

Un nuevo enfoque al concepto de calidad/precio en la contratación pública colombiana

A new approach to the quality price concept in the Colombian public contracting¹

DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i22.3039>

Luis Adrián Gómez Monterroza²
Miguel José Quintero O'meara³

Resumen

Este artículo tiene como objetivo hacer una aproximación a un nuevo concepto sobre la relación calidad/precio en nuestro sistema de contratación pública, utilizando como referencia las altas cortes de la Unión Europea, la legislación colombiana y la doctrina que permite poner una perspectiva desde la contratación pública, integrando los principios más importantes de nuestra administración pública y contractual y por qué afectan necesariamente la prestación de bienes y servicios públicos.

La Ley colombiana 1150 de 2007, en su quinto artículo, determinó que en el proceso de selección en el que se tienen en cuenta factores técnicos y económicos, la oferta será más ventajosa si cumple con estos tres conceptos: a) los elementos de calidad-precio respaldados por puntajes o fórmulas escritas en el capítulo de condiciones del contrato; o b) los elementos de ponderación calidad-precio que representen la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Este concepto anterior implica una amenaza para la vinculación al proceso de interpretación del principio de buena administración, porque necesariamente se deben considerar los aspectos cualitativos que integran el contrato desde el punto de vista del rendimiento y el valor.

Esta forma de pensar la contratación pública está siendo contrastada con el modelo de la Unión Europea, en el que se aplica el principio de eficiencia, buscando una mejor calidad sin indagar solo el precio más bajo, poniendo como prioridad el logro de las necesidades de los contribuyentes con los contratos y las políticas públicas, estableciendo estándares de calidad claros y relativamente altos que los contratistas deben alcanzar para aspirar al contrato.

Palabras clave: Precio-calidad, eficiencia, entidades estatales, Unión Europea, contratación pública, políticas públicas.

-
- 1 Publicado originalmente en inglés en la *Revista Diálogos de Saberes*, Universidad Libre, 2023-2. Autoría de Gisele Carolina Benavides Mendoza, Cum Laude lawyer from Santo Tomás University. Specialist on administrative law. Master on laws from the university Santo Tomas, Doctor in laws from the University Castilla La Mancha from Spain. Teacher and investigator from the State, Laws and Public Policy's from the laws faculty from the University Santo Tomás. Email: Gisette.Benavides@ustabuca.edu.co and César Augusto Romero Molina Lawyer from the Universidad Autónoma de Bucaramanga; Doctor on Administrative Laws from the University San Pablo CEU-Madrid, España; Cum Laude Doctor (International Fiscalty and communitarian) from the University Castilla La Mancha -UCLM- from Spain; International doctors school member from the same university as a doctoral tesis advisor and jury o in the doctoral international court. These days is univesitary teacher from the University Santo Tomás. Email: cesar.romero@ustabuca.edu.co
 - 2 Abogado independiente, máster en Tributación, Universitat Oberta de Catalunya. <https://orcid.org/0000-0003-4214-550X> Correo: 9705luis@gmail.com
 - 3 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. <https://orcid.org/0009-0002-9113-7899> Correo: migueljose.quintero@ustabuca.edu.co

Un nuevo enfoque al concepto de calidad/precio en la contratación pública colombiana

*Luis Adrián Gómez Monterroza Miguel
José Quintero O'meara*

INTRODUCCIÓN

El concepto de calidad en la contratación pública

“La contratación pública es un pilar fundamental de la gobernanza estratégica y el rendimiento de los servicios”.

“Las nuevas políticas públicas que priorizan la mejor ejecución de los contratos estatales para lograr el mejor resultado para los asociados, implican la adopción de elementos intrínsecos como los objetivos sociales, ambientales e investigativos”⁴, con el fin de lograr una mejor calidad de vida para los asociados.

Esto implica que las entidades estatales de Colombia deben encontrar la generación de valor/dinero cuando pretenden lograr los principios de eficacia, eficiencia, economía y concurrencia o competencia, en el desarrollo del artículo 209 y la planificación de los contratos estatales.

Desde la UE y diferentes países del mundo, como EE. UU, se ha olvidado el concepto dentro de la contratación en el que se dice que el ahorro de dinero es una parte importante de la contratación pública, lo que permite crear un nuevo estándar internacional entre los países que ya aplican la nueva tendencia de principios en la contratación pública, que está regulada por un grupo de principios, que son, según la Ley 80 art. 23 de 1993: transparencia, economía, responsabilidad, planificación y selección objetiva.

El concepto que propuso el legislador colombiano en la Ley 1150 de 2007 sobre el menor valor es una amenaza directa a todos los principios anteriores e incluso supone una posible violación de los derechos de los asociados.

