**PLIEGO DE CONDICIONES – Principio de transparencia – Contenido mínimo**

La Ley 80 de 1993, en el artículo 24, regula el principio de transparencia e indica las reglas para el contenido del pliego de condiciones.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, y debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes *ítems*: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y manejo de las ofertas, v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Criterios de calificación – Requisitos habilitantes – Verificación en el RUP**

Los criterios de calificación “corresponden al objeto [del contrato] […], sus especificaciones técnicas, su precio, etc., [y] constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración”. Cuando el Decreto 1082 de 2015 menciona que el pliego de condiciones debe contener criterios de selección, se refiere a requisitos habilitantes y criterios ponderables o sujetos a puntaje, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, que se estudiará en este acápite. Para resolver su consulta se analizarán las reglas respecto de los criterios de ponderación, señaladas en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 contiene 4 reglas que la entidad debe observar para establecer los criterios de escogencia y de calificación en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. En primer lugar, la norma enuncia los que denomina como requisitos habilitantes: i) capacidad jurídica, ii) experiencia, iii) capacidad financiera y iv) capacidad organizacional; los cuales no otorgan puntaje y se verifican con el RUP.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Oferta más favorable – Interés general – Pluralidad oferentes**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, regula el principio de selección objetiva, que busca que las entidades seleccionen la oferta más favorable a sus necesidades, lo cual debe tener en cuenta: i) el interés general que se pretende satisfacer con la oferta y ii) no considerar factores que limiten de forma injustificada la pluralidad de oferentes. […] En segundo lugar, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 introdujo el concepto de oferta más favorable para indicarle a las entidades lo que deben tener en cuenta para seleccionar la oferta que, por las ventajas que representa para satisfacer la necesidad de la entidad, es la que debe ser la adjudicataria en el proceso. Esta norma fue complementada por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, y reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, estableciendo que la oferta más favorable debe seleccionarse de acuerdo con las normas de cada modalidad de selección, pero para el caso de la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía se plantean dos criterios que las entidades deben tener en cuenta: i) ponderación de calidad y precio con puntaje o fórmulas, y ii) ponderación de calidad y precio con los criterios que señala la norma referidos a la relación costo-beneficio.

**FACTORES DE CALIFICACIÓN – Selección abreviada – Concurso de méritos**

Para el tercer y cuarto criterio señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se establecen dos reglas para dos modalidades de selección: la selección abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes; y el concurso de méritos. Para el caso de la selección abreviada el único factor de evaluación será el menor precio ofrecido, y para el concurso de méritos los factores de calificación deben estar relacionados con aspectos técnicos, y se puede considerar la experiencia específica del oferente y el equipo de trabajo, sin que sea posible calificar el precio en ningún caso.

**VISITA AL SITIO DE LA OBRA – Licitación obra pública – Entidades estatales – Requisito técnico**

Sin perjuicio de lo anterior, las normas de la contratación pública no prevén ni reglamentan la exigencia de visitas técnicas en el proceso de contratación, no obstante, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía, puede establecerlas, siempre que sea adecuada, proporcional y esté justificada por el alcance y naturaleza del objeto del contrato. Debido a que se consulta si en los procesos de contratación se puede otorgar puntaje por asistir a la visita de obra, y ser este un factor de calidad, se abordará desde la jurisprudencia del Consejo de Estado la posibilidad de incluirlas en los pliegos de condiciones.

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia del 14 de mayo 2014, radicación 26.170, consejero ponente: Enrique Gil Botero, la visita técnica no es de carácter obligatorio, pero sí admisible como requisito.

Así las cosas, la entidad puede exigir visitas en los pliegos de condiciones y en el evento que la incluya se tratará como un requisito técnico, el cual lo puede solicitar para verificar que la ejecución del objeto contractual sea adecuada frente a la necesidad identificada.

**COLOMBIA** **COMPRA EFICIENTE – Acto de creación – Órgano técnico especializado – Finalidad**

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación. El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, que lo faculta para “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública”, de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. Asimismo, a esta entidad se le encomendó preparar y suscribir los acuerdos marco de precios previstos en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Función – Circulares externas**

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es “desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”. Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales, Circulares y los Documentos Tipo, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. En cuanto a las circulares externas, se ha considerado que constituyen actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones dirigidas a las entidades estatales, y al público en general, de obligatoria observancia y cumplimento. Ejemplo de ello es la Circular Externa 01 de 2013, sobre el deber de publicación de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -Secop-, la cual contiene órdenes imperativas para todas las entidades que realicen contratación con dineros públicos.

**COLOMBA COMPRA EFICIENTE – Definición – Manuales – Guías – Documentos tipo**

Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general los aspectos más fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación. Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto. De otro lado, el Documento Tipo se ha entendido como los instrumentos que pueden ser usados en los procesos de contratación, en sus etapas o requisitos, por contener estándares comunes.

**CIRCULARES EXTERNAS – Actos administrativos generales**

Para el año 2016, frente a los documentos indicados se sostuvo que los Manuales y Guías, como instrumentos o herramientas de buenas prácticas y facilitadores de la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública, solo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso. Las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial, en este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública.

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Obligatoriedad – Normas – Criterio formal**

Así pues, el enfoque que se tuvo sobre la obligatoriedad o vinculatoriedad de las normas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, le daba prevalencia a la forma mediante la cual se adoptaba la pauta o directriz, esto es, si se trataba de Circulares Externas se estaba en presencia de una norma de obligatorio cumplimiento; mientras que si la directriz se adoptaba bajo la forma de una Guía, Manual o Documento Tipo su vinculatoriedad era facultativa, y por tanto su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de buenas prácticas administrativas.

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Normas – Obligatoriedad – Criterio sustantivo o material – Competencia regulatoria – Acto administrativo – Elementos**

Ahora bien, la Subdirección de Gestión Contractual, en esta oportunidad, se permite recoger este entendimiento, para acoger un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto. En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia. Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos. Los llamados elementos del acto administrativo son: la competencia, objeto, forma, causa y finalidad, por lo que reunidos forman un acto administrativo.

Este enfoque sustantivo o material frente a la pregunta sobre la obligatoriedad de las Circulares, Guías, Manuales o Documentos Tipo se corresponde con el entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido al momento de determinar si se está ante un acto de la administración controlable por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo.

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Naturaleza jurídica – Manuales y guías – Normas de segundo o tercer grado – Potestad reglamentaria – Acto administrativo – Criterio sustantivo o material – Competencia**

La sentencia del Consejo de Estado reseñada ejemplifica lo anterior, toda vez que los Manuales, Guías o Circulares frente a los que existe un fundamento normativo de rango legal o reglamentario que da la competencia a Colombia Compra Eficiente para expedirlos fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico y, además, frente a ellos se puede concluir que se trata de actos administrativos -incluso reglamentos- de obligatorio cumplimiento para los partícipes de la contratación pública, como el manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios. Lo contrario ocurre con los Manuales, Guías o Circulares que se expiden sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que defiera a esta entidad su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, los manuales y guías para la determinación de la capacidad residual. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los partícipes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad. Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o de reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga. Adicional a lo anterior, la obligatoriedad de cada instrumento, además de la existencia de la competencia legal, viene dada por la voluntad de la Administración para que genere efectos jurídicos vinculantes para sus destinatarios, esto es, Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de una competencia legal, puede definir si la herramienta normativa que expide tendrá un carácter vinculante o el carácter de una pauta de buenas prácticas de voluntaria observancia.

