**CCE-DES-FM-17**

**CONCURSO DE MÉRITOS – Noción**

El concurso de méritos es una modalidad que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para la celebración de contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo establecido en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 .

**CONCURSO DE MÉRITOS – Modalidades**

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015 regula el concurso de méritos. Allí se establecen sus distintas modalidades: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. ibídem. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. ejusdem. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado decreto.

**DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.2.3.2 – Suspensión provisional – Selección – Consultores**

[…] la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencias del 25 de julio de 2018 y el 20 de febrero de 2019, suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 la misma disposición.

El Consejo de Estado determinó, de manera provisional, que estas normas podrían violar el último inciso del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que señala que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que dispone que: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias».

**DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.2.3.2 – Efectos – Suspensión provisional**

[…] en este momento se encuentra suspendido el procedimiento para verificar que el precio se ajuste a la disponibilidad presupuestal de la entidad para el contrato, cuyo soporte normativo es el suspendido numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015. Podría pensarse prima facie que la entidad estatal, luego de evaluar la experiencia e idoneidad de los proponentes, no tendría que verificar la oferta económica y proceder a adjudicar y firmar el contrato, lo que, en principio, supondría que no es necesario que la entidad pública exija la presentación de la oferta económica, ante la imposibilidad de tener una norma que le permita evaluarla, tal y como pareciera interpretarlo el ciudadano solicitante. Sin embargo, la Agencia Nacional de Contratación Pública no comparte tal interpretación de los efectos de la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2 del Decreto 1082. Esto porque dicha interpretación es violatoria de los principios de economía y de planeación y, además, desconoce que el precio es un elemento necesario para perfeccionar el contrato estatal.

**PRINCIPIOS DE PLANEACIÓN Y ECONOMÍA – Aplicación – Concurso de méritos**

En virtud de los principios de planeación y economía, las entidades públicas tienen el deber iniciar procesos de contratación cuando existan las partidas o disponibilidades presupuestales –artículo 25, numeral 6, de la Ley 80 de 1993–, deber al cual resulta ser correlativa la obligación de verificar que las propuestas económicas se ajusten al presupuesto destinado para cada proceso de contratación. Aceptar que en los concursos de méritos la entidad no tiene el deber de verificar el contenido de la oferta económica o que los proponentes no deben presentar dicha oferta, so pretexto de la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015, podría llevar al extremo de imponer a la entidad la obligación de firmar un contrato que, incluso, exceda el presupuesto previamente establecido.

**PRECIO – Requisito de perfeccionamiento**

Si bien es cierto que del artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 y, además, del artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, se desprende que en los concursos de mérito no es posible incluir el precio como factor de escogencia, también lo es que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito», de lo cual se deriva que así el precio no sea un factor de selección en el concurso de méritos, este sí se debe considerar para el perfeccionamiento del contrato ; en otras palabras, que la entidad sí debe exigir la presentación de la oferta económica a los proponentes, so pena de que el contrato estatal no llegue a su perfeccionamiento.

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Licitación pública**

Uno de los principios que rige la contratación del Estado es el principio de transparencia, cuya máxima expresión se traduce en la litación pública, procedimiento que, a su vez, se estableció como regla general para la escogencia del contratista y en el que sus etapas se desarrollan mediante convocatoria pública en igualdad de condiciones, con libre concurrencia y orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la entidad. Esta modalidad de selección de la Ley 80 de 1993, así como las demás previstas con la expedición de la Ley 1150 de 2007, para ser realizadas mediante convocatoria pública, culminan con el acto de adjudicación, decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor oferente.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Objeto**

La audiencia de adjudicación es la etapa del procedimiento de selección en la que se adopta de forma pública la escogencia del mejor oferente para celebrar el contrato, luego de haberse evaluado las ofertas presentadas, publicitado el resultado y dado respuesta a las observaciones formuladas por los participantes.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Obligatoriedad – Únicamente para la licitación pública**

La audiencia de adjudicación únicamente es obligatoria para los procesos de licitación pública o, lo que es lo mismo, no es obligatoria en las otras modalidades de selección de contratistas. Esto es así porque el legislador, como ya se vio, solo estableció la obligatoriedad para los procesos de licitación pública. Nada obsta, sin embargo, para que él mismo modifique el ordenamiento jurídico y la haga obligatoria en las otras modalidades. Sin embargo, hasta que esto pase, la audiencia de adjudicación solo será obligatoria para los procesos contractuales de licitación pública.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-380 de 2008, declaró la exequibilidad de la expresión «de forma obligatoria» del artículo 9, inciso 1, de la Ley 80 de 1993, al considerar, por un lado, que «las atribuciones que la norma constitucional le confiere al Contralor General y a otras autoridades de control fiscal no se ven afectadas por el hecho de que la norma demandada haya establecido el carácter general y obligatorio de la adjudicación en audiencia pública» y, por el otro, que «claramente atribuida al Congreso de la República la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, es preciso reconocer que el ejercicio de esta facultad cae dentro del campo de lo que la jurisprudencia de esta corporación ha denominado la potestad de libre configuración normativa».

