**CONTRATACIÓN DIRECTA – Características**

[…] la contratación directa es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Además, es una excepción al principio de libre concurrencia y libre competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

De este modo, en la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente y, por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa.

Todo lo anterior implica que el proceso de contratación directa sea simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Sin embargo, estas características no eximen a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

**PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA – Contratación directa – justificación de causal**

Para adelantar cualquier proceso contractual se debe verificar y planear el contrato con estricta aplicación de los principios que rigen la contratación estatal. Entonces, la entidad debe determinar la necesidad pública a satisfacer y planificar el contrato a ejecutar en función de las determinadas necesidades. Por esta razón, si en virtud de esas actividades de planificación se llega a la conclusión de que la obra pública necesaria posee ciertas características que implican que no exista pluralidad de oferentes en el mercado, se podría acudir excepcionalmente a una de las causales establecidas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En concordancia con lo anterior, el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.4.1, pone de presente que la entidad estatal deberá justificar la causal de contratación directa a través de la expedición de un acto administrativo. Por estas razones, cobra importancia la referencia hecha al principio de planeación en la contratación estatal, ya que el desarrollo que realizó el decreto reglamentario, específicamente de la causal contenida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé la obligación de la entidad contratante de sustentar, con base en los estudios previos realizados, la inexistencia de pluralidad de oferentes.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Estudio del mercado y análisis del sector**

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado. Lo que se identifique puede afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios.

Un análisis de los principios de planeación y de economía busca comprobar que su aplicación se extiende también a los procesos de contratación directa, en la medida en que la entidad debe tener seguridad sobre el mercado en el cual contratará el bien o servicio y, hecha esa verificación, podría seleccionar la mejor opción para cumplir con la necesidad y finalidad pública.



Señor

**XXXXX**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 150 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN DIRECTA – Características / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA – Contratación directa – justificación de causal / CONTRATACIÓN DIRECTA – Estudio del mercado y análisis del sector |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210224001530 |
|  |  |

Estimado señor:

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 del 24 de febrero de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta «¿Puede una entidad pública contratar a través de la modalidad de contratación directa la ejecución de una obra pública con alguna persona natural o jurídica que cuente con una patente sobre un producto necesario para la construcción y/o un estilo constructivo único?».

1. **Consideraciones**

Para responder a sus interrogantes se estudiarán los siguientes temas: i) la modalidad de contratación directa: generalidades y ii) la contratación directa: desarrollo del literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el principio de planeación y los estudios previos en los conceptos No. 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– y C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933–. También, se pronunció sobre los principios de la contratación pública en los conceptos No. 4201912000007661 del 24 de diciembre de 2019, C-640 del 2 de octubre de 2020 y el C-701 del 7 de diciembre de 2020. Las tesis allí expuestas se reiteran y, en lo necesario, se complementan con las siguientes consideraciones:

**2.1. Modalidad de contratación directa: generalidades**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 2, establece las 5 modalidades de selección para la escogencia del contratista, y fija las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007 señala las razones por las cuales se establecieron las modalidades de selección del artículo 2: «A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección en razón a las características del objeto».

Ahora bien, las modalidades de selección se pueden dividir en i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: «[…] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado».

Por tanto, modalidades como la licitación pública y el concurso de méritos son modalidades de selección competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurran al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo.

Algo diferente sucede en la modalidad de selección de contratación directa, que no es competitiva, es decir, que no es abierta al público para que los proponentes presenten sus ofertas. En esta modalidad es la entidad estatal la que determina, de forma directa y no pública, la persona que puede participar y que será seleccionada.

Lo anterior se complementa con lo expuesto por la Corte Constitucional, en Sentencia C-713 de 2009, que estudió la constitucionalidad de los artículos 2 ‒parcial‒ y 5 ‒parcial‒ de la Ley 1150 de 2007. En esa decisión judicial se desarrollaron los principios de libre concurrencia y selección objetiva en la contratación pública, como expresiones del derecho a la igualdad de oportunidades para quienes tengan interés en participar en la contratación estatal. La materialización de esos principios pretende que no exista discriminación y que las entidades no impongan limitaciones a través de reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Sin embargo, se admiten excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia del procedimiento como las inhabilidades e incompatibilidades[[1]](#footnote-1).

En este orden de ideas, la contratación directa es de aplicación restrictiva, esto es, solo procede por las causales señaladas taxativamente en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Además, es una excepción al principio de libre concurrencia y libre competencia, que se aplica en los procesos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad pueda presentar una oferta.