**OBRA PÚBLICA – Proceso de contratación – Guía para procesos de contratación de obra pública – Evaluación calidad – Aspectos técnicos – Visita al sitio de la obra – Naturaleza jurídica**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de las entidades estatales la Guía para los Procesos de Contratación de obra pública en la cual incluyó algunos criterios para evaluar la calidad en obra pública. Estos criterios se refieren a aspectos técnicos de la oferta que deben ser medibles y especificados en un contrato. En este sentido y de acuerdo con las definiciones establecidas en la Guía, la calidad “está relacionada con: (i) la conformidad del producto con sus especificaciones o requerimientos y (ii) la satisfacción de la necesidad, por lo cual, es importante que las Entidades Estatales definan adecuadamente las propiedades que debe tener el producto final y la forma en que deben ser medidas o comprobadas”. Asimismo, en la Guía se indica que la entidad debe abstenerse de ponderar como calidad de la obra la visita a obra, ya que esto no corresponde a la definición de calidad y por lo tanto no permite verificar de forma objetiva la calidad del producto ofrecido.

Bogotá D.C., **24/12/2019 Hora 11:55:40s**

# N° Radicado: 2201913000009582

Señor

# Fernando Gómez Echeverry

Manizales - Caldas

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201912000007641 |
| **Temas:** | Pliego de condiciones, criterios de calificación, guías y manuales |
| **Tipo de asunto consultado:** | Visitas a obra. Criterios de calificación en los procesos de contratación de las entidades estatales. Vinculatoriedad de las guías y manuales |

Estimado señor Gómez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 12 de noviembre de 2019, 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.

# Problema planteado

El peticionario solicita se le informe lo siguiente:

“1. ¿En un proceso de contratación pública, la entidad puede otorgar puntaje por asistencia a la visita de obra aun sin ser obligatoria y ser este un factor de calidad?

“2. ¿Es la guía de CCE G-GPCOP-01 de obligatorio cumplimiento para las entidades del Estado en procesos de contratación?

“3. ¿Puede ser la anterior guía utilizada como argumento ante una entidad pública para objetar la asignación de puntaje por visita de obra?

“4. ¿Qué jurisprudencia existe actualmente frente al tema de las visitas de obra, su obligatoriedad y la asignación de puntajes por estas?”.

# Consideraciones

Para dar respuesta a la consulta es necesario analizar los siguientes temas: i) el pliego de condiciones, ii) los criterios de calificación, iii) las visitas a obra y iv) la obligatoriedad de las guías y manuales.

# Pliegos de condiciones

La Ley 80 de 1993, en el artículo 24, regula el principio de transparencia e indica las reglas para el contenido del pliego de condiciones:

5o. En los pliegos de condiciones:

* + 1. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
    2. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

(...)

1. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
2. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

(...)

El Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia del 11 de noviembre de 2009, radicado No. 17.366, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, considera que la autonomía que tienen las entidades estatales frente a la configuración de los pliegos de condiciones y los criterios de selección de los procesos de contratación no es absoluta, y debe tener relación con los fines de la contratación estatal:

Si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato.

A su vez, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia del 24 de julio de 2013, radicado No. 25.642, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, determina que el pliego de condiciones es ley para las partes, y en él se debe establecer todo el reglamento del proceso de contratación, conforme a la ley, garantizando la selección objetiva del contratista. Por lo tanto, el pliego de condiciones:

Concreta o materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, y debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes *ítems*: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y manejo de las ofertas, v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato[[1]](#footnote-1).

# Criterios de calificación

Los criterios de calificación “corresponden al objeto [del contrato] (…), sus especificaciones técnicas, su precio, etc., [y] constituyen, propiamente, lo ofrecido por los participantes y que es materia de comparación entre las distintas ofertas, para escoger entre ellas la más favorable para la administración”[[2]](#footnote-2).

Cuando el Decreto 1082 de 2015 menciona que el pliego de condiciones debe contener criterios de selección, se refiere a requisitos habilitantes y criterios ponderables o sujetos a puntaje, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, que se estudiará en este acápite. Para resolver su consulta se analizarán las reglas respecto de los criterios de ponderación, señaladas en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, regula el principio de selección objetiva, que busca que las entidades seleccionen la oferta más favorable a sus necesidades, lo cual debe tener en cuenta: i) el interés general que se pretende satisfacer con la oferta y ii) no considerar factores que limiten de forma injustificada la pluralidad de oferentes.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 contiene 4 reglas que la entidad debe observar para establecer los criterios de escogencia y de calificación en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. En primer lugar, la norma enuncia los que denomina como requisitos habilitantes: i) capacidad jurídica, ii) experiencia, iii) capacidad financiera y iv) capacidad organizacional; los cuales no otorgan puntaje y se verifican con el RUP.

En segundo lugar, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 introdujo el concepto de oferta más favorable para indicarle a las entidades lo que deben tener en cuenta para seleccionar la oferta que, por las ventajas que representa para satisfacer la necesidad de la entidad, es la que debe ser la adjudicataria en el proceso. Esta norma fue complementada por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011[[3]](#footnote-3), y reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, estableciendo que la oferta más favorable debe seleccionarse de acuerdo con las normas de cada modalidad de selección, pero para el caso de la licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía se plantean dos criterios que las entidades deben tener en cuenta: i) ponderación de calidad y precio con puntaje o fórmulas, y ii) ponderación de calidad y precio con los criterios que señala la norma referidos a la relación costo-beneficio.

Para el tercer y cuarto criterio señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se establecen dos reglas para dos modalidades de selección: la selección abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes; y el concurso de méritos. Para el caso de la selección abreviada el único factor de evaluación será el menor precio ofrecido, y para el concurso de méritos los factores de calificación deben estar relacionados con aspectos técnicos, y se puede considerar la experiencia específica del oferente y el equipo de trabajo, sin que sea posible calificar el precio en ningún caso.

Finalmente, se debe destacar que la determinación de los factores de calificación compete a las entidades estatales, quienes deberán fijarlos con base en las condiciones propias del contrato a ejecutar y que, una vez vencido el plazo para presentar ofertas no son susceptibles de subsanar.