Se dice que el menor valor es la oferta más barata como la mejor y la que la administración tiene que contratar, dejando atrás los aspectos de beneficio distintos de los otros competidores, violando directamente la igualdad, mostrándonos un enfoque para analizar cómo “el contratista y el operador legal tienen las manos atadas por el menor valor, desconociendo las esferas económicas, sociales y ecológicas que ahora existen en nuestra sociedad, la equidad entre las generaciones presentes y futuras” (Tribunal Constitucional Español, 2020).

Desde la UE y diferentes países del mundo, como EE. UU, se ha dejado de lado el concepto dentro de la contratación que toma como prioridad el ahorro de dinero en

⁴ Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. (2015). Recomendación del consejo sobre contratación pública. OCDE.

la contratación, creando un nuevo paradigma y estándar internacional entre los países que ya aplican estas nuevas lógicas y valoraciones en la contratación pública.

Uno de los conceptos más intrigantes que se pueden encontrar en estos días es el de William B. Eimicke sobre cómo se crea un plan presupuestario anual en el que realmente es una prioridad el ahorro de dinero en los contratos públicos y su eficiencia “Las decisiones deben tomarse entre programas, servicios y productos, y pensando en las posibles fallas cuando se alcanzan los plazos” (Cohen, Eimicke, 2020).

Así es como Eimicke explica cómo tener un presupuesto determinado con límites tan claros para las actividades a lograr que generaría una mayor eficiencia, y también puede relacionarse con una interesante propuesta de la UE “imponiendo sanciones contractuales que “estimulan” el cumplimiento correcto de la sensibilidad social del contrato, son, entre otros, disposiciones muy efectivas en la consolidación de la contratación socialmente responsable” Gimeno, 2021).

La calidad dentro del nuevo paradigma internacional que se está poniendo de moda hace referencia a que el precio más bajo no debe ser la mejor opción, debe ser un aspecto por tener en cuenta, pero que está al nivel del resto de parámetros para ser revisado en una licitación. La utilización de este concepto de buscar la calidad antes que buscar siempre lo más barato es muy importante para la protección de los principios fiscales (eficacia, igualdad, por ejemplo) y los principios antes mencionados que rigen la contratación pública.

Sin duda, una mejor calidad en sí misma significa una mejor gestión, pero ¿qué pasa con la relación costo-beneficio?

El observatorio de la contratación pública de España dice “La calidad no es un gasto importante, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigido en todas las licitaciones públicas”⁵.

La eficiencia de las políticas públicas no se puede ver desde un punto de vista puramente economicista, hoy se ha comprobado que casi ningún tema se puede tratar sin la interdisciplinariedad de por medio, para la licitación pública no se puede tomar en cuenta únicamente el precio más bajo para realizar la obras o prestar un servicio, también se deben buscar otras opiniones desde diferentes formas de conocimiento que puedan dar voz a cómo la calidad influye en el desempeño de la administración pública. Por lo tanto, es claro que una mejor calidad trae consigo una mayor eficiencia.

Ahora el nuevo requisito es evaluar la calidad/rentabilidad en los contratos públicos, lo que genera nuevos beneficios macroeconómicos transversales porque ahora los contratistas deben competir con un estándar de calidad, pasando a ser una prioridad sobre mantener un precio más bajo y así evitar ofertas artificiales.

Sin este nuevo estándar de calidad, se rompe la regla de la comparación de ofertas, lo que, a su vez, quebrantaría el principio de igualdad debido a algunas cualidades de

5 Gimeno Feliú, J. M. (2021). La calidad en la contratación pública como nuevo paradigma. El contexto de los fondos europeos como elemento para el *bing bang*

los contratistas, dentro de las cuales se pone especial énfasis en criterios de alcance social o ambiental, creando una calidad superior de la prestación, lo que generaría una comparativa más global de ofertas si se quiere.

Así, la calidad dentro de la contratación pública sería el estudio de las distintas calidades de contratistas que deben imponerse como estándares homogéneos a todos los licitadores para cumplir con los principios de eficiencia e igualdad y suplir los derechos y necesidades de los contribuyentes a través de nuevos contratos más eficientes.

EL VALOR POR DINERO DESDE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Desde la perspectiva del deber de selección objetiva

El deber de selección objetiva entendido como la oferta más favorable para la entidad, aplicable a todas y cada una de las modalidades y por lo tanto a los procedimientos de contratación estatal, apunta a la transparencia y concurrencia, el principio de igualdad de los proponentes (Consejo de Estado, 2000).

En la consagración de la ley, en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se declaró que el valor más bajo como el único aspecto más importante por revisar para la adjudicación de contratos en la administración, por lo cual el legislador limita o restringe los aspectos para revisar por el adjudicador del contrato, dejando de lado aspectos como características técnicas uniformes y comúnmente utilizadas y las esferas de beneficio social, económico y ecológico como se mencionó anteriormente.

