es la cual nuestro antecesor, el Sr. Carlos
de la Cruz, le abrevio al Contralor de la Repu-
blica consulta similar a la que nos ocupa cuando aún no
había una norma de contenido tan claro sobre el tema
objeto de consulta, como lo es el artículo 27 del Decro
1039 de 1969, antes transcrita.

Para su mejor información acompaño fotocopia de
la citada comunicación.

En esta forma espero haber abrevio satisfactoria-
mente su interesante consulta.

Atentamente,

Ólmedo Guajar S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

1 de feb.