# Visitas a obra

Teniendo en cuenta que para escoger la oferta más favorable la entidad debe establecer los factores técnicos y económicos y la ponderación de estos según las reglas establecidas en los pliegos de condiciones, la oferta más ventajosa es la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: i) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o ii) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

En todo caso, el establecimiento de requisitos técnicos y económicos de escogencia en un proceso de contratación no puede implicar exigencias desproporcionadas, pues de lo contrario se vulneraría el principio de transparencia, selección objetiva y el derecho a la competencia, pues no permite a la entidad escoger la oferta más favorable sino evaluar según criterios subjetivos.

No obstante, si bien las entidades estatales son autónomas y responsables de la estructuración de sus procesos de contratación, también tienen el deber de seleccionar objetivamente la oferta más favorable a sus necesidades y consecuentemente a los fines del Estado, y uno de los elementos que permite asegurar una escogencia objetiva son los factores técnicos fijados en el pliego de condiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas de la contratación pública no prevén ni reglamentan la exigencia de visitas técnicas en el proceso de contratación, no obstante, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía, puede establecerlas, siempre que sea adecuada, proporcional y esté justificada por el alcance y naturaleza del objeto del contrato.

Debido a que se consulta si en los procesos de contratación se puede otorgar puntaje por asistir a la visita de obra, y ser este un factor de calidad, se abordará desde la jurisprudencia del Consejo de Estado la posibilidad de incluirlas en los pliegos de condiciones.

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia del 14 de mayo 2014, radicación 26.170, consejero ponente: Enrique Gil Botero, la visita técnica no es de carácter obligatorio, pero sí admisible como requisito:

Esa práctica o costumbre técnica, muy sana y conveniente, pero ni siquiera obligatoria en todas las contrataciones -porque cada entidad define con libertad si la emplea o no-. (…)

Es más preciso caracterizar este requisito de la siguiente manera: la visita no constituye una fórmula disimulada para conseguir la indemnidad y evadir la responsabilidad, frente a toda clase de vicisitud que sufra el contratista – irresponsabilidad absoluta-; pero tampoco le garantiza al contratista que cualquier dificultad que tenga la traslade automáticamente a la entidad, bajo al forma de incumplimiento y/o desequilibrio financiero, porque la visita sí debe provocar en él una actitud preventiva de los riegos, preparatoria de las condiciones adversas y favorables de la ejecución del contrato, de advertencia sobre el cálculo del costo de la oferta, según las condiciones que aprecia en el lugar.

Así las cosas, la entidad puede exigir visitas en los pliegos de condiciones y en el evento que la incluya se tratará como un requisito técnico, el cual lo puede solicitar para verificar que la ejecución del objeto contractual sea adecuada frente a la necesidad identificada.

# Obligatoriedad de las guías y manuales.

Para responder al interrogante sobre la obligatoriedad de las guías, manuales, circulares externas y pliegos tipo emitidos por esta entidad, se harán las siguientes consideraciones:

La argumentación que se presenta a continuación fue acogida en los Conceptos del 21 de noviembre de 2019, Rad. 2201913000008643 y 17 de diciembre de 2019, Rad. 2201913000009372, que recogieron el criterio que sobre este asunto tenía la entidad, para adoptar la posición de conformidad con la cual el carácter obligatorio de las circulares externas que expide esta entidad, depende de la existencia de una competencia legal especial para regular el asunto en particular. Esta conclusión surge de los argumentos que a continuación se exponen.

# 2.5. Guías, Manuales, Circulares y Documentos Tipo

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, que lo faculta para “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública”, de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. Asimismo, a esta entidad se le encomendó preparar y suscribir los acuerdos marco de precios previstos en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es “desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”. Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales, Circulares y los Documentos Tipo, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

En cuanto a las circulares externas, se ha considerado que constituyen actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones dirigidas a las entidades estatales, y al público en general, de obligatoria observancia y cumplimento. Ejemplo de ello es la Circular Externa 01 de 2013, sobre el deber de publicación de la actividad contractual en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -Secop-, la cual contiene órdenes imperativas para todas las entidades que realicen contratación con dineros públicos.

A pesar de que el Decreto Ley 4170 de 2011 no contiene de manera expresa los vocablos Guía o Manual, Colombia Compra Eficiente, a partir del 2013, los ha expedido como instrumentos y herramientas que facilitan las compras y la contratación pública y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad[[4]](#footnote-4). El Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, compilado por el Decreto 1082 de 2015, a pesar de que se refiere de forma expresa a los Manuales y Guías, no distingue o precisa el concepto de cada uno.

Bajo las denominaciones de Guías, Manuales, instructivos y protocolos muchas entidades del Estado han adoptado herramientas e instrumentos para definir criterios técnicos, fijar procedimientos, estandarizar procesos y establecer metodologías y no existe un significado univoco que defina cada herramienta[[5]](#footnote-5).

Dentro del funcionamiento interno de esta entidad, los Manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general los aspectos más fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Las Guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables o guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto.

De otro lado, el Documento Tipo se ha entendido como los instrumentos que pueden ser usados en los procesos de contratación, en sus etapas o requisitos, por contener estándares comunes.

# Obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente

Para el año 2016, frente a los documentos indicados se sostuvo que los Manuales y Guías, como instrumentos o herramientas de buenas prácticas y facilitadores de la comprensión de la normativa del Sistema de Compra Pública, solo eran obligatorios cuando se acogían a través de una circular, de manera que si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso.

Las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial, en este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los participantes del Sistema de Compra Pública[[6]](#footnote-6).

Y los Documentos Tipo -pliegos y minutas tipo- también adoptaban buenas prácticas, pero estos, a diferencia de los manuales y guías, no fueron acogidos a través de Circular, motivo por el cual no eran de obligatorio cumplimiento.

Así pues, el enfoque que se tuvo sobre la obligatoriedad o vinculatoriedad de las normas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, le daba prevalencia a la forma mediante la cual se adoptaba la pauta o directriz, esto es, si se trataba de Circulares Externas se estaba en presencia de una norma de obligatorio cumplimiento; mientras que si la directriz se adoptaba bajo la forma de una Guía, Manual o Documento Tipo su vinculatoriedad era facultativa, y por tanto su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de buenas prácticas administrativas.

Ahora bien, en el concepto del 21 de noviembre la Subdirección de Gestión Contractual recogió este entendimiento, para acoger un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto.

En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

Los llamados elementos del acto administrativo son: la competencia, objeto, forma, causa y finalidad, por lo que reunidos forman un acto administrativo. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado:

Los elementos de validez a los que hace alusión la jurisprudencia cuyo desconocimiento acarrea la nulidad del acto administrativo son: i) los sujetos, diferenciados entre activo o quien expide el acto y quien debe gozar de competencia y voluntad para emitirlo, y el pasivo, esto es, sobre quien recaen sus efectos, ii) el objeto o contenido del acto que determina la situación jurídica que se va a afectar con este, que en todo caso debe ser licito, posible y existente, iii) los motivos o razón de hecho o de derecho determinantes que impulsaron la emisión del acto, iv) los fines o lo que la administración pretende alcanzar con la expedición del acto administrativo, que debe ser el interés general, y v) la formalidad, concepto que encierra indistintamente los de procedimiento, forma y formalidad. Así, el primero indica que para expedir el acto debe seguirse un trámite determinado, el segundo señala que debe ser expedido de acuerdo con su contenido y alcance ya sea mediante leyes, resoluciones, acuerdos, etc., y el tercero advierte los requisitos que debe acatarse para la expedición[[7]](#footnote-7).

