**CCE-DES-FM-17**

**COVID-19 – Estado de emergencia económica, social y ecológica**

Como es por todos sabido, actualmente el mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación grave en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 .

Desde que se tuvo conocimiento de la posibilidad de que este virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional. A partir de esta fecha, el Ministerio, al igual que otras autoridades, han venido expidiendo una serie de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, tendientes a prevenir los contagios o, por lo menos, a disminuir la velocidad de incremento del brote. También se han expedido circulares que prevén recomendaciones como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de al menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc. El 17 de marzo, el presidente de la república decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución, ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m., hasta el 31 de mayo de 2020 . Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19», medida que ha sido prorrogada hasta el 1 de septiembre de 2020, según se lee en el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 y el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020.

**AUDIENCIAS PÚBLICAS – Medios electrónicos – Decreto 440 de 2020 – Decreto 537 de 2020**

Dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron idénticas en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020. En tal sentido, en este se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección. De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto establece que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se pueden llevar a cabo por medios electrónicos.

Tal artículo se armoniza con las disposiciones contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, con las cuales es viable concluir que las audiencias públicas en los procedimientos de selección contractual se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales. De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

**SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19**

Esto también aplica al procedimiento de selección abreviada y, concretamente, al de subasta inversa, como mecanismo de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente». Ahora bien, ¿puede hacerse la subasta en forma electrónica en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el COVID-19, a pesar de que la entidad había escogido en el pliego de condiciones efectuar la subasta de manera presencial, teniendo en cuenta que el procedimiento se encuentra en curso? La respuesta es afirmativa, pues el artículo 1º del Decreto 537 del 12 de abril de 2020 –en idéntico sentido el Decreto 440 de 2020– establece que todas las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección se pueden hacer de manera electrónica para evitar la expansión del virus.

**DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Artículo 1, inciso 4 – Plataforma electrónica – Obligaciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública**

Tales apartados además prevén que la ANCP – CCE desarrollará una aplicación para efectuar la subasta inversa de manera electrónica a través de la plataforma SECOP II, la cual, conforme a lo expuesto, se encuentra disponible desde el año 2017 con algunas restricciones técnicas, respecto de las cuales esta Agencia está trabajando para poner a disposición de las entidades estatales una herramienta en la que puedan adelantarse subastas sin tales limitaciones. En ese orden, tratándose de entidades obligadas al uso de la plataforma SECOP II, que hayan previsto adelantar subastas de manera presencial, deberán verificar si las características del proceso de selección y herramientas tecnológicas con las que se cuentan, les permiten adelantar la audiencia de subasta de manera electrónica a pesar de las limitaciones del módulo.

En efecto, el mencionado módulo cuenta con especificaciones para adelantar las subastas de manera electrónica, módulo que le permite a la entidad estatal adelantar eventos de subasta en línea donde podrá interactuar con los proveedores habilitados, conocer los lances realizados y generar informes; no obstante, el módulo actualmente presenta una serie de restricciones técnicas que debe tener en cuenta si desea adelantar el evento de subasta a través de SECOP II, las cuales pueden ser consultadas en el comunicado disponible en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/modulo-de-subasta-del-secop-ii y además se encuentran detalladas en la primera parte de la «Guía para hacer un Proceso de Selección Abreviada por Subasta en el SECOP II» […].

**DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Artículo 1, inciso 4, último aparte – Alcance**

Igualmente, para los efectos de la pregunta sub examine, resulta necesario hacer dos comentarios en relación con el último aparte del inciso 4 del artículo 1 de los Decretos 440 y 537 de 2020, que establece que, «[e]n ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos». Primero, se advierte que la norma establece un supuesto de hecho que limita los efectos normativos que se derivan de la misma, en la medida en que solo «en ausencia de la aplicación» es que las entidades públicas se encuentran habilitadas para «adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos». Esto quiere decir que la existencia de la herramienta que esta entidad diseñó, impediría que se produjesen los efectos jurídicos de disposición normativa, claro está, siempre que la misma se pueda utilizar sin los problemas arriba señalados.

Segundo, la norma habilita a las entidades a «adquirir» la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para adelantar las subastas electrónicas. Esto quiere decir, entre otras cosas, que la habilitación está circunscrita a la compra de la plataforma, lo que correlativamente supone que no dicha habilitación no incluye la contratación para acceder a una plataforma sin adquirirla o comprarla; en otras palabras, excluye pagar por el servicio. Dos argumentos respaldan tal consideración: i) desde la perspectiva lingüística, y a partir de una lectura exegética de la norma, la Real Academia de la Lengua Española, tanto en el Diccionario de la Lengua Española, como en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, relaciona la noción «adquirir» con la transferencia de un derecho de una persona a otra por diferentes títulos. Incluso, en el primero de los mencionados diccionarios, la palabra «adquirir» se asocia directamente con el verbo transitivo «comprar»; y ii) a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la disposición normativa, se puede concluir que, si la intención del legislador era permitir la adquisición de la plataforma «bien» y también la de su acceso «servicio», lo cierto es que habría hecho referencia a la «adquisición de bienes o servicios», tal y como se hizo en el artículo 10 de la norma sub examine y en algunos párrafos introductorios, pero no a la noción «adquirir la plataforma».

**SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19 – Suspensión de audiencia – Alternativas**

[…] son varias las posibilidades con las que cuentan las entidades estatales para enfrentar las situaciones en las que las restricciones vigentes originadas en la pandemia impiden desarrollar de manera presencial las audiencias de subasta programadas en el marco de procedimientos de selección abreviada, por lo que será competencia de cada entidad, a partir de un análisis particular de las características del proceso de selección que adelanta, determinar cuál es la alternativa en la que mejor se encuadra su situación.

i) Tratándose de entidades obligadas a usar SECOP II, la primera y preferente alternativa es la de adelantar la audiencia de manera electrónica a través del módulo de subasta de dicha plataforma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de los Decretos 537 y 440 de 2020. Esto siempre que las restricciones técnicas de dicho módulo y las características del proceso de selección así lo permitan;

ii) De no resultar posible adelantar la audiencia a través del referido módulo, las entidades podrán acudir al mercado para adquirir la plataforma disponible para adelantar este tipo de audiencias, y realizar la misma por fuera de SECOP II;

iii) En caso de estimarlo necesario, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, según el artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, las entidades estatales podrán suspender el proceso de contratación mediante acto administrativo contra el que no proceden recursos, mientras que existan condiciones para levantar dicha suspensión;

iv) Frente a situaciones en las que la entidad precise disponer de los recursos en principio destinados para el proceso de contratación, para hacer frente a situaciones producto del actual estado de emergencia originada en la pandemia, de conformidad con el segundo inciso del artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, podrá revocar el acto de apertura del respectivo proceso de contratación, siempre que no se haya superado la fecha para presentación de ofertas.

Bogotá D.C., **31/07/2020 Hora 17:20:42s**

**N° Radicado: 2202013000006969**

Señor

**Maritza Rocío Cifuentes**

Bogotá D.C.

**Concepto C ─ 493 de 2020**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Temas:**   | COVID-19 – Estado de emergencia económica, social y ecológica / AUDIENCIAS PÚBLICAS – Medios electrónicos – Decretos 440 y 537 de 2020 / SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19 / DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Artículo 1, inciso 4 – Plataforma electrónica – Obligaciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública / DECRETOS 440 Y 537 DE 2020 – Artículo 1, inciso 4, último aparte – Alcance / SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA – Covid-19 – Suspensión de audiencia – Alternativas |  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas # 4202013000006069 4202013000006070 |  |

Estimado señor Cifuentes,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 19 de julio de 2020, 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.

**1. Problemas planteados**

En relación con las medidas establecidas en el artículo 1 del Decreto Legislativo 537 de 2020, particularmente, con lo que dispone el inciso 4º *ibídem*, usted pregunta: i) «¿Debe o puede entenderse que a lo que se refieren es a que se puede contratar mediante contratación directa con una empresa o compañía que esté en el mercado y que preste los servicios a través de una plataforma tecnológica para la realización de los eventos de subasta inversa electrónica?»; ii) «¿O se refiere a que se debe adquirir la plataforma como tal para hacer las subastas electrónicas?»; y iii) «¿La contratación se puede realizar para las subastas por monto agotable que deba realizar la entidad pero que no están directamente relacionadas con la pandemia sino con el resto del cumplimiento de funciones de la Entidad, o solo para subastas relacionadas directamente con la pandemia?».

**2. Consideraciones**

Para resolver la consulta planteada se analizarán los siguientes temas: i) uso de medios electrónicos en las actuaciones administrativas; especialmente, en la contratación pública y ii) disposiciones normativas expedidas a partir de la pandemia originada por el COVID-19, que permiten implementar la virtualidad en el ejercicio de la función pública; en especial, el Decreto 537 de 2020, que permite realizar audiencias por medios electrónicos en las actuaciones contractuales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente «ANCP – CCE» se pronunció sobre este tema en los conceptos C-248 del 19 de marzo de 2020, C-243 del 24 de marzo de 2020, C-245, C-247, C-253 y C-254 del 7 de abril de 2020 y C-262 del 27 de abril de 2020. Las ideas expuestas se reiteran a continuación.

Como es por todos sabido, actualmente el mundo –y particularmente Colombia– atraviesa una situación grave en materia de salud, causada por la pandemia del virus COVID-19, declarada así por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020[[1]](#footnote-1).

