**CCE-DES-FM-17**

**SELECCIÓN DE CONTRATISTA** **– Procedimiento reglado – Etapas – Términos – Perentorios – Preclusivos**

Para adquirir bienes y servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista─; y los artículos 2.2.1.1.2.1.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura – Etapas generales**

En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Asimismo, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas – Observaciones**

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones −numeral 7−, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes.

A este respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3. Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de realizar la evaluación de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor evaluadora.

Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos hipótesis: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de 5 días hábiles, según lo prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho».

En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Licitación de obra pública – Audiencia de adjudicación**

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la audiencia efectiva de adjudicación, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: primero, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el informe final de evaluación. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al informe de evaluación, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al informe final de evaluación, es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el informe de evaluación –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el informe de evaluación, pese a que el mismo se cerró al expedir el informe final de evaluación y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el informe final de evaluación, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

Segundo, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, tercero, a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el orden de elegibilidad y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Contratista de obra – Observaciones – Términos – Respuesta**

[…] Aunque la norma contempla el término para resolver las observaciones presentadas en relación con el informe final de evaluación, en el entendido que dispone que deben resolverse «en la misma» audiencia, lo cierto es que no establece un término para pronunciarse en relación con las observaciones presentadas por los proponentes frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes del proceso.

A juicio de la Agencia Nacional de Contratación tal vacío normativo debe suplirse con la aplicación analógica del término para resolver las observaciones de los proponentes frente al informe final de evaluación, habida cuenta de que se trata de la misma diligencia y, en esencia, de una actuación similar, esto es, resolver observaciones de los proponentes. Además, si se tiene en cuenta que el objeto principal de la audiencia es la adjudicación, y que esto no se puede hacer sin haber resuelto las observaciones de los proponentes, resulta imposible materialmente que el término sub lite se extienda más allá de la diligencia.

**OBSERVACIONES – Término de traslado – Ofertas económicas – Proporcionalidad – Razonabilidad**

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al informe final de evaluación, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

[…] Los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. Incluso, en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, se establece como parámetro la razonabilidad […].

**OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad – Límites**

[…] Por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término sub examine no puede exceder los límites legales, pues, como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la discrecionalidad «no es una facultad extralegal», lo que significa que no puede ejercerse de forma ilimitada y desbordando los causes establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en los párrafos anteriores, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la audiencia efectiva de adjudicación, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia.

Bogotá D.C., **26/05/2020 Hora 7:34:28s**

**N° Radicado: 2202013000004106**

Señor

**Ciudadano anónimo**

Ciudad

**Concepto C ─ 334 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN DE CONTRATISTA ─ Procedimiento reglado – Etapas – Términos perentorios y preclusivos / LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura y etapas generales / LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas y observacionesLICITACIÓN PÚBLICA – Licitación de obra pública – Audiencia de adjudicación / LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONTRATISTAS DE OBRA – Términos para resolver observaciones / TÉRMINO DEL TRASLADO PARA OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad / TÉRMINO DEL TRASLADO PARA OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad – Límites |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000003382 |

Estimado señor Ciudadano,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta remitida el 5 de mayo de 2020, por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «EN ATENCION A LOS SEÑALAMIENTOS DE LA LEY 1882 DE 2018 LAS ENTIDADES ESTATALES DEBEN DAR DENTRO DE LA AUDIENCIA DE ADJUDICACION UN TRASLADO DE LOS ASPECTOS ECONOMICOS Y ORDEN DE ELEGIBILIDAD, SIN EMBARGO SE CONSULTA CUAL ES EL TERMINO OPORTUNO QUE SE DEBE DAR PUES MUCHAS ENTIDADES DIFERENTES AL INVIAS QUE DA TRES DIAS A DICHO TRASLADO SOLO DAN 2 HORAS PARA DICHA REVISION TIEMPO QUE NO ES SUFICIENTE PARA DICHA REVISION MAXIME EL NUMERO DE PROPUESTAS Y DE OFERTAS PROMEDIO ES DE 50 OFERTAS PARA ENTIDADES COMO EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA O EL MUNICIPIO DE MEDELLIN».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre las etapas de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales, en materia contractual, en el concepto C-201 de 2020 lo hizo en relación con las fases o etapas del proceso de selección, y en el concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524−, lo hizo frente a la audiencia de adjudicación en licitaciones púbicas. Los argumentos desarrollados en dichos conceptos fueron desarrollados en el concepto C–007 de 2020, y complementados en lo que tiene que ver con los contratos de obra y el término para presentar observaciones frente a la evaluación de las ofertas económicas durante la audiencia de adjudicación. Las tesis expuestas en el concepto C – 007 de 2020 se reiteran a continuación.