Al lado del concepto de validez de los actos administrativos se encuentra el de su eficacia, que se refiere no a los elementos del acto sino a la producción de efectos jurídicos. Así, los requisitos de eficacia buscan dar a conocer el contenido del mismo a los destinatarios de la norma, de forma que les sea oponible, a través de la publicación, la comunicación o notificación, según corresponda. Es por ello que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso[[8]](#footnote-8).

El Consejo de Estado ha puntualizado que “la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados. Con otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, solo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo”[[9]](#footnote-9).

Este enfoque sustantivo o material frente a la pregunta sobre la obligatoriedad de las Circulares, Guías, Manuales o Documentos Tipo se corresponde con el entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido al momento de determinar si se está ante un acto de la administración controlable por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

Como lo ha expresado esta Sala, para efectos de determinar la posibilidad de impugnación ante el juez contencioso administrativo, debe tenerse en cuenta aquella definición de acto administrativo según la cual éste se presenta cuando el Estado administrador produce una decisión con consecuencias jurídicas, vale decir, que implican cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. No basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares[[10]](#footnote-10).

Frente al enfoque material en la definición de un acto administrativo, se ha sostenido lo siguiente:

Por otro lado, en relación con la definición de acto administrativo, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, **no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido**.

En consideración a lo anterior y en auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada: “… luego se ha de definir el acto administrativo como toda declaración de voluntad, juicio o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa y produce efectos jurídicos directos o definitivos sobre un asunto determinado” (Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, pág.

108) (…) Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una declaración unilateral de voluntad de la administración y que aquélla produzca de manera directa efectos jurídicos[[11]](#footnote-11). (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional tiene una comprensión similar del acto administrativo:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados[[12]](#footnote-12).

Finalmente, la doctrina también ha entendido que el criterio de identificación de los actos administrativos es de carácter material y no formal, esto es, con independencia de la forma o el nombre bajo el cual se adopte la decisión, lo fundamental es que se trate de una manifestación de la voluntad unilateral de la administración tendiente a modificar la realidad jurídica, esto es, a introducir en el ordenamiento jurídico prescripciones de carácter imperativo. Así lo sostiene la doctrina:

Los actos de la administración pública, cuando son manifestaciones de voluntad de carácter unilateral, creadoras de situaciones jurídicas, pueden ser de dos clases: generales o individuales. Los primeros, como los hemos venido indicando, caracterizados por ser fuente de normatividad reguladora general. Los segundos, por crear situaciones subjetivas o personales. *De aquí que no hagamos énfasis en la nominación particular que adquiera el respectivo acto administrativo. Esto es, que para efectos de nuestro estudio no nos interesa si la manifestación se denomina resolución, decreto, directiva o circular; lo importante es si es creadora de situaciones generales, abstractas e impersonales*, caso en el cual le daremos el tratamiento de potestad normativa o reglamentaria. Si, por el contrario, es creadora de situaciones individuales, para todos los efectos será considerada como un simple acto administrativo individual[[13]](#footnote-13). (Cursivas fuera de texto).

Ha quedado claro, al punto de ser un lugar común en nuestro ordenamiento jurídico, que para identificar un acto administrativo es indiferente la forma bajo la cual se adopte - resolución, decreto, directiva, guía o circular-, pues lo determinante es su contenido y su potencial para generar efectos jurídicos. *Mutatis mutandi*, para la determinación de la obligatoriedad o no de las normas regulatorias que expide Colombia Compra Eficiente, con independencia de la forma que adopten, es necesario verificar frente al caso concreto de la guía, el manual, la circular o el documento tipo si reúne los elementos de un acto administrativo y, por tanto, si tienen la capacidad de producir efectos jurídicos.

Dentro de la verificación de estos elementos, uno fundamental es la existencia de una norma legal o reglamentaria que otorgue la competencia a Colombia Compra Eficiente para regular un aspecto concreto de la contratación pública, con carácter vinculante. Esta sujeción del poder normativo de la Administración al principio de legalidad fue expuesta por Santofimio Gamboa en los siguientes términos:

La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, **la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior**. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de legalidad[[14]](#footnote-14). (Negrillas fuera de texto).

# Posición del Consejo de Estado en torno a la obligatoriedad de los instrumentos y herramientas expedidas por Colombia Compra Eficiente

El Consejo de Estado acoge la posición que ahora se acoge respecto de la obligatoriedad de los instrumentos normativos expedidos por Colombia Compra Eficiente. A partir de la reseña de dos pronunciamientos recientes se puede concluir que con independencia de la forma que adopten, la vinculatoriedad viene dada por el carácter de acto administrativo, como una consecuencia esencial de este.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en una providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se decidió si procedía la medida cautelar de suspensión provisional de la Circular Externa 01 de 2013, sobre la publicación de la información de la actividad contractual en el SECOP. En esta sentencia, el Consejo de Estado, además de reconocer la obligatoriedad de este acto administrativo, hizo especial énfasis en la existencia legal del deber de publicidad de quienes realizan contrataciones con recursos públicos, esto es, la competencia para expedir la circular demandada no se la había arrogado *motu proprio* la Agencia Nacional de Contratación Pública, pues ya venía dada por la ley:

11.13.- Las razones expuestas, que apenas constituyen un juicio preliminar sobre la medida cautelar, llevan a este Despacho a considerar que, a esta altura de la actuación procesal, no se reúnen elementos suficientes para configurar una violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 de inciso final de la Constitución Política, pues entiende como argumento razonable afirmar que el deber de información a quienes contratan con recursos públicos ya se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico interno desde la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de su existencia, también, en el escenarios de los estándares convencionales sobre el derecho humano fundamental al acceso a la información pública.

11.14.- Al hilo de esas consideraciones brevemente reseñadas, tampoco advierte de manera preliminar esta judicatura elementos de juicio suficientes que le lleven a considerar que en el sub judice ocurrió una violación a la potestad reglamentaria de la que es titular el Presidente de la República como lo pregona el artículo 189.11 de la Carta, pues tiene averiguado provisoriamente que, además de que la obligación de informar no parece haber surgido con ocasión de la expedición de la circular Externa 01 de 2013 acá demandada, se cuenta con una base jurídica mínima que apoya la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Estatal para su expedición pues se sabe que esa Agencia, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales y ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de políticas públicas, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública (…)”, según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

11.15.- Y, en el sub judice, resulta plausible considerar que la expedición de la Circular objeto de la medida cautelar fue expedida con apoyo en esa atribución de competencia reconocida por el ordenamiento jurídico[[15]](#footnote-15).