Desde que se tuvo conocimiento de la posibilidad de que este virus llegara al país, el Gobierno nacional inició un plan de preparación para atender la contingencia. El 6 de marzo se conoció el primer caso de COVID-19 en Colombia; razón por la cual el Ministerio de Salud declaró la terminación de la fase de preparación y activó la fase de contención en el territorio nacional[[2]](#footnote-2). A partir de esta fecha, el Ministerio, al igual que otras autoridades, han venido expidiendo una serie de actos administrativos que establecen directrices para las autoridades y los particulares, tendientes a prevenir los contagios o, por lo menos, a disminuir la velocidad de incremento del brote. También se han expedido circulares que prevén recomendaciones como el lavado frecuente de manos, abstenerse de salir de casa, estornudar y toser en el brazo, conservar una distancia de al menos dos metros respecto de las personas mayores de 60 años, desinfectar los objetos o superficies, no saludar con la mano, con besos o con abrazos, etc. El 17 de marzo, el presidente de la república decretó[[3]](#footnote-3) el Estado de emergencia económica, social y ecológica, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución[[4]](#footnote-4), ordenando, como primera medida, el aislamiento preventivo de los mayores de 70 años desde el viernes 20 de marzo a las 7:00 a.m., hasta el 31 de mayo de 2020[[5]](#footnote-5). Posteriormente, el gobierno nacional, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el «aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19», medida que ha sido prorrogada hasta el 1 de septiembre de 2020, según se lee en el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020 y el Decreto 1076 del 28 de julio de 2020.

Dentro de las disposiciones normativas que se han expedido durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, que han incidido en la contratación pública, las más importantes están contenidas en el Decreto 440 del 20 de marzo, cuyas medidas se mantuvieron *idénticas* en el Decreto 537 del 12 de abril de 2020[[6]](#footnote-6). En tal sentido, en este se adoptan algunas medidas excepcionales para evitar el aumento de los contagios y permitir que se continúen cumpliendo los fines del Estado social de derecho a través de la actividad contractual; medidas dentro de las cuales se encuentra la adopción de medios electrónicos para llevar a cabo las audiencias en los procedimientos de selección[[7]](#footnote-7). De este modo, el artículo 1 de dicho Decreto establece que las audiencias públicas dentro de los procedimientos de selección contractual se pueden llevar a cabo por medios electrónicos[[8]](#footnote-8).

Tal artículo se armoniza con las disposiciones contenidas en las Leyes 527 de 1999, 962 del 2005, 1341 de 2009 y 1437 de 2011, al igual que en los Decretos 019 de 2012 y 2106 de 2019, con las cuales es viable concluir que las audiencias públicas en los procedimientos de selección contractual se pueden realizar por medios electrónicos, es decir, utilizando los sistemas de información digitales que favorecen la tele-presencia, de modo que se permita una interacción simultánea entre las personas que quieran estar presentes y las entidades estatales. De este modo, las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, la libre concurrencia, así como la veeduría ciudadana.

Esto también aplica al procedimiento de selección abreviada y, concretamente, al de *subasta inversa*, como mecanismo de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades estatales. En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015 establece que «La Entidad Estatal puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente». Ahora bien, ¿puede hacerse la subasta en forma electrónica en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el COVID-19, a pesar de que la entidad había escogido en el pliego de condiciones efectuar la subasta de manera presencial, teniendo en cuenta que el procedimiento se encuentra en curso? La respuesta es afirmativa, pues el artículo 1º del Decreto 537 del 12 de abril de 2020 –en idéntico sentido el Decreto 440 de 2020– establece que todas las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección se pueden hacer de manera electrónica para evitar la expansión del virus. Además, dicho artículo contiene una regla especial para la subasta inversa que expresa:

[…] Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

Parágrafo 1. En los procedimientos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias.

Como se observa, el parágrafo 1 facilita el adelantamiento de subastas por medios electrónicos para procesos de selección abreviada en curso, al permitir que estas se adelanten sin la correspondiente modificación del pliego de condiciones, en los eventos en los que inicialmente se hubiera dispuesto la realización del certamen de subasta de manera presencial. Esto previa socialización de las condiciones y metodología de la subasta, con una antelación mínima de dos días hábiles.

Tales apartados además prevén que la ANCP – CCE desarrollará una aplicación para efectuar la subasta inversa de manera electrónica a través de la plataforma SECOP II, la cual, conforme a lo expuesto, se encuentra disponible desde el año 2017 con algunas restricciones técnicas, respecto de las cuales esta Agencia está trabajando para poner a disposición de las entidades estatales una herramienta en la que puedan adelantarse subastas sin tales limitaciones. En ese orden, tratándose de entidades obligadas al uso de la plataforma SECOP II, que hayan previsto adelantar subastas de manera presencial, deberán verificar si las características del proceso de selección y herramientas tecnológicas con las que se cuentan, les permiten adelantar la audiencia de subasta de manera electrónica a pesar de las limitaciones del módulo.