Gracias a esto, el precio más bajo se consagró como el principal objetivo de la selección objetiva sin ningún tipo de evaluación o posible interpretación por parte del operador jurídico, lo cual es bastante mediocre cuando alguien piensa en cómo la contratación debe tener en cuenta aspectos que garanticen estándares de calidad para asegurar el cumplimiento de derechos, servicios y políticas públicas para los contribuyentes. Esto puede afectar seriamente los derechos constitucionales de los ciudadanos.

El Consejo de Estado de Colombia ha tratado de brindar más herramientas desde la jurisprudencia, más precisamente en el expediente. 17366⁶, en el que se dice que busca garantizar el principio de igualdad, sin embargo, si una propuesta es lo suficientemente baja, esa oferta se tomará para buscar el beneficio del valor más bajo. Esto no es calidad-precio, simplemente se busca al proveedor más barato sin detenerse un segundo para establecer estándares de calidad aceptables para que se

6 Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 11 de Noviembre de 2009. Sentencia 76001233100019960225401.

garanticen los derechos constitucionales de los contribuyentes y los principios de igualdad, eficiencia y selección objetiva.

Desde el punto de vista del principio de igualdad

El principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado social de derecho, tanto que aparece en la Constitución como uno de los derechos fundamentales de primera generación, otorgándoles un estatus que obliga al Estado a garantizar su cumplimiento para con el ciudadano.

Por tanto, es imperativo que este principio se aplique en el momento de la contratación pública, todos los contratistas deben tener las mismas posibilidades de ser contratados y deben estar al mismo nivel que el resto, para que la decisión final tenga en cuenta todas las opciones disponibles con el mismo peso.

Este principio se transgrede gracias a que la elección del contratista se estableció en función del valor más bajo, ya que el que ofrezca el precio más bajo, sin que esto necesariamente signifique una calidad que cumpla con los estándares mínimos.

El precio-calidad debe tener en cuenta el precio, por supuesto, pero no se puede obligar al operador jurídico a contratar siempre la opción más barata, se deben tener en cuenta muchos factores importantes que deben estar al mismo nivel.

Para cumplir con el principio de igualdad, el valor más bajo debería dejarse como uno más de los aspectos por tener en cuenta dentro de la licitación, no como el aspecto, por lo que el resto de los contratistas tendrían la oportunidad de presentar sus propuestas, aunque sea algo quizás un poco más costoso, pero daría la oportunidad y libertad al operador jurídico para elegir opciones que garanticen los derechos de los contribuyentes.

Lo ideal en este punto del análisis podría ser dar más libertad y herramientas al operador jurídico para que pueda garantizar el principio de igualdad, sin tener que estar con las manos atadas para siempre buscar el valor más bajo sin tener en cuenta la calidad u otros aspectos importantes en la adquisición, suministros y servicios que sean iguales o más importantes que el precio en sí mismo, lo que puede resultar en una violación no solo de este principio sino también del principio de eficacia.

Lo cierto es que la actual concepción de la adjudicación de contratos estatales resulta muy de derecho privado y perjudicial para lo que representa el concepto de Derecho Administrativo (Santofimio, 2003, p. 171).

Por lo tanto, es necesario destacar la incorporación de elementos más cualitativos en la evaluación de los licitantes públicos para mitigar los aspectos ambientales, la salud pública y en general la lucha contra la pobreza, criterios de sostenibilidad social en el diagrama de las nuevas políticas públicas globales.

Desde la perspectiva del principio de eficiencia

La eficiencia no puede limitarse solo al aspecto económico, no solo porque el proyecto sea económicamente rentable o porque su precio sea lo suficientemente

bajo como para considerarlo una inversión mucho más segura, lo que lo convierte realmente en algo mejor.

La eficiencia debe medirse desde la interdisciplinariedad. Bajo la fórmula del menor valor, lo único que logran es limitar el alcance de las inversiones estatales y, por lo tanto, su calidad, y si afecta su calidad, obviamente se ve afectada su propia efectividad, y se viola el principio de eficacia del Estado.

Legalmente y según Parejo (1989), la eficacia se define como “el uso eficiente de los recursos”⁷, no como el uso mínimo de recursos o el mayor ahorro de recursos, hablamos de un uso eficiente de los recursos. No solo desde el punto de vista económico, sino dando al operador jurídico la posibilidad de vislumbrar diferentes formas en las que una inversión puede ser más eficiente si se invierte un poco más y no solo se toma la oferta más barata por pura insensatez, sin importar la calidad del bien adquirido o suministrado, o del servicio proporcionado.

El menor valor también genera la llamada colusión, que es un tipo de fraude en el que los competidores e incluso la propia administración acuerdan al llevar a cabo la licitación.