En un pronunciamiento más reciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013[[16]](#footnote-16), que en su numeral 2, literal a); numeral 3 y numeral 4, establecía que Colombia Compra Eficiente debía diseñar e implementar manuales y guías para la identificación y cobertura del Riesgo; pliegos de condiciones tipo para la contratación y minutas tipo de contratos.

El Consejo de Estado estudió la naturaleza jurídica de los Manuales y Guías expedidos por Colombia Compra Eficiente. Señaló que se trata de normas de carácter general, impersonal y abstracto, cuya finalidad es dar un mayor nivel de detalle a todas las normas a las que están subordinadas, de forma que sea posible su aplicación. Sostuvo que normas como los manuales y las guías son conocidas como “normas reglamentarias de segundo o de tercer grado”, entendiendo las de primer grado como las expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado, en consonancia con el criterio sustantivo o material de identificación de los actos administrativos arriba expuesto, reiteró que estos pueden estar revestidos de distintas formas, como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, manuales o circulares: “En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades”[[17]](#footnote-17).

A renglón seguido, el Consejo de Estado abordó uno por uno el análisis de los manuales y guías a los que se refería el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, para determinar si la competencia otorgada a Colombia Compra Eficiente sustituía la potestad reglamentaria asignada por la Constitución Política al Presidente de la República.

Frente a los “Manuales para el uso de los acuerdos marco de precios” concluyó que “el diseño e implementación de los manuales para el uso de los acuerdos marco de precios por parte de Colombia Compra Eficiente, no obedece al ejercicio de una facultad reglamentaria, que en principio le correspondía al Presidente de la República, tal y como lo sostuvo la parte actora, sino que constituye el desarrollo normativo subordinado a la ley y al reglamento, en orden al cumplimiento de la función que la primera le atribuye a esa entidad, de diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios”[[18]](#footnote-18).

Lo anterior en razón a la existencia del parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que impuso al Gobierno Nacional la obligación de señalar la entidad que se encargaría del diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios, lo que ocurrió con la expedición del Decreto Ley 4170 de 2011, que en el ordinal 7 del artículo 3 radicó estas competencias en Colombia Compra Eficiente.

Frente a los manuales y guías para la “identificación y cobertura del riesgo”, el Consejo de Estado concluyó que, a la luz del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, son las entidades contratantes las obligadas a incluir en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación del riesgo previsible a cada proceso de contratación. Asimismo, frente a la cobertura de ese riesgo, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 determinó que era el Gobierno Nacional quien debía fijar los “criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos”.

Por ello, al declararse la nulidad del literal a) del numeral 2 del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el Consejo de Estado determinó que las guías o manuales que expida Colombia Compra Eficiente, en relación con la identificación y cobertura de riesgos, no son vinculantes para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como una guía para llevar a cabo la estimación, tipificación, asignación y cobertura de riesgos en cada proceso de contratación particular.

Frente a los manuales y guías para la “determinación de la capacidad residual o *K de contratación* en los contratos de obra pública”, el Consejo de Estado estimó que Colombia Compra Eficiente tiene competencia para fijar la metodología para que las entidades puedan calcular este factor en los procesos de selección que adelanten. No obstante, al fijar esa metodología, a través de un manual, una guía o una circular, Colombia Compra Eficiente se debe ajustar a los parámetros fijados por el artículo 1º del Decreto 791 de 2014[[19]](#footnote-19).

Así las cosas, frente a la capacidad residual, las entidades deben, de forma vinculante, acudir a la metodología que adopte la Agencia Nacional de Contratación Pública para el cálculo de la capacidad residual de los proponentes, porque esa competencia fue deferida por la ley y el reglamento.

En relación con los manuales y guías para la “elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones”, el Consejo de Estado concluyó que “asignar la función de diseño e implementación de un manual o guía para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones a Colombia Compra Eficiente, no representa un exceso de la facultad reglamentaria, en tanto que los criterios generales fueron definidos previamente por el Presidente de la República, y solo los aspectos relacionados con la gestión de tal actividad, podrían establecerse en el mencionado manual o guía, situaciones que, sin duda, obedecen a la práctica administrativa que puede resultar cambiante y cuya regulación específica por Colombia Compra Eficiente, para nada invade la órbita de competencias a cargo del primer mandatario, como suprema autoridad administrativa”[[20]](#footnote-20).

Con respecto al manual o guía del “clasificador de bienes y servicios”, que es un sistema de codificación de las Naciones Unidas para su estandarización, el Consejo de Estado consideró que Colombia Compra Eficiente tiene la función de expedir un manual o guía para su uso, pero dentro de los criterios generales que definió el Presidente de la República en el propio Decreto 1510 de 2013 (artículos 3, 4, 9, 10, 22 y 40). En sus términos señaló:

De suerte que la entidad rectora en materia de contratación solo tendrá competencia para guiar o informar a las entidades estatales en la práctica administrativa, que se concreta en cómo deberán utilizar el UNSPSC, sin que le sea dable definir –pues esa tarea ya la agotó el Presidente de la República en el decreto reglamentario– cuál sería el clasificador y cuándo debería ser utilizado[[21]](#footnote-21).

En relación con las minutas tipo de contrato, el Consejo de Estado determinó que existía una “orfandad normativa”, razón por la que Colombia Compra Eficiente no tiene la competencia legal para diseñar e implementar, con carácter vinculante, minutas tipo para ninguna modalidad de contratación:

Dado el marco normativo expuesto, para la Sala, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente **no cuenta con la competencia jurídica necesaria para diseñar e implementar, con efectos obligatorios para las entidades públicas, documentos contractuales estandarizados para ninguna modalidad de contratación, pues, ante una orfandad normativa que la sustente, ello reñiría, abiertamente, con el principio de autonomía de la voluntad reconocido a aquellas por la Ley 80 de 1993.** (…)

Por otra parte, ante la inexistencia manifiesta de una previsión legal en el sentido indicado, la definición de modelos de contratos obligatorios para las entidades públicas, afectaría sustancialmente la autonomía de la voluntad a ellas reconocida por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 y, en particular, su libertad negocial, según la cual, las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar, también, condiciones negociales particulares, conforme al artículo 1602 del Código Civil, ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar, para el cumplimiento de las prestaciones[[22]](#footnote-22). (Negrillas fuera de texto).

Finalmente, en cuanto a la facultad de estandarización de las condiciones generales de los pliegos de condiciones, a través de los llamados pliegos tipo, el Consejo de Estado señaló que la competencia contenida en el parágrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para adoptar condiciones generales en los pliegos de condiciones es exclusiva del Gobierno Nacional, es decir, la adopción de pliegos tipo implica el ejercicio de la potestad reglamentaria asignada por la Constitución Política al Presidente de la República, por lo que anuló la facultad que le concedía a Colombia Compra Eficiente el numeral 4 del literal

a) del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013. Lo anterior quiere decir que esta entidad, según el Consejo de Estado, no tiene la competencia para diseñar e implementar pliegos de condiciones tipo para la contratación, con carácter obligatorio o vinculante para las entidades[[23]](#footnote-23).