En efecto, el mencionado módulo cuenta con especificaciones para adelantar las subastas de manera electrónica, módulo que le permite a la entidad estatal adelantar eventos de subasta en línea donde podrá interactuar con los proveedores habilitados, conocer los lances realizados y generar informes; no obstante, el módulo actualmente presenta una serie de restricciones técnicas que debe tener en cuenta si desea adelantar el evento de subasta a través de SECOP II, las cuales pueden ser consultadas en el comunicado disponible en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/modulo-de-subasta-del-secop-ii y además se encuentran detalladas en la primera parte de la «Guía para hacer un Proceso de Selección Abreviada por Subasta en el SECOP II» en los siguientes términos:

1. Un Lance es válido si mejora la oferta en por lo menos el Margen Mínimo establecido.

La plataforma controla el Margen Mínimo frente al último Lance de cada proponente, no frente a la oferta más baja.

Adicionalmente, informa a cada Proveedor el valor de su Lance más bajo, pero no el valor del mejor Lance presentado. Colombia Compra Eficiente recomienda a las Entidades Estatales indicar en los Documentos del Proceso y en el chat de la subasta que no serán tenidos en cuenta los Lances que no respeten el Margen Mínimo. La Entidad Estatal que use el módulo de subasta electrónica en SECOP II deberá informar por medio del chat el valor de cada Lance válido sin especificar quién lo presentó.

2. En caso de empate, la Entidad Estatal debe seleccionar al Oferente que presentó la menor oferta inicial.

En caso de empate, la plataforma prefiere al proponente que presentó primero el Lance en el evento de subasta. Sin embargo, la Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la menor oferta inicial.

3. El módulo subasta del SECOP II funciona para procesos que adquieren cantidades específicas, no para subastas por monto agotable.

Cuando el valor del contrato derivado del proceso de Selección abreviada por subasta inversa esté determinado por el presupuesto oficial y la oferta económica es por precios unitarios o porcentajes de descuento (procesos por bolsa o monto agotable), la subasta se debe adelantar de manera presencial o electrónica por fuera del SECOP II.

Adicionalmente le informamos que, de acuerdo con las disposiciones del Gobierno Nacional en el Decreto 440 de 2020 y teniendo en cuenta las restricciones técnicas que presenta el módulo de subasta, la ANCP – CCE está realizando mesas de trabajo internas que tienen como objetivo identificar las mejoras específicas que el módulo en mención requiere; además de analizar y establecer las diferentes alternativas para hacer efectivas dichas mejoras en la plataforma SECOP II, con el fin de poner a disposición de las entidades estatales un módulo de subasta electrónica que haya superado dichas restricciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando se hagan efectivas las mejoras, daremos a conocer esta información a través de los diferentes canales de comunicación dispuestos por la ANCP – CCE. Mientras tanto lo  invitamos a hacer uso del módulo de subasta electrónica con el que cuenta la Plataforma SECOP II, atendiendo a las recomendaciones del comunicado mencionado anteriormente y de la guía para adelantar un proceso de selección abreviada mediante subasta inversa, a la que puede acceder a través de este enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_step/20181123\_guia\_ms\_subastainversa\_entidadestatal\_parte1y2\_v4.pdf

En caso de tener dudas adicionales sobre las herramientas puede acceder a la Mesa de Servicio de Colombia Compra Eficiente a través de los canales especificados en este enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/mesa-de-servicio.

Igualmente, para los efectos de la pregunta *sub examine*, resulta necesario hacer dos comentarios en relación con el último aparte del inciso 4 del artículo 1 de los Decretos 440 y 537 de 2020, que establece que, «[e]n ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos». *Primero*,se advierte que la norma establece un supuesto de hecho que limita los efectos normativos que se derivan de la misma, en la medida en que solo «en ausencia de la aplicación» es que las entidades públicas se encuentran habilitadas para «adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos». Esto quiere decir que la existencia de la herramienta que esta entidad diseñó, impediría que se produjesen los efectos jurídicos de disposición normativa, claro está, siempre que la misma se pueda utilizar sin los problemas arriba señalados.

*Segundo*, la norma habilita a las entidades a «adquirir» la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para adelantar las subastas electrónicas. Esto quiere decir, entre otras cosas, que la habilitación está circunscrita a la compra de la plataforma, lo que correlativamente supone que no dicha habilitación no incluye la contratación para acceder a una plataforma sin adquirirla o comprarla; en otras palabras, excluye pagar por el servicio. Dos argumentos respaldan tal consideración: i) desde la perspectiva lingüística, y a partir de una lectura exegética de la norma, la Real Academia de la Lengua Española, tanto en el Diccionario de la Lengua Española, como en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, relaciona la noción «adquirir» con la transferencia de un derecho de una persona a otra por diferentes títulos. Incluso, en el primero de los mencionados diccionarios, la palabra «adquirir» se asocia directamente con el verbo transitivo «comprar»; y ii) a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la disposición normativa, se puede concluir que, si la intención del legislador era permitir la adquisición de la plataforma «bien» y también la de su acceso «servicio», lo cierto es que habría hecho referencia a la «adquisición de bienes o servicios», tal y como se hizo en el artículo 10 de la norma *sub examine* y en algunos párrafos introductorios, pero no a la noción «adquirir la plataforma».