Este fenómeno viola la igualdad en la competencia y la oferta real dentro del proceso de licitación, dentro de la colusión todo se arregla para desalentar la competencia y genera problemas de corrupción y negligencia en la gobernanza.

Desde la perspectiva del principio de transparencia

El principio de transparencia es fundamental para garantizar una gestión pública adecuada y una rendición de cuentas detallada. Desde que se promulgó la Ley 1150 de 2007, este principio se ha fortalecido y se ha convertido en una nueva modalidad de gobernanza y control social de la gestión pública (Romero, 2021).

Aunque la Ley 1150 de 2007 establece que la mejor manera de gestionar el gasto público es siempre buscar el precio más bajo, la transparencia es mucho más que eso. Se refiere a que todos los movimientos de la oferta de contratación, cualquier cambio mínimo y cualquier dato relevante para los contratistas, deben ser visibles y accesibles para ellos, con información objetiva, clara, completa y proporcional a las decisiones y condiciones de costo y calidad.

El mayor problema es que, al final del día, el principio de menor valor vuelve a ser un antagonista, ya que favorece la negociación entre contratistas, promueve el lavado de dinero, ignora a las empresas y promueve el contrabando, lo que afecta la calidad de los bienes y servicios adquiridos.

7 Parejo, L. (1989). La Eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. Documentación Administrativa. n° 218-219. Págs.: 15-65.

Desde la perspectiva del principio de planificación

El principio de planificación es uno de los más vitales dentro del proceso que privilegia el valor más bajo como criterio más elevado de contratación, ya que este principio define las condiciones, características técnicas y la búsqueda de una política eficiente de bienes y servicios. Sin embargo, esto es casi imposible debido a la falta de tecnocracia en el Estado, lo que significa que cuando las empresas pasan la hoja técnica para definir los parámetros que el Estado pone en sus contratos y que generan diferentes costos, que, gracias al valor más bajo, mata la competencia justa.

El procedimiento se realiza de manera que la hoja técnica en sí misma genere tasas de riesgo elevadas a largo plazo que terminarán siendo el objeto de problemas contractuales y poscontractuales, todo para enmarcar todas las necesidades del Estado en los procedimientos de subasta inversa, en las hojas técnicas (que no son muy técnicas) y favorecer el precio más bajo.

Si se estructura una forma de contratación estatal que tenga en cuenta precios realistas y que tenga en cuenta todos los principios mencionados y los que quedan por mencionar, “no habría necesidad de tantos mecanismos que no recompensan la calidad y garantía de los bienes y servicios suministrados a los contribuyentes, evitando la creación de acuerdos de precios para distorsionar la competencia como los que sufrimos hoy en día” (Resolución No. 4604 de 2018).

El Consejo de Estado de Colombia señaló que, desde el principio de planificación en las diversas etapas contractuales, desde la precontractual, la ejecución y la liquidación, surge este principio consagrando deberes, diligencia, cuidado, eficiencia y responsabilidad con los que el gestor contractual debe llevar a cabo el ejercicio de la función contractual pública y del presupuesto (Expediente 1999-02430-01-23829).

La relación entre la gobernanza y el derecho a una buena administración se observa claramente, protegiendo los recursos públicos y destacando los criterios cualitativos en la evaluación de las ofertas al Estado para celebrar contratos para la adquisición de bienes y servicios.

Desde el punto de vista del principio de equilibrio financiero del contrato

Este principio de la ecuación financiera se basa en buscar una remuneración justa por el trabajo que se realizará, remuneración que se debe a la naturaleza del contrato y al número de beneficios asumidos por el contratista.

El propósito de este principio es que el legislador logre la perfección y la validación del contrato sin afectar directamente la economía del contrato o afectar otros principios como los mencionados anteriormente.

Este equilibrio financiero no significa en ningún caso que el contrato deba ser demasiado austero y siempre buscar precios bajos, como lo indica el nombre del principio, busca un equilibrio ya que se debe tener en cuenta la economía del

mercado y la relación calidad-precio de los productos que se ofrecen, estudiando en profundidad cómo funciona ese mercado en particular, teniendo así también un precedente de cuáles son las empresas con la mejor historia de productividad, creando así eficiencia cuando se trata de perfeccionar el contrato.

Está correlacionado con el principio de buena administración al que generalmente se someten las administraciones públicas, especialmente como señala el profesor Ponce Solé "... en la certeza jurídica, la responsabilidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos; en los principios de eficiencia y economía que debe cumplir el gasto público para hacer una asignación equitativa de los recursos públicos (artículo 31.2 CE)" (Romero, 2015).