Para fundamentar esta posición, el Consejo de Estado sostuvo que las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011[[24]](#footnote-24), y que fueron el sustento de la expedición del Decreto Ley 4170 de 2011, se limitaban a reasignar funciones o competencias que existieran de manera previa para otorgarlas a las nuevas entidades creadas o fusionadas. En ese sentido, estimó que la estandarización de documentos contractuales tipo -minutas de contrato y pliegos-, con fuerza obligatoria, no era una función que existiera previamente y que estuviera asignada a alguna entidad, razón por la que el Presidente no podía crearla y asignarla a Colombia Compra Eficiente.

Para el Consejo de Estado, existe un vacío legal que otorgue la competencia a Colombia Compra Eficiente para estandarizar documentos tipo para las diferentes etapas de la contratación pública, no obstante reconocer la existencia del numeral 12 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, que asigna a la Subdirección de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente la función de: “*Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública”.*

Ante lo anterior procede preguntarse ¿por qué, aun reconociendo la existencia del numeral 12 del artículo 11 citado, norma con fuerza de ley, el Consejo de Estado determinó que existía una orfandad normativa para que Colombia Compra Eficiente estandarice documentos tipo? Para el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, el Presidente de la República no podía asignar esta función porque no estaba creada previamente y porque no estaba asignada a ninguna de las entidades que, por mandato del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, serían suprimidas, escindidas o fusionadas, y en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente solo podía reasignar funciones.

A pesar de que el Consejo de Estado no lo dice de manera expresa, pareciera que tácitamente acudió al control de constitucionalidad por vía de excepción, esto es, inaplicó el numeral 12 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 en el caso concreto, al considera que el Presidente de la República, al asignar esa función a Colombia Compra Eficiente desbordó las facultades a él otorgadas por el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

Si este fue el caso, el Consejo de Estado ha debido apelar de manera expresa a la excepción de inconstitucionalidad, para que de esa forma se entendiera que estaba inaplicando por inconstitucional la norma de rango legal que otorga a Colombia Compra Eficiente la función de estandarizar documentos para la contratación estatal y esgrimir las razones que fundamentaran la inconstitucionalidad del numeral 12 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 y, en consecuencia, su inaplicación en el caso concreto.

Ahora bien, a pesar de no decirlo expresamente, por la argumentación expuesta, el Consejo de Estado acudió, materialmente, a la excepción de inconstitucionalidad para señalar que no existía un fundamento legal que le otorgara a Colombia Compra Eficiente la competencia para diseñar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la contratación estatal. En cualquier caso, lo cierto es que el Consejo de Estado inaplicó el numeral 12 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 para sustentar la orfandad normativa a la que apeló para afirmar que Colombia Compra Eficiente no estaba legalmente facultada para diseñar e implementar documentos tipo a pesar de la norma de rango legal que sostiene lo contrario.

Con todo, el Consejo de Estado no estaba sometiendo a control de constitucionalidad el numeral 12 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, pues esa competencia es de la Corte Constitucional y si se entendiera que aplicó la excepción de inconstitucionalidad, este mecanismo no tiene efectos *erga omnes* sino *inter partes* y únicamente para ese proceso, lo que quiere decir que la norma en comento está vigente y produciendo efectos jurídicos. Lo anterior vislumbra una disyuntiva que se generó con este pronunciamiento del Consejo de Estado: de un lado, a nivel jurisprudencial, se sostiene que Colombia Compra Eficiente no tiene competencia para diseñar documentos tipo y, de otro lado, la propia ley señala que sí la tiene, en una norma que está vigente, pues no ha sido declarada inconstitucional por el órgano competente para ello.

Por otro lado, tampoco se comparte la interpretación del Consejo de Estado en relación con la ausencia de competencia del Presidente de la República para asignar a Colombia Compra Eficiente, en el acto de su creación, la función de diseñar e implementar documentos tipo para la contratación. Como se señaló, esa conclusión proviene de una interpretación restringida del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, que en su letra d) se refirió a reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y no a crear unas nuevas.

La Subdirección de Gestión Contractual sostiene que se trata de una interpretación restringida de la norma, toda vez que el artículo 18 *ibídem* no solo revistió al Presidente de facultades extraordinarias para que, con fuerza de ley, reasignara funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado (literal d), sino también para señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones (literal f) y para crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen (literal g).

Siendo así, si el Presidente fue investido con facultades extraordinarias, no solo para reasignar funciones ya existentes, sino además para señalar, modificar y determinar los objetivos de las nuevas entidades, debe entenderse que en la determinación de los nuevos objetivos de las entidades resultantes era posible asignar nuevas funciones de conformidad con esos nuevos objetivos ¿Cómo entender, entonces, la existencia de nuevas entidades con nuevos objetivos, pero sin nuevas funciones?

No debe perderse de vista que las facultades se concedieron para crear, escindir, fusionar y suprimir entidades del orden nacional, esto es, la norma buscaba que se diera una renovación en ciertos sectores de la Rama Ejecutiva, cuestión que sería imposible si se entendiera que lo único que podía hacer el Presidente era reasignar -o reciclar- funciones. Es claro que las funciones de las entidades suprimidas o escindidas debían ser reasignadas a las entidades nuevas que surgieran en virtud de la creación o de la fusión, pero ello en ningún momento puede ser entendido como la imposibilidad de asignar nuevas funciones a las entidades creadas para desarrollar su objetivo.

En efecto, no tendría sentido que la ley ordenara al Presidente la creación de nuevas entidades, con objetivos nuevos, sin conceder también la posibilidad de asignar funciones con miras a que la entidad creada tuviera las competencias necesarias para desarrollar los objetivos que se le fijaron en su acto de creación. Si se aplicara esta interpretación restringida de las facultades del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, habría que concluir que la mayoría de las funciones asignadas a las entidades creadas en virtud de la competencia del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, desbordaron esa competencia por el solo hecho de que no estaban asignadas previamente a otra entidad.

Si lo que quería el legislador era crear nuevas entidades, lo lógico es pensar que esas esas entidades recibirían funciones de otras entidades que fueron suprimidas o escindidas, pero que también tendrían funciones nuevas, de acuerdo con los objetivos para los que fue creada. Este es el caso de Colombia Compra Eficiente, una entidad sin precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano, pues su creación obedeció a la necesidad de contar con un ente rector que desarrollara e impulsara políticas públicas y herramientas dirigidas a los partícipes de la contratación estatal, con miras a lograr mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (artículo 2º del Decreto Ley 4170 de 1998).

