

LICITACIONES PRIVADAS ¿CÓMO FUNCIONAN?

Es usual que las personas constantemente utilicen el término de licitación y proceso contractual como si tuviesen el mismo significado, sin embargo, la licitación es solo una de las modalidades de selección que se pueden utilizar para adquirir un bien o servicio dentro de un proceso contractual.

Una licitación, es un sistema por medio de cual, se adjudica la realización de una obra o un servicio, a la persona natural o jurídica que ofrezca las mejores condiciones, en virtud de un concurso o convocatoria donde participen diferentes proveedores.

Generalmente, el termino licitación tiende a ser asociado con convocatorias que realiza el sector público, no obstante, es completamente valido utilizar la denominación “licitación privada” para nombrar a un proceso de selección que adelante una empresa del sector privado con el objetivo de satisfacer una necesidad y proveerse de bienes requeridos para el ejercicio de sus actividades.

Tan es así que, la legislación mercantil a través del Código de Comercio señala en el artículo 860 el concepto de pliego de cargos, indicando que en todo género de licitaciones (ya sea pública o privada), *“el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás”*.

De manera que, en virtud de la autonomía de la voluntad cualquier empresa privada está facultada para aperturar convocatorias o invitaciones públicas a contratar indicando necesidades, para que, cualquier interesado y capacitado para proveer esos bienes y/o servicios presente oferta y, de acuerdo con las condiciones señaladas inicialmente por la empresa contratante, estas se evalúen y adjudiquen al oferente que tenga los mejores precios.

Ahora bien, la obligatoriedad de cumplimiento a los términos de referencia publicados por la empresa contratante ostentan el mismo peso jurídico que un pliego de condiciones publicado por una entidad pública, en el entendido de que, las obligaciones allí contenidas constituyen ley para las partes, lo cual implica que una vez el proveedor interesado presente oferta, automáticamente se está obligando a dar cumplimiento con los requerimiento y condiciones establecidas por la empresa contratante en el pliego de cargos publicado.

Aunado a esto, cuando la empresa privada elabora y publica un pliego de condiciones, está aceptando que los proveedores que consideren que cumplen con las condiciones señaladas,

presenten sus propuestas técnicas y económicas, lo cual implica que, la empresa contratante también se obliga a cumplir con lo indicado en el pliego y adjudicar el proceso a quien tenga la mejor propuesta. Lo anterior, encuentra sustento jurídico en el capítulo III del Código de Comercio sobre oferta y propuesta, ya que, es allí donde se señalan con las características y elementos esenciales de una oferta, entendida como el proyecto de un negocio jurídico que una persona formula a otra, por lo que será irrevocable y el proponente no podrá retractarse en caso de ser adjudicado, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

Pues bien, a continuación enunciaremos las etapas básicas de una licitación privada, las cuales, como ya se explicó no difieren de las que desarrolla el sector público.

1. En primer lugar, la empresa contratante deberá buscar y utilizar medios masivos de comunicación que le permitan publicar la convocatoria y que, esta llegue a tantas personas como sea posible para asegurar así mayores beneficios económicos que se verán reflejados en precios competitivos. Actualmente, existen múltiples herramientas tecnológicas que permiten tal publicidad, tales como plataformas de contacto dirigidas a conectar compradores con vendedores e incluso aplicaciones diseñadas exclusivamente para dar publicidad a este tipo de convocatorias de contratación.
2. Posterior a contar con el medio de publicación, la entidad contratante deberá estructurar un documento (el llamado pliego de cargo, pliego de condiciones o términos de referencia) en donde plasme los requisitos jurídicos, financieros y técnicos que los interesados deberán acreditar para ser habilitados como oferentes dentro del proceso de selección. La idea es que, este documento señale con precisión cual es la necesidad de la empresa y las condiciones en que requiere que se satisfaga esa necesidad, por ejemplo, las especificaciones técnicas requeridas, el presupuesto que tiene disponible para el proyecto, el plazo de ejecución de las obras o de la prestación del servicio, entre otro tipo de detalles, que le permitan a los interesados en participar, hacerse a una idea de lo que pueden ofrecer o no al contratante.

Incluso, es posible adjuntar al pliego de condiciones el modelo de contrato que se va a utilizar con el oferente que resulte adjudicado, para de esta forma simplificar etapas y suscribir el contrato inmediatamente después de la adjudicación, partiendo de la idea de que el contratista ya está de acuerdo con las condiciones del contrato pues tuvo la oportunidad de revisarlo cuando se publicó la convocatoria.

Sobre este aspecto, es importante tener presente que si bien un contrato nace con su

celebración formal, es decir, la firma, los actos previos a este, están revestidos de legalidad e incluso pueden tener efectos jurídicos en caso de incumplimiento. Por esta razón, el Código de Comercio en su artículo 863 establece que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

3. Una vez de cierre el plazo para presentar ofertas, la empresa privada contratante realizará el estudio de cada propuesta de acuerdo con las condiciones de evaluación señaladas en el pliego y, procederá a adjudicar la licitación al oferente con mejores calidades y el precio más conveniente, de acuerdo con el presupuesto de la empresa contratante y, en consecuencia, se suscribirá el contrato.

Otro mecanismo de licitación privada es la invitación privada a celebrar contrato que se da con una comunicación expresa a determinadas empresas para participar en el proceso de selección, lo cual también es válido legalmente y permite a la compañía seleccionar un contratista de manera más ágil y práctica, pues se parte de que la empresa privada los invitó a participar porque ya conoce sus calidades y considera que puede dar cumplimiento a sus necesidades.

Por: María Camila Pereira
mpereira@scolalegal.com
Abril 20 de 2021