Para adquirir bienes y servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista─; y los artículos2.2.1.1.2.1.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[1]](#footnote-2) consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista. Puede decirse, entonces, que la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado debe gestionarse, por un lado, dentro de las etapas del proceso contractual, lo cual variará dependiendo de la modalidad de selección de contratistas y, en cierta medida, del objeto del contrato a suscribir, y, por el otro, dentro de los términos establecidos para cada una de esas etapas, bien por la ley, el reglamento o el definido por la entidad contratante.

 En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Asimismo, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

Por su parte, el numeral 3 señala que dentro de los 10 o 20 días calendario antes de la apertura de la licitación, la entidad debe publicar hasta 3 avisos para invitar a participar en el proceso de licitación. Los avisos deberán publicarse con intervalos de 2 a 5 días calendario entre cada uno, en la página web de la entidad y en el SECOP; en defecto de los mecanismos anteriores, en los pequeños poblados, esta publicación debe realizarse por bando o en los principales lugares públicos, por un término de 7 días calendario, uno de los cuales será en el «día de mercado» de la respectiva población. Además, se debe publicar otro aviso que contendrá la información señalada en el artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015.

De igual manera, debe elaborarse el proyecto de pliego de condiciones con base en el contenido de los documentos y estudios previos que, con anterioridad, estructuró la entidad para justificar la necesidad de la contratación. Los requisitos del pliego se encuentran en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015. Este documento debe publicarse en el SECOP conjuntamente con los estudios y documentos previos, por no menos de 10 días hábiles anteriores a la apertura del proceso de licitación, –artículos 8 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015–.

En armonía con lo anterior, los artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establecen otra actuación, la de observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que consiste en que, dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones, los interesados en la contratación podrán presentar aclaraciones, comentarios u observaciones respecto del contenido del proyecto de pliego de condiciones. Además, conforme a los tiempos establecidos en el cronograma del proceso contenido en el «aviso de convocatoria» y en el «proyecto de pliego de condiciones», la entidad debe responder, de forma motivada, cada una de las observaciones y publicarlas en el SECOP. Posteriormente, la entidad ajustará el pliego de condiciones, de ser procedente, tomando en cuenta, en lo pertinente, las aclaraciones que fueron solicitadas por los interesados y las observaciones. Debe tenerse en cuenta que las respuestas a dichas observaciones se integran al pliego de condiciones, en tanto precisan su alcance y se constituye en una fuente interpretativa del mismo.

El artículo 30.1 de la Ley 80 establece que el jefe o representante de la entidad ordenará la apertura mediante un acto administrativo, en la forma prevista en el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, y deberá expedirse el pliego de condiciones definitivo. Con este acto de apertura inicia la etapa de licitación propiamente dicha, en la que los interesados podrán presentar ofertas. Esta etapa fue denominada por el legislador como *plazo de licitación,* y alude a la oportunidad que tienen los proponentes para presentar ofertas. Este plazo, según el numeral 5 del inciso del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se computa desde la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y hasta la de su cierre, según lo defina el pliego de condiciones.

Así las cosas, la entidad pública es quien define el término con que contarán los oferentes para preparar y presentar sus ofertas, que deberá, en todo caso, responder a la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. Además, los numerales 4 y 5 de la noma facultan a la entidad para prorrogar este término, pues, de un lado, el numeral 4 permite a la entidad prorrogar este plazo hasta por 6 días hábiles, cuando de la audiencia de que trata este numeral el jefe de la entidad expida las modificaciones a los pliegos; y de otro, el numeral 5 prevé que antes de su vencimiento, y cuando la entidad interesada lo estime conveniente, podrá prorrogarlo por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado, aunque en todo caso no podrán expedirse una *adenda* dentro de los 3 días anteriores al cierre de la licitación. De todos modos, el término fijado es perentorio y de obligatorio cumplimiento de para los oferentes, como se explicará más adelante en el numeral b de este documento.