Bogotá D.C., **25/03/2020 Hora 13:17:11s**

**N° Radicado: 2202013000002180**

Señora

**Jhon Fredy Alvis Cavides**

Bogotá

**Concepto C‒ 124 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | PROCESO DE CONCURSO DE MÉRITOS ― Noción / CONCURSO DE MÉRITOS ― Modalidades / DECRETO 1082 DE 2015 ― Suspensión provisional / DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.2.3.2 – Efectos – Suspensión provisional / PRINCIPIOS DE PLANEACIÓN Y ECONOMÍA ― Aplicación en el concurso de méritos / PRECIO ― Requisito de perfeccionamiento / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ― Licitación pública / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN ― Objeto / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN ― Obligatoriedad únicamente para la licitación pública |
| **Radicación:** | Respuesta consulta # 4202012000000988 |

Estimado señor Alvis Cavides:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 12 de febrero de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted manifiesta tener dudas en relación con la modalidad de selección de concursos de méritos y la suspensión provisional de los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Concretamente, realiza las siguientes preguntas: i) «¿es procedente en un concurso de méritos [para] las entidades públicas abstenerse de exigir la presentación de la oferta económica, bajo el entendido que la misma corresponderá el presupuesto oficial del contrato, elaborado por le entidad pública bajo la metodología de Factor Multiplicador?»; y ii) «¿teniendo en cuenta que el Artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, solo hace alusión a los procesos de licitación pública, ¿puede entenderse que en los demás procesos o modalidades de selección, tales como el concurso de méritos, no es obligatoria la realización de audiencia pública de adjudicación?».

1. **Consideraciones**

Para resolver las preguntas planteadas es necesario hacer algunas consideraciones en relación con el «precio» en la modalidad de *concurso de méritos* y otras frente a la audiencia de adjudicación. La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto del 19 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008614–, analizó el alcance de la suspensión provisional de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Igualmente, en los conceptos del 25 de noviembre y el 23 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000008690 y 2201913000009524–, se pronunció en relación con el objeto de la audiencia de adjudicación. Las tesis propuestas se exponen a continuación.

**2.1.** **El precio en los concursos de mérito**

La Ley 80 de 1993 y el artículo 2 de la Ley 1150 del año 2007 establecen cinco (5) modalidades de selección de contratistas, a saber: i) la licitación pública; ii) la selección abreviada; iii) el concurso de méritos; iv) la contratación directa; y v) la mínima cuantía.

El *concurso de méritos* es una modalidad que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para la celebración de contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo establecido en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993[[1]](#footnote-1).

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015 regula el concurso de méritos. Allí se establecen sus distintas modalidades: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado decreto.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencias del 25 de julio de 2018[[2]](#footnote-2) y el 20 de febrero de 2019[[3]](#footnote-3), suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 la misma disposición. Las normas suspendidas regulan la modalidad de concurso de méritos abierto o sin precalificación. El texto de aquellos numerales es del siguiente tenor:

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

*3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*

*4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*5. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación*. [Cursivas propias)

Los numerales 3, 4 y 5 transcritos fijan reglas en relación con la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigen que el precio esté dentro del presupuesto disponible y el acuerdo que se logre sobre el precio entre la entidad y el primer calificado. Por otro lado, el numeral 5 dispone el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no lleguen a un acuerdo sobre el precio.

El Consejo de Estado determinó, de manera provisional, que estas normas podrían violar el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, que señala que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone que: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias».

Para el Consejo de Estado la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconoce el principio de selección objetiva y convierte al precio en un factor de escogencia en los concursos de méritos, en contravía de lo dispuesto por la ley:

Bajo este escenario, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «… precio ofrecido …» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «… trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos …» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido.

En consecuencia, debe el despacho suspender provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, pues claramente el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria, en tanto pasó por alto el contenido normativo del artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 (selección objetiva), así como lo dispuesto en el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4).