Entonces, si en las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se reconoció la necesidad que tenía el país de contar con una política clara y unificada en materia de contratación pública y con una institucionalidad rectora que promoviera, articulara, implementara y proporcionara instrumentos gerenciales en esta actividad es porque antes no se contaba con este ente rector y obviamente, no existían la mayoría de funciones asignadas a esta entidad. Quiere decir lo anterior que dar aplicación irrestricta a la interpretación prohijada por el Consejo de Estado llevaría a la consecuencia inadmisible de declarar inexequibles la mayoría de las funciones asignadas a esta entidad para el cumplimiento de su objetivo, solo porque no existían antes o no estaban radicadas en otra entidad. Igual consideración cabría para todas las entidades que fueron creadas en virtud del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011.

Por lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual no comparte la tesis según la cual Colombia Compra Eficiente no tiene competencia legal para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública, pues esa competencia está contenida en el numeral 12 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, norma con rango y fuerza de ley, la cual está vigente y se presume constitucional, toda vez que no ha sido declarada inexequible por la Corte Constitucional. Mientras ello no ocurra, no existe razón para pensar que está derogada por el pronunciamiento del Consejo de Estado o que ha perdido vigencia, pues no es así.

A pesar de lo anterior, es necesario advertir que, según la tesis del Consejo de Estado, existen documentos tipo que tienen fuerza vinculante por disposición de otras normas que le otorgan obligatoriedad, como sucede con los documentos tipo establecidos en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018[[25]](#footnote-25) y en el Decreto 342 de 2019, que adoptó los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

En conclusión, frente a la obligatoriedad o vinculatoriedad de los manuales, guías, circulares o documentos tipo expedidos por Colombia Compra Eficiente, es necesario identificar que se trate de actos administrativos tendientes a producir efectos jurídicos, sin importar cuál sea la forma que adopten. Igualmente, y con el mismo nivel de importancia, es necesario que la competencia para proferir cualquiera de estas herramientas normativas provenga de la ley o el reglamento para que sea de obligatorio cumplimiento para los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

La sentencia del Consejo de Estado reseñada ejemplifica lo anterior, toda vez que los Manuales, Guías o Circulares frente a los que existe un fundamento normativo de rango legal o reglamentario que da la competencia a Colombia Compra Eficiente para expedirlos fueron declarados ajustados al ordenamiento jurídico y, además, frente a ellos se puede concluir que se trata de actos administrativos -incluso reglamentos- de obligatorio cumplimiento para los partícipes de la contratación pública, como el manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios.

Lo contrario ocurre con los Manuales, Guías o Circulares que se expiden sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que defiera a esta entidad su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, los manuales y guías para la determinación de la capacidad residual. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los participantes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad.

Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o de reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga[[26]](#footnote-26).

Adicional a lo anterior, la obligatoriedad de cada instrumento, además de la existencia de la competencia legal, viene dada por la voluntad de la Administración para que genere efectos jurídicos vinculantes para sus destinatarios, esto es, Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de una competencia legal, puede definir si la herramienta normativa que expide tendrá un carácter vinculante o el carácter de una pauta de buenas prácticas de voluntaria observancia.

Por ejemplo, el Decreto 092 de 2017, que reglamentó la forma como el Gobierno Nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro, señala en el inciso segundo de su artículo 1º que la interpretación de las expresiones allí utilizadas con mayúscula inicial debía ser aquella que se indique “en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para la aplicación del presente decreto”[[27]](#footnote-27).

Nótese cómo el Gobierno Nacional, a través de un decreto autónomo, defirió a Colombia Compra Eficiente la competencia para interpretar el contenido de dicha norma, con carácter obligatorio, y señaló que esta entidad debería expedir una guía para hacer operativo el decreto. A pesar de que este aparte de la norma ha sido suspendido de manera provisional, da cuenta de que la obligatoriedad de las normas expedidas por esta entidad no depende de la forma, sino del fondo, esto es, que la ley o el reglamento asigne la competencia para reglamentar un aspecto determinado con carácter obligatorio para los partícipes de la contratación y que ese lineamiento, pauta o directriz reúna todos los elementos de un acto administrativo.

# Guía para Procesos de Contratación de obra pública

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de las entidades estatales la Guía para los Procesos de Contratación de obra pública en la cual incluyó algunos criterios para evaluar la calidad en obra pública. Estos criterios se refieren a aspectos técnicos de la oferta que deben ser medibles y especificados en un contrato.

En este sentido y de acuerdo con las definiciones[[28]](#footnote-28) establecidas en la Guía, la calidad “está relacionada con: (i) la conformidad del producto con sus especificaciones o requerimientos y (ii) la satisfacción de la necesidad, por lo cual, es importante que las Entidades Estatales definan adecuadamente las propiedades que debe tener el producto final y la forma en que deben ser medidas o comprobadas”.

Asimismo, en la Guía se indica que la entidad debe abstenerse de ponderar como calidad de la obra la visita a obra, ya que esto no corresponde a la definición de calidad y por lo tanto no permite verificar de forma objetiva la calidad del producto ofrecido.

No obstante lo anterior, las entidades como responsables de la estructuración de sus procesos de contratación son autónomas para fijar los criterios que consideren necesarios para evaluar la calidad en los procesos de obra, los cuales deberán ser establecidos con base en los documentos previos y el análisis del sector realizado para el proceso. Esto significa que la entidad que incluya la visita de obra como un criterio técnico puntuable, debe justificar el porqué de la inclusión de este requisito técnico, el cual como se mencionó se solicita para verificar que la ejecución del objeto contractual sea adecuada frente a la necesidad identificada.

# Respuesta

Frente a la primera pregunta relacionada con los criterios de calificación, es decir, si se puede otorgar puntaje por asistir a la visita de obra, y ser este un factor de calidad, de acuerdo con los argumentos expuestos, las entidades estatales, de acuerdo con las particularidades del negocio objeto del proceso de contratación, tienen libertad relativa para establecer los criterios de calificación que les permita hacer una comparación objetiva de las ofertas. En este sentido, las entidades como directoras y responsables de sus procesos de contratación pueden exigir en los pliegos de condiciones visitas en la obra y en el evento que la incluya se tratará como un requisito técnico, siempre que este acorde con el objeto y dicha exigencia resulte justificada, adecuada y proporcional.

Frente a la segunda y tercera pregunta en materia de la vinculatoriedad de la guía para procesos de contratación de obra pública, de conformidad con la concepción que ahora se acoge, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedida por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma con la que se adopten, sino de la existencia de una competencia legal o reglamentaria que faculte a la entidad para expedir la respectiva guía, manual, circular o documento tipo, y que este pueda ser considerado un acto administrativo, por reunir todos sus elementos. En consecuencia, la Guía para Procesos de Contratación de obra pública al ser un documento que contiene orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad no es de obligatorio cumplimiento toda vez que no tiene fuerza vinculante para las entidades, quienes podrán, de manera facultativa, acudir a ellas como criterio orientador.