Entonces se verifica la relación entre los conceptos de gobernanza, buena administración y la relación con el criterio cualitativo de la relación calidad-precio en la gestión pública de la contratación estatal.

LA PLURALIDAD DE OFERENTES

La idea de poner de lado la importancia de un precio más bajo es que otros contratistas tengan la oportunidad de ganar el contrato, y así también promover que diferentes empresas se animen a participar en la subasta inversa, viendo que hay formas de tener precios un poco más altos que el mínimo, pero siempre manteniendo consistencia con lo que se puede observar en el mercado.

Esto se correlaciona con el principio de buena administración al cual las administraciones públicas en general se someten, especialmente como lo señala el profesor Ponce Solé "...en la certeza jurídica, responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; en los principios de eficiencia y economía que el gasto público debe cumplir para hacer una asignación equitativa de los recursos públicos (artículo 31.2 CE)" (Ponce, 2001). Entonces, se verifica la relación entre los conceptos de gobernanza, buena administración y la relación con el criterio cualitativo de la relación calidad-precio en la gestión pública de la contratación estatal.

PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DENTRO DEL MODELO ESTADOUNIDENSE

La principal diferencia entre el modelo estadounidense y el modelo colombiano es que, gracias al sistema federal administrado por Estados Unidos, cada estado puede tener una regulación diferente y particular; sin embargo, esto no significa que no haya coherencia entre los principios de la contratación pública, por el contrario, existen organismos reguladores de la contratación, entre los cuales se encuentran los Reglamentos Federales de Contratación (FPR), que eventualmente se convertirían en los Reglamentos Federales de Adquisiciones (FAR), en los cuales se incluyen el FPR,

el DAR (Reglamento de Adquisiciones de Defensa) y las regulaciones que rigen las adquisiciones de la NASA.

¿Cómo defienden estas regulaciones los principios de la contratación pública?

Desde el principio de transparencia, es altamente respaldado por procedimientos que promueven la publicación del contrato, para que todos los contratistas estén igualmente informados y tengan las mismas oportunidades.

Sin esta transparencia, o si la administración eligiera individualmente a cuáles de los contratistas entregar la información, se crearían innumerables oportunidades de corrupción y en beneficio de algunos de los contratistas, violando seriamente el principio de igualdad.

También existen las llamadas “cláusulas de cambio”, que pueden ser incluidas en el contrato unilateralmente por la administración y, por lo tanto, poder modificar el contrato en medio del proceso, estas cláusulas son una gran contribución al principio de transparencia, ya que son completamente públicas para los contratistas y siempre están al tanto de cada detalle del contrato y hasta dónde pueden llegar estas cláusulas.

Existen, por lo tanto, dos tipos de cláusulas que los Reglamentos Federales de Adquisiciones han determinado:

La cláusula para el contrato de suministro y la cláusula para el contrato de construcción, que determinan cómo se deben implementar las reformas al contrato y el límite de estas, estas reformas siempre deben tener en cuenta cuatro propósitos:

- Ofrecer flexibilidad al contrato para monopolizar los avances tecnológicos.
- Aprobar obras más eficientes por parte del contratista.
- Permitir que el contratista decida sobre algunas adiciones al trabajo sin necesidad de firmar un nuevo contrato.
- Proporcionar al contratista un contacto directo para solicitar reclamos.

Como se puede ver, dentro de todas estas cosas intentan garantizar varios principios que se profundizarán más adelante, pero refleja cómo el FAR intenta mantener una transparencia total con el contratista y brindarles todas las facilidades para que el contrato sea lo más eficiente y actualizado posible.

Dentro de la estructura de contratación pública norteamericana, no hay lagunas en las que el menor valor pueda encontrar un lugar dentro del proceso de contratación, generando una notable ineficiencia; por el contrario, existen mecanismos dedicados a evitar la violación de principios y dar garantías, información y facilidades a los contratistas, se ve que buscan no solo tener un valor razonable por el dinero, sino también que el contrato y su ejecución generen una notable eficiencia

La libre competencia se tiene en cuenta en todas las etapas del proceso, así como las oportunidades iguales para adquirir el contrato, proporcionando toda la

información a todos los contratistas y realizando estudios rigurosos en medio de toda la etapa precontractual para evitar el fraude.

DESDE EL INICIO DE LA INTEGRIDAD

“El principio de integridad es uno de los pilares más importantes en la lucha contra la corrupción” (Romero, 2020), el cumplimiento del contrato de los EE. UU con esto, ya que tiene una base sólida para respaldar el principio de transparencia y un flujo de información que hace muy difícil hacer un fraude o que haya una preferencia por un solo contratista, también garantizando la pluralidad de candidatos, igualdad de condiciones para los candidatos, cumpliendo así también el principio de participación.