Como consecuencia de lo anterior, en este momento se encuentra suspendido el procedimiento para verificar que el precio se ajuste a la disponibilidad presupuestal de la entidad para el contrato, cuyo soporte normativo es el suspendido numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015. Podría pensarse *prima facie* que la entidad estatal, luego de evaluar la experiencia e idoneidad de los proponentes, no tendría que verificar la oferta económica y proceder a adjudicar y firmar el contrato, lo que, en principio, supondríaque no es necesario que la entidad pública exija la presentación de la oferta económica, ante la imposibilidad de tener una norma que le permita evaluarla, tal y como pareciera interpretarlo el ciudadano solicitante. Sin embargo, la Agencia Nacional de Contratación Pública no comparte tal interpretación de los efectos de la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2 del Decreto 1082. Esto porque dicha interpretación es violatoria de los principios de economía y de planeación, así como lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, en relación con los actos administrativos que afectan las apropiaciones presupuestales y, adicionalmente, desconoce que el precio es un elemento necesario para perfeccionar el contrato estatal.

En virtud de los principios de planeación y economía, las entidades públicas tienen el deber iniciar procesos de contratación cuando existan las partidas o disponibilidades presupuestales –artículo 25, numeral 6, de la Ley 80 de 1993–, deber al cual resulta ser correlativa la obligación de verificar que las propuestas económicas se ajusten al presupuesto destinado para cada proceso de contratación. Aceptar que en los concursos de méritos la entidad no tiene el deber de verificar el contenido de la oferta económica o que los proponentes no deben presentar dicha oferta, so pretexto de la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015, podría llevar al extremo de imponer a la entidad la obligación de firmar un contrato que, incluso, exceda el presupuesto previamente establecido.

En ese mismo sentido, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996[[5]](#footnote-5) establece que «todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos», de lo que se deriva que las entidades estatales deben, por un lado, verificar que cuentan con «disponibilidad presupuestal» antes de iniciar el proceso de contratación y, por el otro, corroborar que para la ejecución del contrato estatal no sea necesario un presupuesto superior al que tienen «disponible», razón por la que a estas les corresponde, igualmente, verificar que las ofertas económicas de los proponentes no excedan de ninguna forma el presupuesto asignado para tal efecto, máxime en las modalidades en las que el valor de la oferta no es un criterio de selección.

Si bien es cierto que del artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 y, además, del artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, se desprende que en los concursos de mérito no es posible incluir el precio como factor de escogencia, también lo es que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito», de lo cual se deriva que así el precio no sea un factor de selección en el concurso de méritos, este sí se debe considerar para el perfeccionamiento del contrato[[6]](#footnote-6); en otras palabras, que la entidad sí debe exigir la presentación de la oferta económica a los proponentes, so pena de que el contrato estatal no llegue a su perfeccionamiento.

En suma, a juicio de esta Agencia, a pesar de que el precio no es un factor de escogencia en los concursos de méritos, si debe ser analizado por la entidad estatal, pues a esta, de todos modos, le corresponde verificar que la oferta de los proponentes no supere el presupuesto de la entidad, pues es lo que la entidad, en ejercicio de la planeación, ha dispuesto para suplir la necesidad que va a contratar. Además, debido a que el precio es un elemento de perfeccionamiento del contrato estatal.

Se trata, pues, de dos cuestiones diferentes: una cosa es que en los concursos de méritos la entidad no pueda utilizar el precio ofertado como factor para seleccionar la oferta más favorable; y otra que la entidad esté imposibilitada para verificar la propuesta económica de los proponentes, con lo que, además, podría verse abocada a contratar más allá del presupuesto que ha dispuesto para el contrato. En virtud de lo anterior, en los concursos de méritos la presentación de la oferta económica debe hacerse y esta debe estar ajustada a lo dispuesto por la entidad en los pliegos de condiciones, inclusive en relación con el presupuesto oficial, de tal forma que el precio, por más de que no sea un factor de escogencia, no puede superar dicho presupuesto. Esto es lo que le corresponde verificar a la entidad y la razón de ser de exigir las propuestas económicas.

**2.2. La audiencia de adjudicación**

Uno de los principios que rige la contratación del Estado es el principio de transparencia, cuya máxima expresión se traduce en la litación pública[[7]](#footnote-7), procedimiento que, a su vez, se estableció como regla general para la escogencia del contratista y en el que sus etapas se desarrollan mediante convocatoria pública en igualdad de condiciones, con libre concurrencia y orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la entidad. Esta modalidad de selección de la Ley 80 de 1993, así como las demás previstas con la expedición de la Ley 1150 de 2007[[8]](#footnote-8), para ser realizadas mediante convocatoria pública, culminan con el acto de adjudicación, decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor oferente.