Finalmente, respecto a la cuarta pregunta, se precisa que de conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

Teniendo en cuenta que usted pregunta por la jurisprudencia que actualmente existe frente al tema de las visitas de obra, su obligatoriedad y la asignación de puntajes, desafortunadamente no podemos darle respuesta a su consulta, pues no se refiere a la aplicación o interpretación del alcance de alguna norma de carácter general que rija la contratación de las entidades públicas. Sin perjuicio de lo anterior puede verificar la jurisprudencia citada en la parte considerativa.

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

Atentamente,



Proyectó: Laura Cuenca Suárez

1. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

   “1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

   “2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

   “3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

   “4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

   “5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

   “6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

   “7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

   “8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

   “9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

   “10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

   “11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

   “12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. “13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas. “14. El Cronograma”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 16 de agosto de 2018, radicación 2003-01082-01 (37339) con ponencia de Stella Conto Díaz Del Castillo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1474 de 2011: “Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

   “2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

   “En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

   “a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

   “b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Colombia Compra Eficiente. Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_minima_cuantia.pdf> [↑](#footnote-ref-4)
5. Por ejemplo, para Colciencias los manuales “son instrumentos administrativos que se elaboran para determinar en forma explícita, ordenada y sistemática información sobre objetivos, políticas, atribuciones, organización y procedimientos de los órganos de una institución. Se caracterizan por desarrollar criterios generales sobre un tema estratégico y en su mayoría, referencian procedimientos, guías, instructivos, modelos y formatos”. Mientras que las guías son “documentos que contienen orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad”: [https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor\_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion-](https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion-control.pdf) [control.pdf](https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion-control.pdf)

   Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales los manuales y guías “son documentos técnicos a través de los cuales se estandarizan y se definen criterios y procedimientos de una actividad específica. A través de ellos se indican enfoques, lineamientos, se definen instructivos y se detallan los pasos que deben seguir quienes desarrollan una actividad determinada. El propósito de esta herramienta es el de permitir que las autoridades o a cualquier otro organismo equivalente haga más efectiva su gestión y documente sistemáticamente los criterios considerados durante los procesos de toma de decisiones”: [http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias.](http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias) [↑](#footnote-ref-5)
6. La Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: “Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf> [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2018, Radicado N.º 110010325000201601071, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1437 de 2011, artículo 65. Frente a la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto ver el artículo 66 de la misma ley. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2012, radicado N.º 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23.358), C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, C.P. Alier Hernández Enríquez, Rad. 2001-0058-01 (21.652). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 13 de marzo de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 2013-00715-01 (ACU). [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-12)
13. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 3ra Ed. p. 440. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ibidem.* p. 436. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente del 14 de agosto de 2017,

    C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 2017-00031-00 (58.820). [↑](#footnote-ref-15)
16. Compilado en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.5.2: “Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el [Decreto ley 4170 de 2011](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/decretos/2011/D4170de2011.htm) le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

    “1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición el presente decreto.

    “2. Manuales y guías para: (a~~) la identificación y cobertura del Riesgo~~; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

    “3. ~~Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del~~ ~~presente decreto~~.

    “4. ~~Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”~~. (Nota: Las expresiones tachadas fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado en la Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. 2014-00135-00 (52055). Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín). [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. María Adriana Marín, Rad. 2014-00135-00 (52.055). [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Decreto 791 de 2014 art. 1: “(...) La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución” (…). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. María Adriana Marín, Rad. 2014-00135-00 (52.055). [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Ibidem*: “En efecto, mientras las Ley 1150 de 2007 refiere expresamente al gobierno nacional y, consecuentemente, a su facultad reglamentaria, el Decreto 1510 de 2013 atribuye a Colombia Compra Eficiente, funciones de diseño e implementación de pliegos de condiciones tipo, los cuales no podrán servir de referencia vinculante a las entidades públicas respectivas, salvo que se trate de aquellas condiciones generales de que trata el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adoptadas por el gobierno nacional. (…) Tampoco es correcta la afirmación de la Agencia Nacional de Contratación Pública, cuando señala que ha sido investida con alguna suerte de facultad reglamentaria, propia del Presidente de la República. No se desprende del texto demandado que Colombia Compra Eficiente haya sido investida de facultad reglamentaria alguna, pues en los términos en que fue redactado y del contexto de las normas que regulan el funcionamiento de Colombia Compra Eficiente, ninguna obligatoriedad podría imponerse respecto de los pliegos de condiciones tipo para la contratación, que debe diseñar e implementar. Para estos efectos, se reiteran, íntegramente, las consideraciones expuestas en el numeral anterior en relación con los contratos tipo, pues en la elaboración de los pliegos de condiciones, les asiste a las entidades públicas, igualmente, el principio de la autonomía de la voluntad”. [↑](#footnote-ref-23)
24. “Artículo 18. Facultades Extraordinarias. De conformidad con lo establecido en el artículo [150](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/constitucion%20politica/CP%20Art%20150.htm) numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

    “a) Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos;

    “b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios creados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

    “c) Modificar los objetivos y estructura orgánica de los Ministerios reorganizados por disposición de la presente ley, así como la integración de los sectores administrativos respectivos;

    “d) *Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública nacional y entre estas y otras entidades y organismos del Estado*;

    “e) *Crear, escindir y cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y otras entidades u organismos de la rama ejecutiva del orden nacional*;

    “f) *Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las creaciones, fusiones o escisiones* y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas, escindidas, fusionadas o transformadas, y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado;

    “g) *Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar*;

    “h) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas;

    “i) Realizar las modificaciones presupuestales necesarias para financiar los gastos de funcionamiento e inversión necesarios para el cumplimiento de las funciones que se asignen a las entidades creadas, escindidas, suprimidas, fusionadas o reestructuradas en desarrollo de las facultades otorgadas por la presente ley (…)”. (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-24)
25. Ley 1882 de 2018, Art. 4: “Artículo 4°. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007: “Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. // La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección. // Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”. [↑](#footnote-ref-25)
26. El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, C.P. Olga Inés Navarrete, indicó frente a la naturaleza jurídica de las circulares que: “La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda”. [↑](#footnote-ref-26)
27. El inciso segundo del artículo 1º del Decreto 092 de 2017 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, al considerar que al señalar que Colombia Compra Eficiente era la entidad encargada de definir el alcance y la interpretación de ciertas expresiones de ese decreto constituía una delegación de la potestad reglamentaria que es exclusiva del Presidente de la República. Auto del 6 de agosto de 2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 2018-00113-00 (62.003). [↑](#footnote-ref-27)
28. Guía para Procesos de Contratación de obra pública. “Definición de calidad: según su sentido natural y obvio, calidad es ‘la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie’ . En cuanto a la ejecución de obras civiles, la calidad debe ser entendida en sus acepciones del campo de la Ingeniería como: ‘1) el grado de excelencia de un producto o servicio. 2) El grado en el que un producto o servicio satisface las necesidades de un cliente especifico. 3) El grado de conformidad de un producto o servicio con un requerimiento dado’”. [↑](#footnote-ref-28)