Los dos comentarios anteriores, sin embargo, merecen dos aclaraciones adicionales: de un lado, que la existencia de la herramienta que la ANCP – CCE puso a disposición de las entidades a partir del año 2017, incluso suponiendo que se lograron superar todas las dificultades técnicas, no impide que las entidades públicas contraten su propia plataforma –ya sea el bien o el servicio–. La entidad puede tomar la decisión de hacerlo y la justificación deberá estar contenida en el correspondiente documento precontractual, eso sí, tendría que hacerlo de acuerdo a las normas que le resulten aplicables en condiciones de «normalidad», esto es, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o el régimen especial establecido para las entidades exceptuadas de dicho estatuto. Del otro lado, se precisa que la norma no prohíbe que las entidades contraten el servicio para adelantar las subastas electrónicas con miras a suscribir contratos cuyo objeto sea la mitigación de los efectos de la pandemia, pues, de ser necesario hacerlo, las entidades están habilitadas para ello y también tendrían que dejar constancia de las razones justificativas. Sin embargo, lo cierto es que no podrán hacerlo en los términos del artículo 1, inciso 4, del Decreto 537 de 2020, esto es, «de manera directa».

Así las cosas, si dadas las limitaciones del módulo de subasta del SECOP II y las características del procedimiento de selección no resulta posible adelantar la audiencia de manera electrónica a través del mismo, también es procedente suspender la audiencia, pudiendo en principio realizarse de manera presencial o electrónica por fuera del SECOP II. Esto sucede por ejemplo en el caso de procedimientos de selección abreviada en los que el valor del contrato que de ellos se deriva esté determinado por el presupuesto oficial y la oferta económica es por precios unitarios o porcentajes de descuento, asunto respecto del cual se presenta una de las restricciones técnicas del referido módulo, para realizar este tipo de subastas.

La realización de audiencias de manera presencial hoy en día sencillamente no es una opción ante las restricciones existentes, teniendo en cuenta el estado de emergencia sanitaria por el que atraviesa el país. Ante tal realidad, el artículo 1° citado previamente, facilita realizar audiencias de manera electrónica, por lo cual se dispuso el desarrollo del referido aplicativo. Sin embargo, ante la imposibilidad de realizar la audiencia de subasta a través del módulo correspondiente de SECOP II, como en el ejemplo del párrafo anterior, resulta procedente la aplicación de la parte final del inciso cuarto del artículo 1° *ibídem*, según el cual las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para la realización de procesos de subasta, y realizar a través de dicha plataforma sus audiencias de subasta.

No obstante, la anterior no es la única posibilidad a la que pueden acudir las entidades estatales ante la imposibilidad de realizar la audiencia de subasta de manera presencial o a través del módulo de SECOP II. En ese sentido, otra de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 537 del 12 de abril de 2020 y Decreto 440 del 20 de marzo de 2020, es la contenida en el artículo 3° de ambos decretos el cual otorga a las entidades estatales la facultad de suspender los procesos de selección en curso, lo cual solo procederá por razones del servicio y como consecuencia de la emergencia. Esta suspensión deberá disponerse a través de acto administrativo frente al que no proceden recursos. A esta potestad se suma la dispuesta en el inciso segundo de la norma, que permite a las entidades estatales revocar los actos administrativos de apertura, siempre que no se haya superado la fecha para para presentación de ofertas, sin embargo, tal revocatoria solo será procedente en caso de necesitarse los recursos en principio destinados al proceso de selección para enfrentar la emergencia, por lo que se exige que tal revocatoria se haga de manera motivada[[9]](#footnote-9).

Vale la pena destacar que la posibilidad de suspensión también permite que las entidades empleen esta potestad para mantener suspendidos los procedimientos de selección abreviada mediante subasta inversa, mientras se adelanta un proceso para contratar el servicio de subastas electrónicas, lo que se podría realizar, atendiendo al presupuesto, por ejemplo, mediante una selección de mínima cuantía; sin embargo, se reitera, esto procede siempre que se cumplan los supuestos que dan lugar a esta modalidad de selección, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1150 de 2007, por lo que la entidad debe definir cuál de las modalidad de selección establecidas en dicha ley debe aplicar.