Avances de la Unión Europea en la contratación pública

La importancia que la Unión Europea da a la legislación detrás de la contratación pública se puede ver en cómo la legislación incluye tanto reglas de contratación pública sustantivas como procesales y recursos.

Hoy en día, las nuevas directivas de la Unión Europea tienen dos objetivos principales, aumentar su eficiencia y efectividad y adaptarse a los contextos políticos y socioeconómicos.

Las directivas hablan de una simplificación de las normales hasta el punto de que facilitaría la participación de PYME e incluso oferentes transfronterizos y que también traería consigo nuevos enfoques en objetivos sociales comunes, protección ambiental e innovación.

Una de las mayores ambiciones de la Unión Europea es crear un espacio europeo para la contratación pública dentro del marco del interior de la Comunidad. Sus principios se pueden encontrar en el decreto original de la Unión Europea (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en los que se pueden encontrar principios reconocidos incluso por la propia OCDE, como el trato igualitario, la convocatoria transparente de licitaciones y la no discriminación, el reconocimiento mutuo y la lucha contra el fraude y la corrupción.

Bajo los esquemas de gobernanza desarrollados por la UE, en el marco de la contratación pública estratégica, el profesor Cerrillo Martínez “el concepto de gobernanza, se puede asumir que la gobernanza se constituye por las normas y reglas que guían la interacción en el marco de redes de actores públicos, privados y sociales interdependientes en la definición del interés general en entornos complejos y dinámicos, asociando sobre todo la idea de gobernanza con una mayor participación de actores no gubernamentales en el diseño e implementación de políticas públicas” (Cerrillo, 2005, p. 10), podemos afirmar que este modelo que propone la UE sobre una contratación sin discriminación de la nacionalidad de las empresas supone algo así como una “gran gobernanza” dentro de todos los países que conforman la UE, siendo un avance en el uso de este modelo de contratación pública estratégica.

Desde hace algunos años, se ha visto cómo el sistema jurídico de la Unión Europea ha promovido directivas comunitarias que buscan garantizar los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, todo para evitar el fraude en la contratación pública, garantizando a su vez que las empresas sancionadas o no nacionales dentro de la propia Unión Europea tengan la oportunidad de participar en la contratación pública.

El panorama de la contratación pública dentro de la Unión Europea es aún más prometedor si es posible, nuevas teorías se están desarrollando sobre cómo administrar los fondos al crear políticas y contratación pública, enfocándose en “ahorros” presupuestarios.

Un concepto interesante de cómo se debe administrar el presupuesto dentro de una contratación o gobernanza pública estratégica es el de William B. Eimicke “debe asegurarse de que los recursos financieros no solo encuentren y contraten a las personas adecuadas, sino que también deben adquirir las instalaciones, el equipo y las tecnologías necesarias” (Cohen y Eimicke, 2020).

La Unión Europea está tratando de profundizar en los principios que rigen las políticas y contratos públicos y profundizar aún más en sus interpretaciones desde una mirada más dirigida a las características cualitativas del contrato, ya que sin tener en cuenta las cualidades dentro de una relación contractual, una decisión contractual no se puede considerar correcta.

Continuando con la línea cualitativa, la Unión Europea no pretende enfocarse tanto en los enfoques económicos, sino en garantizar un estándar de calidad que satisfaga los objetivos del contrato.

La UE propone que la calidad no solo está en los aspectos técnicos del contrato, sino que “La calidad de una administración pública también se mide por los niveles de calidad de sus proveedores. Es necesario promover ambos, para que la sociedad, los servicios y los trabajadores se beneficien” (Gimeno, 2020).

Las directivas de la Unión Europea han llegado a una conclusión bastante lógica, si se aumenta la calidad dentro de la contratación y las políticas públicas, se aumentará inevitablemente su eficiencia y efectividad exponencialmente, no se necesita un presupuesto mayor o un aumento serio en el gasto público, sino enfocarse en los puntos vitales dentro de los contratos, en sus cualidades.

El alcance que el legislador europeo quiere lograr es tal que quiere promover la creación en su propio mercado dentro de la contratación pública, regulando solo los problemas que considera trascendentales, dando más libertad a los posibles contratistas.

Al establecer este estándar de calidad a partir del cual todos deben partir, en teoría, es posible cumplir con el principio de igualdad, ya que todos tienen que partir de esa base de calidad, sin esta medida, los contratistas se verían con estándares muy desiguales y, por lo tanto, no habría una competencia real.

EL NUEVO ESTÁNDAR DE CALIDAD TAMBIÉN SERÍA UN COMBATIENTE DIRECTO DE LA DISCRIMINACIÓN DE OFERTAS GRACIAS A QUE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SERÍAN CAMBIADOS

Ahora las bases en las que se determinará la oferta más ventajosa serán el precio o costo, y su relación con la relación costo-eficacia y, a su vez, crear un mejor valor por dinero y una evaluación de aspectos cualitativos como la innovación, el impacto ambiental e incluso social.