Es pertinente señalar que en esta etapa de presentación de ofertas se surtirán otras actuaciones. El numeral 4 de la misma disposición establece una de ellas: la audiencia para precisar el alcance de los pliegos de condiciones y de asignación de riesgos. La oportunidad para celebrar esta audiencia es dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo de licitación.

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones −numeral 7−, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes.

A este respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3. Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de realizar la evaluación de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor evaluadora.

 Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos hipótesis: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de 5 días hábiles, según lo prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho»[[2]](#footnote-3).

 En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el *informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

Es del caso precisar que, en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, por disposición del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la oferta estará conformada por dos sobres: en el primero, se deben incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los relacionados con los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje, diferentes a la oferta económica. En el segundo, por otro lado, el proponente tendrá que incluir únicamente la propuesta económica, de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En cualquiera de las dos hipótesis, vencido el término para presentar observaciones al *informe de evaluación*, empieza a correr el *plazo para adjudicar el contrato,*que hace referencia a la oportunidad que tiene la entidad para seleccionar o escoger la mejor oferta, cuyo término, según el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es de libre configuración del pliego de condiciones, por lo cual podrá establecerse en días hábiles o calendarios, ya que la norma no define la forma como deben contabilizarse. Durante este lapso se resuelven las observaciones presentadas por los oferentes, es decir, la entidad responderá las observaciones durante esta oportunidad y a más tardar hasta el momento de la adjudicación.

El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para efectuar la adjudicación, y para la firma del contrato, pero dentro de una oportunidad específica, y fijó un tope máximo de tiempo: i) antes del vencimiento de dichos plazos y por «un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado», cuando las necesidades de la Administración lo requieran. Quiere decir, entonces, que las entidades públicas pueden prorrogar el plazo para adjudicar el contrato hasta por la mitad del término inicialmente fijado, es decir, el período señalado en el pliego de condiciones, sin incluir las adendas o modificaciones que con posterioridad se hagan de él, pues el artículo es claro en señalar que se trata del inicialmente fijado, esto es, del que originariamente se estableció.

Dentro del *plazo para adjudicar el contrato*, debe celebrarse la audiencia de adjudicación, la cual resulta obligatoria en los procesos de licitación pública, por disposición de los artículos 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política. Esta diligencia se hará con participación del jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluación de las ofertas, los proponentes y demás interesados. De la audiencia se levantará un acta en el que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones de la misma.

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la *audiencia efectiva de adjudicación*, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el *informe final de evaluación*. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al *informe de evaluación*, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al *informe final de evaluación,* es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el *informe de evaluación* –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el *informe de evaluación*, pese a que el mismo se cerró al expedir el *informe final de evaluación* y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el *informe final de evaluación*, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

*Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, *tercero,* a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el *orden de elegibilidad* y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal. En efecto, el parágrafo que se comenta establece lo siguiente:

Parágrafo 3. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, *momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad*. (Cursivas propias)

Nótese que, aunque la norma contempla el término para resolver las observaciones presentadas en relación con el *informe final de evaluación*, en el entendido que dispone que deben resolverse «en la misma» audiencia, lo cierto es que no establece un término para pronunciarse en relación con las observaciones presentadas por los proponentes frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes del proceso.

 A juicio de la Agencia Nacional de Contratación tal vacío normativo debe suplirse con la aplicación analógica del término para resolver las observaciones de los proponentes frente al *informe final de evaluación*, habida cuenta de que se trata de la misma diligencia y, en esencia, de una actuación similar, esto es, resolver observaciones de los proponentes. Además, si se tiene en cuenta que el objeto principal de la audiencia es la adjudicación, y que esto no se puede hacer sin haber resuelto las observaciones de los proponentes, resulta imposible materialmente que el término *sub lite* se extienda más allá de la diligencia.

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al *informe final de evaluación*, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

 Es del caso precisar que, pese a que es cierto que el principal llamado a establecer los términos procesales es el legislador[[3]](#footnote-4), también lo es que las partes, especialmente la entidad contratante, también han sido habilitada por el mismo legislador para establecer el término de duración de algunas etapas del trámite contractual, como sucede, por ejemplo, con el *plazo de la licitación*, cuya determinación, como se dijo antes, le corresponde a la entidad contratante, o como ocurre con los términos objeto de las presentes consideraciones.