La audiencia de adjudicación es la etapa del procedimiento de selección en la que se adopta de forma pública la escogencia del mejor oferente para celebrar el contrato, luego de haberse evaluado las ofertas presentadas, publicitado el resultado y dado respuesta a las observaciones formuladas por los participantes.

Inicialmente el artículo 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 establecía que la adjudicación de los procesos licitatorios se efectuaría en audiencia pública, en el evento previsto en el artículo 273[[9]](#footnote-9) de la Constitución Política. En efecto, dicho artículo constitucional establece que, a solicitud de cualquier proponente, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal puedan ordenar que el acto de adjudicación de una licitación se llevara a cabo durante una audiencia pública. Asimismo, defirió a la ley la competencia para regular aspectos puntuales sobre la audiencia de adjudicación, tales como la forma cómo se evaluarían las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizaría la audiencia pública.

Posteriormente, el legislador reguló este asunto en la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 9 regló la etapa de adjudicación como la fase final de los procesos de selección de contratistas del Estado[[10]](#footnote-10). Determinó que, en general, en los procesos de licitación pública la adjudicación se haría, obligatoriamente, en audiencia pública. Igualmente señaló que en dicha audiencia, de manera previa a la decisión de adjudicación, todos los interesados podrían pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por la entidad a las observaciones planteadas al informe de evaluación.

Para la Corte Constitucional, el mecanismo de publicidad de la audiencia de adjudicación de los contratos estatales es una forma de garantizar transparencia en las decisiones que adopta la Administración en desarrollo de su actividad contractual:

Así, independientemente de su ubicación dentro del texto constitucional, es claro que esta norma establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, situación que tanto en Colombia como en otros países ha sido tradicionalmente vista con recelo, en atención a la natural importancia de las obras públicas, a la magnitud usualmente cuantiosa de los recursos en ellas comprometidos y al significativo poder corruptor que estas decisiones pueden entrañar, a propósito de las relaciones existentes entre las ramas del poder público, los órganos de control y la ciudadanía misma[[11]](#footnote-11).

El artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, señala que en la modalidad de selección de la licitación pública hay dos audiencias públicas obligatorias: la de asignación de riesgos y la de adjudicación. Respecto de esta última, la norma fijó las siguientes reglas procedimentales:

1. Los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas que adoptó la entidad frente a las observaciones al informe de evaluación, sin que ello implique que puedan mejorar o modificar su oferta. La entidad tiene la potestad de suspender la audiencia cuando considere necesario verificar lo propuesto por alguno de los oferentes.
2. Cuando se hagan observaciones respecto de alguna oferta, el proponente tendrá la palabra para responder a los cuestionamientos.
3. Quienes intervienen deben ser las personas designadas previamente por los oferentes, y dentro del tiempo que la entidad señale.
4. Si la entidad previamente publicó el borrador del acto de adjudicación, puede prescindir de su lectura.
5. Terminadas las intervenciones la entidad procederá a adoptar la decisión.

Se trata de directrices mínimas que ilustran el desarrollo de la audiencia de adjudicación, pero no alcanzan a prever todos los supuestos que se pueden presentar Muestra de esto es que la referida norma expresamente previó que la entidad contratante tiene la facultad de suspender la audiencia de adjudicación por el término necesario[[12]](#footnote-12), si requiere de un análisis adicional de las observaciones al informe final de evaluación surgidas en la audiencia, cuya solución, por un lado, pueda incidir en la decisión final a adoptar y, por el otro, no sea posible en la diligencia, lo que se hace necesario verificar asuntos o comprobar lo alegado por los intervinientes por fuera de la referida audiencia.

De todos modos, la audiencia de adjudicación únicamente es obligatoria para los procesos de licitación pública o, lo que es lo mismo, no es obligatoria en las otras modalidades de selección de contratistas. Esto es así porque el legislador, como ya se vio, solo estableció la obligatoriedad para los procesos de licitación pública. Nada obsta, sin embargo, para que él mismo modifique el ordenamiento jurídico y la haga obligatoria en las otras modalidades. Sin embargo, hasta que esto pase, la audiencia de adjudicación solo será obligatoria para los procesos contractuales de licitación pública.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-380 de 2008, declaró la exequibilidad de la expresión «de forma obligatoria» del artículo 9, inciso 1, de la Ley 80 de 1993, al considerar, por un lado, que «las atribuciones que la norma constitucional le confiere al Contralor General y a otras autoridades de control fiscal no se ven afectadas por el hecho de que la norma demandada haya establecido el carácter general y obligatorio de la adjudicación en audiencia pública» y, por el otro, que «claramente atribuida al Congreso de la República la función de determinar en qué otros casos la adjudicación deberá hacerse en audiencia pública, es preciso reconocer que el ejercicio de esta facultad cae dentro del campo de lo que la jurisprudencia de esta corporación ha denominado la potestad de libre configuración normativa».