Otro método de evaluación de los aspectos contractuales propuesto en las directivas de la UE es el de, como en los Estados Unidos, proporcionar un contacto directo entre el contratista y la administración, más específicamente “establecer un mecanismo para la comunicación de información o consulta directa por parte de la administración, para verificar el cumplimiento de la presencia física del personal en la prestación del servicio” (Gimeno, 2020).

Tanto es así, que las medidas de protección ambiental en las actividades contractuales se discuten en los tribunales constitucionales dentro de la unión, como el de España, que dice “...el principio de integración de las demandas ambientales... es jurídicamente vinculante como expresión del principio rector de la política social y económica consagrado en el art. 45 CE y esencial para avanzar hacia el desarrollo sostenible” (Tribunal constitucional de España, 2022).

Demostrando, una vez más, la importancia de la protección ambiental en las políticas públicas y cómo su aplicación mejoraría la eficiencia y promovería el desarrollo sostenible. La UE argumenta fuertemente que aspectos cualitativos como el impacto ambiental y la innovación mejorarían la calidad de los contratos y, de nuevo, mejorarían su eficiencia.

También se propone la aplicación de una atención especial a la fase ejecutoria del contrato, un seguimiento exhaustivo de la remuneración mínima del personal, así como la fijación de penalizaciones contractuales como incentivo para evitar cualquier tipo de “irregularidad”.

Se puede afirmar que el marco regulatorio de la UE ha sido completamente trastocado por este nuevo concepto de calidad y su relación con las cualidades de los contratos y una alta atención a la fase de ejecución del contrato.

EL VALOR POR DINERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

El Consejo de Estado utiliza la perspectiva original consagrada en la Ley 80 de 1993 como base para definir la calidad, donde ya se estaban teniendo en cuenta los elementos de calidad y precio al analizar los contratos públicos.

En el artículo 4 numeral 5 de dicha ley se establece que las condiciones de costo y calidad deben estar sujetas a estándares técnicos obligatorios y el numeral 5 literal c del artículo 24 establece como obligatoria la definición precisa del costo y calidad de los bienes, obras o servicios.

Por otro lado, la Ley 1150 de 2007 se refiere a los “bienes y servicios con características técnicas uniformes y uso común por las entidades” como aquellos que “tienen las mismas especificaciones técnicas, independientemente de su diseño o características descriptivas, y comparten estándares de desempeño y calidad objetivamente definidos” (Consejo de Estado).

Estas definiciones, al hacer una interpretación más exegética, no pueden resumir lo que significan por “factores económicos” ya que no pueden resumirse en el mero precio (valor pecuniario en que se estima algo) o en el costo (gasto realizado para la obtención o adquisición de un bien o servicio), sin embargo, con cierto respaldo del principio de concordancia estipulado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 es, en teoría, suficiente para que la administración elija la mejor oferta.

Gracias a la estrecha relación que existe entre las normas mencionadas y la interpretación que se puede hacer basada en ellas, se puede entender, según la Corte, que la expresión “precio” se refiere a la relación entre los factores económicos de la propuesta y que “calidad” debería asociarse con los factores técnicos de la oferta.

La mencionada corporación judicial hace una interpretación en la que se puede entender lo que el legislador quiere decir por “calidad” según lo establecido en la Ley 1150 de 2007. Esta comprensión ofrecida por la corte en esta sentencia se refuerza si se entiende “calidad” como un sustantivo abstracto que utiliza un objeto estrechamente asociado, de nuevo, con el aspecto “técnico” de la oferta.

Por lo tanto, se entiende, a partir de lo interpretado en la norma por el Consejo de Estado, que la calidad dentro de un contrato se centra principalmente en las especificaciones técnicas de los bienes o servicios que son objeto del contrato, diferenciándose del concepto europeo que introduce en la calidad las cualidades del contrato más allá de las técnicas o económicas, uno que también introduce la innovación y aspectos ambientales como características de calidad y también la eficiencia del contrato.

CONCLUSIONES

En conclusión, se puede afirmar que el modelo colombiano debe evolucionar hacia un enfoque más allá del precio como cifra alfanumérica cuantitativa en comparación con los modelos estadounidense y europeo. Esto debido a la existencia de la “menor valoración” de algunos principios de la contratación pública al momento de ofertar o evaluar las propuestas de posibles contratistas del Estado, dejando de lado importantes principios como los de igualdad y eficiencia, con el derecho a una buena administración.

Este enfoque tan centrado en el economicismo y en el que poco se profundiza en los otros principios como los mencionados anteriormente o los expuestos por la

OCDE, lo que sugiere una falta de revisión del objeto de los contratos y en dejar la interpretación de la calidad tan cerrada como lo está en Colombia.