En todo caso, los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011[[4]](#footnote-5). Incluso, en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, se establece como parámetro la razonabilidad, diciendo que:

En la audiencia de adjudicación, una vez ha quedado en firme el informe final de evaluación del primer sobre correspondiente a los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica, la Entidad Estatal dará apertura al segundo sobre que contiene la oferta económica y *correrá traslado a los proponentes habilitados dentro de la misma audiencia por un término razonable para que los proponentes realicen observaciones solamente acerca de la oferta económica*. (Cursivas propias)

En la práctica, entonces, para establecer el término de duración del traslado para presentar observaciones frente a las ofertas económicas, la entidad debe tener como faro orientador los fines de la norma que lo autoriza −artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993−, esto es, permitir que los proponentes presenten sus observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros oferentes, así como también la proporcionalidad y la razonabilidad del término establecido, lo cual se debe valorar, primero, en cada caso concreto y, segundo, atendiendo al análisis de la *complejidad* de cada caso.

Para esto último, es necesario que la entidad analice los aspectos técnicos, económicos y jurídicos del proceso de contratación, así como también el número de oferentes habilitados, por supuesto, sin dejar de valorar los principios de celeridad y eficacia, propios de la función administrativa, según el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales le imponen la obligación de velar porque los procesos administrativos sean tramitados de forma ágil y expedita y teniendo como horizonte el interés general, por supuesto, sin sacrificar las garantías de los implicados en tales actuaciones.

 No existe, pues, un término genérico al que se le puedan atribuir características de razonabilidad y proporcionalidad. Puede pasar, por ejemplo, que un término de dos horas resulte desproporcionado por tratarse de un caso de complejidad muy baja, pero también puede ocurrir que el mismo término sea proporcional y razonable en otro caso, habida cuenta de la complejidad del proceso contractual. En esa medida, como ya se dijo, la razonabilidad y proporcionalidad del término establecido por la entidad debe valorarse en cada caso, de acuerdo a las particularidades del proceso de contratación.

 De todas formas, por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término *sub examine* no puede exceder los límites legales, pues, como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández[[5]](#footnote-6), la discrecionalidad «no es una facultad extralegal»[[6]](#footnote-7), lo que significa que no puede ejercerse de forma ilimitada y desbordando los causes establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en los párrafos anteriores, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la *audiencia efectiva de adjudicación*, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia. Al respecto, en concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524−, esta Subdirección consideró y argumentó lo siguiente:

[…] 5. cuando la ley dispone que sea “durante” la audiencia cuando se evalúa la oferta económica y posteriormente se establezca el orden de elegibilidad de las ofertas, está señalando que son actos y decisiones que deben surtirse dentro de la audiencia pública y no por fuera de ella.

En el contexto expuesto, esta Subdirección considera que es factible, así mismo, realizar una interpretación armónica y sistemática de las dos normas en cita -artículo 30 de la Ley 57 de 1887-, para entender que las reglas de la audiencia de adjudicación del artículo 2.2.1.2.1.1.2. Decreto 1082 de 2015 y las adicionadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, tratándose de licitación pública para celebrar un contrato de obra, pueden compaginarse, en el entendido de que la suspensión de la audiencia de adjudicación procede aun a instancias del momento posterior a la apertura del segundo sobre que contiene la oferta económica, siempre y cuando, dicha suspensión tenga origen en observaciones de los proponentes habilitados que fueron formuladas con ocasión del traslado previsto en la ley para la revisión del aspecto económico de la evaluación, previo a establecer el orden de elegibilidad.

De igual manera, *la suspensión de la audiencia no puede efectuarse si los actos que se pretenden realizar son los que la ley prevé que ocurran durante la audiencia, como es el caso de la apertura de segundo sobre que contiene la oferta económica, la evaluación según el método previsto en el pliego de condiciones y la definición del orden de elegibilidad de ofertas para adoptar la decisión de adjudicación de la licitación* (Cursivas propias).

Nótese que, según el criterio expuesto previamente por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la *audiencia efectiva de adjudicación* no se puede suspender, para efectos de realizar una actuación que debe realizarse durante la audiencia, por ejemplo, si el acto que se pretende realizar es la definición del orden de elegibilidad, de lo que se sigue que tampoco puede hacerse para darle traslado a los proponentes para que presenten sus observaciones frente a las propuestas económicas, las cuales se deben presentar durante el curso de la audiencia.