Además de tales facultades especiales, también es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.6 del Decreto 1082[[10]](#footnote-10) de 2015, que prevé la posibilidad de suspender la audiencia de subasta inversa adelantada por medios electrónicos, cuando en el curso de la misma se presenten fallas técnicas que impidan a los oferentes realizar sus lances, evento en el cual la subasta deberá ser suspendida y reanudada una vez haya sido superado la falla, siempre que tales falencias sean imputable a la entidad contratante.

De conformidad con lo anterior, son varias las posibilidades con las que cuentan las entidades estatales para enfrentar las situaciones en las que las restricciones vigentes originadas en la pandemia impiden desarrollar de manera presencial las audiencias de subasta programadas en el marco de procedimientos de selección abreviada, por lo que será competencia de cada entidad, a partir de un análisis particular de las características del proceso de selección que adelanta, determinar cuál es la alternativa en la que mejor se encuadra su situación.

i) Tratándose de entidades obligadas a usar SECOP II, la primera y preferente alternativa es la de adelantar la audiencia de manera electrónica a través del módulo de subasta de dicha plataforma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de los Decretos 537 y 440 de 2020. Esto siempre que las restricciones técnicas de dicho módulo y las características del proceso de selección así lo permitan;

ii) De no resultar posible adelantar la audiencia a través del referido módulo, las entidades podrán acudir al mercado para adquirir la plataforma disponible para adelantar este tipo de audiencias, y realizar la misma por fuera de SECOP II;

iii) En caso de estimarlo necesario, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, según el artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, las entidades estatales podrán suspender el proceso de contratación mediante acto administrativo contra el que no proceden recursos, mientras que existan condiciones para levantar dicha suspensión;

iv) Frente a situaciones en las que la entidad precise disponer de los recursos en principio destinados para el proceso de contratación, para hacer frente a situaciones producto del actual estado de emergencia originada en la pandemia, de conformidad con el segundo inciso del artículo 3° del Decreto 537 y 440 de 2020, podrá revocar el acto de apertura del respectivo proceso de contratación, siempre que no se haya superado la fecha para presentación de ofertas.

Lo anterior supone que la suspensión de la audiencia de subasta presencial es una alternativa viable en el marco de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 537 y 440 de 2020, siempre que tal suspensión sea necesaria a raíz del estado de emergencia que enfrenta el país. No obstante, ante la latente posibilidad de que las medidas que impiden la realización de la audiencia de manera presencial sean extendidas en términos inciertos, esta Agencia considera que una adecuada interpretación de la normativa analizada supone que, para que sea procedente la suspensión de la audiencia, hasta que sea posible realizarse de manera presencial, se haya previamente descartado la posibilidad de adelantar la misma a través del correspondiente módulo de SECOP II, o a través de otra plataforma de subasta electrónica, en caso de no ser posible a través del primero, lo cual deberá verse reflejado en el cuerpo del acto administrativo que dispone la suspensión.

 Así pues, las entidades deberán analizar cuidadosamente la situación general a la que se enfrentan por cuenta de la pandemia, así como las características del proceso de selección abreviada que adelantan, para determinar cuál de las medidas dispuestas por el Gobierno Nacional es la que mejor se acopla a su caso particular, sin perder de vista que las normas previamente analizadas, si bien flexibilizan la ejecución de las medidas en el marco del estado de emergencia, exigen algunos requisitos y formalidades que deben cumplirse para que sea procedente y adecuada su aplicación.

Finalmente, cabe indicar que las disposiciones de los Decretos 440 y 537 de 2020, que contienen las medidas comentadas previamente, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, por medio de las sentencias C-162 del 4 de junio de 2020[[11]](#footnote-11) y C-181 del 17 de junio de 2020[[12]](#footnote-12). En las dos providencias, la Corte encontró acreditados los requisitos formales de validez. Igualmente, en relación con los requisitos materiales, particularmente, los del Decreto 537 del año 2020 -norma vigente actualmente-, el tribunal constitucional concluyó:

En cuanto a los requisitos materiales, la Sala Plena estimó que la sentencia
C- 162 de 2020, mediante la cual se declaró exequible el Decreto Legislativo 440 de 2020, y que tiene un contenido normativo muy similar al Decreto Legislativo 537 de 2020, es un precedente relevante para resolver el presente asunto. La Corte encontró que el DL 537 (i) cumple el requisito de finalidad, puesto que las medidas están dirigidas a conjurar las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos; (ii) existe conexidad material tanto interna -las medidas son coherentes con los motivos invocados en el decreto objeto de revisión-, como externa -hay una relación directa con los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia económica, social y ecológica-; (iii) se encuentra suficientemente motivado; (iv) no desconoce la prohibición de arbitrariedad durante los estados de excepción; (v) no afecta ninguno de los derechos fundamentales intangibles; (vi) su contenido no contradice ninguna norma constitucional; (vii) se fundamenta en debida forma la incompatibilidad con las normas legales que suspende o modifica transitoriamente, en particular la medida relacionada en el art. 8 del DL 537; (viii) cumple con el requisito de necesidad, tanto fáctica como jurídica. […] (ix) las medidas son proporcionales frente a la crisis que se pretende conjurar, están limitadas por esta finalidad, guiadas por los principios de la función administrativa (artículo 209), sometidas a los respectivos controles, y su vigencia por el tiempo que dure el estado de emergencia sanitaria es un límite temporal que aun cuando indeterminado, es determinable; y (x) no establece ninguna medida discriminatoria.[[13]](#footnote-13)

Con fundamento en las anteriores consideraciones se contestará la pregunta formulada.