1. **Respuesta**

i) «¿es procedente en un concurso de méritos las entidades públicas abstenerse de exigir la presentación de la oferta económica, bajo el entendido que la misma corresponderá el presupuesto oficial del contrato, elaborado por le entidad pública bajo la metodología de Factor Multiplicador?»

En virtud de los principios de planeación y economía, así como de lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, las entidades públicas tienen el deber iniciar procesos de contratación cuando existan las partidas o disponibilidades presupuestales –artículo 25, numeral 6, de la Ley 80 de 1993–, deber al cual resulta ser correlativa la obligación de verificar que las propuestas económicas se ajusten al presupuesto destinado para cada proceso de contratación. Aceptar que en los concursos de méritos la entidad no tiene el deber de verificar el contenido de la oferta económica o que los proponentes no deben presentar dicha oferta, so pretexto de la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.2. del Decreto 1082 de 2015, podría llevar al extremo de imponer a la entidad la obligación de firmar un contrato que, incluso, exceda el presupuesto previamente establecido, lo cual vulneraría normas de índole presupuestal como contractual.

Si bien es cierto que del artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 y, además, del artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, se desprende que en los concursos de méritos no es posible incluir el precio como factor de escogencia, también lo es que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «[l]os contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito», de lo cual se deriva que así el precio no sea un factor de asignación de puntaje, este sí se debe considerar para el perfeccionamiento del contrato[[13]](#footnote-13); en otras palabras, que la entidad sí debe exigir la presentación de la oferta económica a los proponentes.

En suma, esta Agencia no considera que las «entidades las entidades públicas [deban] abstenerse de exigir la presentación de la oferta económica» a los proponentes, pues una cosa es que en los concursos de méritos la entidad no pueda utilizar el precio ofertado como factor para seleccionar la oferta más favorable; y otra que se vea abocada a tener que contratar más allá del presupuesto que ha dispuesto para el contrato. En virtud de lo anterior, en los concursos de méritos la presentación de la oferta económica debe hacerse y esta debe estar ajustada a lo dispuesto por la entidad en los pliegos de condiciones, inclusive en relación con el presupuesto oficial. El precio, por más de que no sea un factor de escogencia, no puede superar el presupuesto oficial. Esto es lo que le corresponde verificar a la entidad y la razón de ser de exigir las propuestas económicas.

ii) «¿puede entenderse que en los demás procesos o modalidades de selección, tales como el concurso de méritos, no es obligatoria la realización de audiencia pública de adjudicación?».

La audiencia de adjudicación únicamente es obligatoria para los procesos de licitación pública o, lo que es lo mismo, dicha diligencia no es obligatoria en las otras modalidades de selección de contratistas. Esto es así porque el legislador, dentro de su marco de configuración, solo estableció la obligatoriedad de la audiencia de adjudicación para los procesos de licitación pública.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño  Contratista |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Suspensión provisional y límites de la potestad reglamentaria respecto de los procedimientos de selección contractual: suspensión de las normas reglamentarias del concurso de méritos abierto o sin precalificación. Centro de Estudios de Derecho Administrativo − CEDA. p. 6. Publicado el 6 de abril de 2019 en la página Web del CEDA: https://www.ceda.com.co/suspension-provisional-y-limites. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 25 de julio de 2018. Expediente 11001-03-26-000-2016-00015-00. Radicado interno No. 56165A. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Providencia del 20 de febrero de 2019. Expediente 11001-03-26-000-2018-00061-00. Radicado interno No. 61463. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Exp. 61463. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-4)
5. Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. [↑](#footnote-ref-5)
6. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-6)
7. BENAVIDES, José L. y SANTOFIMIO Jaime O (comps). Contrato estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.165. [↑](#footnote-ref-7)
8. Concurso y selección abreviada según las causales del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

   »Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley». [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 9°: «De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

    »Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

    »El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

      […]. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Sentencia C-380 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-11)
12. Facultad que fue recogida en la reglamentación después de haberse presentado en la práctica administrativa. [↑](#footnote-ref-12)
13. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Op. Cit. [↑](#footnote-ref-13)