Del modelo estadounidense podemos resaltar cómo se enfoca en facilitar a través del FAR los procesos contractuales entre la administración y los contratistas privados, incluso brindándoles un canal de comunicación directa entre ellos y el Estado.

Y es admirable cómo hicieron una regulación federal que mantiene un orden regulado en todo el país sin afectar la independencia de los estados que lo conforman.

El modelo estadounidense ve recompensados estos aspectos en una mayor eficiencia y ve cómo la libertad que de alguna manera se da a los contratistas puede llevar a modificaciones al contrato inicial para mejorarlo, siendo más eficientes o actualizando las obras o servicios contratados, dando paso a la innovación.

El modelo europeo es el que se destaca más del resto, al ser avanzado en nuevos conceptos de calidad que prometen una nueva forma de contratación dentro de la Unión Europea.

La mera idea de que la contratación estatal dentro de la Unión Europea no solo sea entre empresas nacionales sino también no nacionales crea una competencia que no se puede ver en ninguna otra parte del mundo, ya que el número de candidatos para licitaciones crece exponencialmente, y con este crecimiento en la competencia, es posible permitirse aumentar la calidad estándar de los bienes o servicios adquiridos sin tener que afectar seriamente el precio acordado.

Además, también se hace un esfuerzo especial en el seguimiento de las actividades del contratista en el proceso de ejecución del contrato, imponiendo cláusulas con sanciones significativas para “estimular” una correcta ejecución del contrato.

En conclusión, se puede afirmar que el legislador colombiano ha hecho un esfuerzo por mantener la calidad dentro de la contratación pública, pero ha sido mal ejecutado, violando varios principios de la contratación pública. Pero se puede vislumbrar un gran margen de mejora si se toman como referencia los modelos líderes como el enfoque estadounidense y, sobre todo, el europeo.

REFERENCIAS

- Colombia Compra Eficiente. (2018) *Guía de competencia en las compras públicas*. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_competencia_0.pdf
- Cohen, S., & Eimicke, W. B. (2020). *Management fundamentals*. Columbia University Press.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Proceso 36.476 (M.P. Jaime E. Rodríguez Navas; 7 de julio de 2008).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Noviembre 13 de 2013). Expediente 1999024300123829. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección c-Expediente 1101032600020090002400.
- Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 11 de Noviembre de 2009. Sentencia 76001233100019960225401.
- Cornell Law School. (2023). Government Contracts. https://www.law.cornell.edu/wex/government_contracts
- Dirección de Gobernanza Pública y Desarrollo Territorial. (2015). *Recomendación del consejo sobre contratación pública*. OCDE. <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>
- Gimeno, J. M. (2020). *La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad* (No. ART-2020-120348).
- Gimeno, J. M. (2021). *La calidad en la contratación pública como nuevo paradigma. El contexto de los fondos europeos como elemento para el bing bang*.
- I. Martínez, A. C. (2005) *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://consultorestema.com/wp-content/uploads/2020/02/La_gobernanza_hoy-ConsultoresTema.pdf
- Nolo. (s.f.). *Business Contracts*. <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/contracts>
- Observatorio de Contratación Pública. (2021) La calidad en la contratación pública como nuevo paradigma. El contexto de los fondos europeos como elemento para el bing bang. <https://obcp.es/opiniones/la-calidad-en-la-contratacion-publica-como-nuevo-paradigma-el-contexto-de-los-fondos>
- Ponce, J. (2001). Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. *Lex Nova*.
- Ramírez Rusinque, I. A. (2014) *Menor valor: ¿oferta más favorable?* <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3832/4088>

- Romero, C. A. (2021). Rendición de cuentas en la contratación pública colombiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(281-2), 599-614. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.281-2.81170>
- Romero, C. A., Moreno, J. A. (2015). *Principios de la contratación pública en la jurisprudencia*. Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Consejo de Estado Colombiano. Editorial Jurídica Ibañez.
- Romero, C. A. (2020). Conferencia dictada en el máster de la contratación pública. UCLM, Cuenca, España.
- Rusínque, I. A. R. (2014). Menor Valor: Oferta más favorable. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 11, 209.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio. (2018). *Resolución 4604 de 2018 por la cual se deciden unos recursos de reposición y se toman otras decisiones*. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/082018/RESOLUCION-4604-SEGURIDAD-PRIVADA.pdf>
- Parejo, L. (1989). La Eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Documentación Administrativa*. nº 218-219. Págs.: 15-65.
- Tribunal Constitucional Español. (2020). STC 100 de 2020, FJ 3.
- Tribunal Constitucional de España. (2022). STC 76/2022.