Finalmente, una vez se adjudica, empieza a correr el *plazo para firmar el contrato***,** que es otra etapa del proceso de licitación, cuyo término es también de libre configuración del pliego de condiciones y al que le aplican las mismas reglas de prórroga del plazo para efectuar la adjudicación que se explicaron, así como también aquellas consideraciones precedentes en materia de razonabilidad y proporcionalidad.

Resulta del caso precisar que las otras modalidades de selección tienen otras etapas, las cuales se encuentras reguladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así como también en los artículos 2.2.1.2.1.2.1. a 2.2.1.2.1.2.26. del Decreto 1082 de 2015, en lo que tiene que ver con la *selección abreviada*; los artículos 2.2.1.2.1.3.1. a 2.2.1.2.1.3.25. *ibidem*, frente al *concurso de méritos*; los artículos 2.2.1.2.1.4.1. a 2.2.1.2.1.4.11. *ejusdem*, en relación con la *contratación directa*; y los artículos 2.2.1.2.1.5.1. a 2.2.1.2.1.5.4. del referido decreto, sobre la *mínima cuantía*, entre otras normas concordantes y complementarias. Igualmente, en las diferentes versiones de los «Documentos Tipo» elaborados por Colombia Compra Eficiente, se desarrollaron algunos aspectos especiales para las etapas a seguir en los procesos para contratar obras públicas de infraestructura de transporte.

Por lo demás, se debe tener en cuenta que, en virtud de principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el proceso de contratación estatal debe adelantarse dentro de unas etapas determinadas y respetando los términos procesales establecidos por la ley o el reglamento o los que determine la entidad contratante. Además, puede decirse que, en virtud de los principios de preclusión y perentoriedad, establecidos en el inciso primero *ibidem*, las partes del proceso de contratación, así como los funcionarios públicos, se encuentran obligados a respetar y acatar tales etapas y términos, sin que puedan desconocerlos o pasarlos por alto.

1. **Respuesta**

«EN ATENCION A LOS SEÑALAMIENTOS DE LA LEY 1882 DE 2018 LAS ENTIDADES ESTATALES DEBEN DAR DENTRO DE LA AUDIENCIA DE ADJUDICACION UN TRASLADO DE LOS ASPECTOS ECONOMICOS Y ORDEN DE ELEGIBILIDAD, SIN EMBARGO SE CONSULTA CUAL ES EL TERMINO OPORTUNO QUE SE DEBE DAR PUES MUCHAS ENTIDADES DIFERENTES AL INVIAS QUE DA TRES DIAS A DICHO TRASLADO SOLO DAN 2 HORAS PARA DICHA REVISION TIEMPO QUE NO ES SUFICIENTE PARA DICHA REVISION […]»

De conformidad con las consideraciones, la ley no fija un término unívoco, ni tampoco existe uno genérico al que se le puedan atribuir características de razonabilidad y proporcionalidad, que son los criterios que debe observar la fijación de este término, cuya definición se encomendó a la Administración como una potestad discrecional. Puede pasar, por ejemplo, que un término de dos horas resulte desproporcionado por tratarse de un caso de complejidad muy baja, pero también puede ocurrir que el mismo término sea proporcional y razonable en otro supuesto. Para tales fines, es necesario que la entidad analice, caso a caso, los aspectos técnicos y económicos del proceso de contratación, así como también el número de oferentes habilitados, por supuesto, sin dejar de valorar los principios de celeridad y eficacia, que le imponen la obligación de velar porque los procesos administrativos sean tramitados de forma ágil y expedita y teniendo como horizonte el interés general, por supuesto, sin sacrificar las garantías de los implicados en tales actuaciones.

 De todas formas, por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término *sub examine* no puede exceder los límites legales. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en las consideraciones de este documento, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la *audiencia efectiva de adjudicación*, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

[…]

»1o. se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones».

 [↑](#footnote-ref-2)
2. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Ed.

Legis, 2016. P. 440. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. *Mutatis mutandi,* Corte Constitucional. Sentencias C-728 de 2000 y C-437 de 2013. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respectivamente. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. [↑](#footnote-ref-5)
5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 498. [↑](#footnote-ref-6)
6. *Ibidem*. El argumento completo es el siguiente: «[…] el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva *no es una facultad extralegal*, que surja de un supuesto poder originario de la Administración anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se le ha atribuido a la administración justamente con ese carácter. Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parciamente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada […] por vía general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo» (cursivas propias). [↑](#footnote-ref-7)