**3. Respuesta**

En relación con las medidas establecidas en el artículo 1 del Decreto Legislativo 537 de 2020, particularmente, con lo que dispone el inciso 4º ibídem, usted pregunta: i) «¿Debe o puede entenderse que a lo que se refieren es a que se puede contratar mediante contratación directa con una empresa o compañía que esté en el mercado y que preste los servicios a través de una plataforma tecnológica para la realización de los eventos de subasta inversa electrónica?»; ii) y «¿O se refiere a que se debe adquirir la plataforma como tal para hacer las subastas electrónicas?»

El artículo 1, inciso 4, de los Decretos 440 y 537 de 2020 habilita a las entidades para «adquirir» la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para adelantar las subastas electrónicas. Esto quiere decir, entre otras cosas, que la habilitación está circunscrita a la compra de la plataforma, lo que correlativamente supone que dicha habilitación no incluye la contratación para acceder a una plataforma sin adquirirla o comprarla; en otras palabras, excluye pagar por el servicio. Dos argumentos respaldan tal consideración: i) desde la perspectiva lingüística, y a partir de una lectura exegética de la norma, la Real Academia de la Lengua Española, tanto en el Diccionario de la Lengua Española, como en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, relaciona la noción «adquirir» con la transferencia de un derecho de una persona a otra por diferentes títulos. Incluso, en el primero de los mencionados diccionarios, la palabra «adquirir» se asocia directamente con el verbo transitivo «comprar»; y ii) a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la disposición normativa, se puede concluir que, si la intención del legislador era permitir la adquisición de la plataforma «bien» y también la de su acceso «servicio», lo cierto es que habría hecho referencia a la «adquisición de bienes o servicios», tal y como se hizo en el artículo 10 de la norma *sub examine* y en algunos párrafos introductorios, pero no a la noción «adquirir la plataforma».

Con todo, es necesario hacer dos aclaraciones: de un lado, que la existencia de la herramienta que la ANCP – CCE puso a disposición de las entidades a partir del año 2017, incluso suponiendo que se lograron superar todas las dificultades técnicas, no impide que las entidades públicas contraten su propia plataforma –ya sea el bien o el servicio–. La entidad puede tomar la decisión de hacerlo y la justificación deberá estar contenida en el correspondiente documento precontractual, eso sí, tendría que hacerlo de acuerdo a las normas que le resulten aplicables en condiciones de «normalidad», esto es, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o el régimen especial establecido para las entidades exceptuadas de dicho estatuto. Del otro lado, se precisa que la norma no prohíbe que las entidades contraten el servicio para adelantar las subastas electrónicas con miras a suscribir contratos cuyo objeto sea la mitigación de los efectos de la pandemia, pues, de ser necesario hacerlo, las entidades están habilitadas para ello y también tendrían que dejar constancia de las razones justificativas. Sin embargo, lo cierto es que no podrán hacerlo en los términos del artículo 1, inciso 4, del Decreto 537 de 2020, esto es, «de manera directa».

Lo anterior significa que la norma *sub examine* se refiere a la segunda hipótesis que usted plantea, esto es, a «¿qué se debe adquirir la plataforma como tal para hacer las subastas electrónicas?».

y iii) «¿La contratación se puede realizar para las subastas por monto agotable que deba realizar la entidad pero que no están directamente relacionadas con la pandemia sino con el resto del cumplimiento de funciones de la Entidad, o solo para subastas relacionadas directamente con la pandemia?».

El artículo 1 de los Decretos 440 y 537 del 2020 introdujo modificaciones importantes en los procedimientos de selección de contratistas, pues, como se vio en la parte considerativa de este concepto, las medidas adoptadas, en términos generales, son la autorización a las entidades públicas para utilizar medios electrónicos para llevar a cabo «las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección», y para «la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa». En relación con esto último, usted debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015, la entidad «puede escoger si adelanta la subasta inversa electrónica o presencialmente», en lo que respecta a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.

En ese contexto, lo que el inciso cuarto de la norma *sub examine* hace es permitir que la subasta inversa presencial se pueda llevar a cabo, excepcionalmente, por medios electrónicos, sin introducir modificaciones sustanciales a la modalidad de selección.

Así las cosas, la subasta inversa, bien sea la electrónica o la inicialmente presencial que se hace de forma electrónica por disposición del artículo 1, inciso 4, del Decreto 537 de 2020, debe hacerse de acuerdo a la regulación correspondiente, esto es, a los artículos 2.2.1.2.1.2.2. a 2.2.1.2.1.2.10. del Decreto 1082 de 2015, se insiste, porque el mencionado decreto legislativo no alteró sustantivamente la modalidad de «Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por Subasta Inversa»; en este sentido, no se distingue si se trata de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes relacionados con la pandemia o los que se pretenden adquirir para otros fines, por lo que lo anterior aplica para ambos supuestos.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. En sitio web: https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19. [↑](#footnote-ref-1)
2. En sitio web: https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 215: «Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

[…]». [↑](#footnote-ref-4)
5. En: https://twitter.com/IvanDuque/status/1240114356911734791. [↑](#footnote-ref-5)
6. «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19». [↑](#footnote-ref-6)
7. En efecto, dentro de los considerandos del Decreto se expresa: «Que de conformidad con lo anterior, se hace necesario tomar algunas medidas en materia de contratación estatal, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia, mediante el distanciamiento social, acudiendo a la realización de audiencias públicas electrónicas o virtuales, fortaleciendo el uso de las herramientas electrónicas, de manera que se evite el contacto entre los participantes en los procesos de contratación, pero sin afectar la publicidad y la transparencia; propósito que también se debe cumplir en la realización de las actuaciones contractuales sancionatorias, que deben incorporar medios electrónicos para evitar el contacto físico, pero que garanticen el debido proceso y el derecho de defensa; no obstante, en caso de ser necesario, y con el fin de facilitar que la Administración dirija los procedimientos de contratación, se debe autorizar la suspensión de los procedimientos, inclusive su revocatoria, cuando no haya mecanismos que permiten continuarlos de manera normal; adicionalmente, es necesario permitir que las autoridades administrativas, y en especial la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pueda adelantar procedimientos de contratación ágiles y expeditos, ante la urgencia en adquirir bienes, obras o servicios para contener la expansión del virus y atender la mitigación de la pandemia; inclusive se debe autorizar, entre otras medidas pertinentes, la adición ilimitada de los contratos vigentes que contribuyan a atender la epidemia». [↑](#footnote-ref-7)
8. El artículo 1 establece: «Para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento individual, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las audiencias públicas que deban realizarse en los procedimientos de selección podrán realizarse a través de medios electrónicos, garantizando el acceso a los proponentes, entes de control, y a cualquier ciudadano interesado en participar.

»La entidad estatal deberá indicar y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que serán utilizados, así como los mecanismos que empleará para el registro de toda la información generada, conforme al cronograma establecido en el procedimiento.

»En todo caso, debe garantizarse el procedimiento de intervención de los interesados, y se levantará un acta de lo acontecido en la audiencia.

»Para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, mediante el procedimiento de selección abreviada por subasta inversa, el evento se podrá adelantar por medios electrónicos. En virtud de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pondrá a disposición de las Entidades Estatales una aplicación para adelantar las subastas electrónicas en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II. En ausencia de la aplicación, las entidades estatales podrán adquirir de manera directa la plataforma electrónica dispuesta en el mercado para dichos efectos.

»Parágrafo 1. En los procedimientos de selección que se encuentren en trámite, no es necesario modificar el pliego de condiciones para este fin. Sin embargo, mínimo dos días hábiles antes de la realización, la entidad deberá informar la metodología y condiciones para el desarrollo de las audiencias». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 537 del 12 de abril de 2020: «Artículo 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán como consecuencia de la Emergencia Sanitaria suspender los procedimientos de selección. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

»En caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos».

Decreto 440 del 20 de marzo de 2020 «Artículo 3. Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura. Las Entidades Estatales, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender los procedimientos de selección. Contra acto administrativo no proceden recursos.

»Por las mismas razones, y en caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la emergencia, las entidades podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos». [↑](#footnote-ref-9)
10. «Artículo 2.2.1.2.1.2.6. Fallas técnicas durante la subasta inversa electrónica. Si en el curso de una subasta inversa electrónica se presentan fallas técnicas que impidan a los oferentes presentar sus Lances, la subasta debe ser suspendida y cuando la falla técnica haya sido superada la Entidad Estatal debe reiniciar la subasta.

»Si por causas imputables al oferente o a su proveedor de soluciones de tecnología de la información y telecomunicaciones, durante la subasta inversa electrónica la conexión con el sistema se pierde, la subasta continuará y la Entidad Estatal entiende que el proveedor que pierde su conexión ha desistido de participar en la misma». [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 23 del 3 y 4 de junio de 2020 [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 25 del 17 y 18 de junio 2020 [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. Comunicado de Prensa No. 25 del 17 y 18 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-13)