De este modo, en la contratación directa no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente y, por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Lo anterior puede estar basado en que el proponente es único, o en que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa.

Todo lo anterior implica que el proceso de contratación directa sea simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir el agotamiento de una convocatoria pública o la realización de un proceso competitivo. Sin embargo, estas características no eximen a las entidades estatales de garantizar los principios rectores de la contratación pública.

De otro lado, cabe destacarse que existe otra diferencia fundamental con las modalidades de selección competitivas mencionadas: en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, pues la entidad recibe solo una oferta. Lo anterior es explicado por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata[[2]](#footnote-2).

Por consiguiente, en la contratación directa la entidad no establece puntaje para ponderar ofertas, porque se presenta una sola oferta, y corresponde a la de la persona a quien la entidad invitó y seleccionó en forma directa, teniendo en todo caso que garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

**2.2. Contratación directa: desarrollo del literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007**

Por regla general, la contratación de una obra pública se debería realizar mediante licitación pública o incluso mediante un proceso de selección abreviada o contratación de mínima cuantía (dependiendo del presupuesto), es decir, a través de un proceso competitivo. Sin embargo, de manera excepcional podrá celebrarse mediante un procedimiento de contratación directa, siempre y cuando el supuesto factico del caso concreto se enmarque en alguna de las causales previstas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Para adelantar cualquier proceso contractual se debe verificar y planear el contrato con estricta aplicación de los principios que rigen la contratación estatal. Entonces, la entidad debe determinar la necesidad pública a satisfacer y planificar el contrato a ejecutar en función de las determinadas necesidades. Por esta razón, si en virtud de esas actividades de planificación se llega a la conclusión de que la obra pública necesaria posee ciertas características que implican que no exista pluralidad de oferentes en el mercado, se podría acudir excepcionalmente a una de las causales establecidas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En concordancia con lo anterior, el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.4.1[[3]](#footnote-3), pone de presente que la entidad estatal deberá justificar la causal de contratación directa a través de la expedición de un acto administrativo. Por estas razones, cobra importancia la referencia hecha al principio de planeación en la contratación estatal, ya que el desarrollo que realizó el decreto reglamentario, específicamente de la causal contenida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé la obligación de la entidad contratante de sustentar, con base en los estudios previos realizados, la inexistencia de pluralidad de oferentes.

Dicho lo anterior, resulta claro que la planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Así, una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[4]](#footnote-4).

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en su consecución. En relación con el principio de economía, se tienen las siguientes reglas derivadas de su aplicación, lo cual está previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la *modalidad de selección sea contratación directa*, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

[…]. (Cursivas propias)

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos.

Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

 […]

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado. De esta manera, lo que se identifique en dicho análisis puede afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios.

Un análisis de los principios de planeación y de economía busca comprobar que su aplicación se extiende también a los procesos de contratación directa, en la medida en que la entidad debe tener seguridad sobre el mercado en el cual contratará el bien o servicio y, hecha esa verificación, podría seleccionar la mejor opción para cumplir con la necesidad y finalidad pública.

A su turno, la causal de contratación directa contenida en el literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prevé la posibilidad de celebrar el contrato estatal de manera directa cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado. Ahora bien, cabe destacarse que dicha disposición establece esta posibilidad atendiendo a una situación del mercado y no frente a determinados objetos contractuales. En tal sentido, siempre que se acredite dicha circunstancia es posible que el contrato se celebre directamente, independientemente de que se trate de la ejecución de una obra, de la adquisición de bienes o la prestación de determinados servicios. En este sentido, cabe agregar que esta disposición fue desarrollada por el artículo 2.2.1.2.1.4.8. del Decreto 1082 de 2015, el cual dispone lo siguiente:

«Artículo 2.2.1.2.1.4.8. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes.Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación.»

Lo anterior pone de presente que, en el caso de la consulta, la entidad contratante deberá adelantar los estudios previos tendientes a comprobar que en el mercado no existe pluralidad de oferentes para la satisfacción del objeto contractual que se propone celebrar, ya sea, entre otras, por tener derechos de autor, por tener derechos de propiedad industrial o por ser el proveedor exclusivo en el territorio nacional, situaciones que simplemente concretan supuestos que justifican que en el mercado no exista pluralidad de oferentes, que es el criterio establecido por el legislador en la Ley 1150 de 2007, para permitir esta forma de selección del contratista. En tal sentido, una vez comprobado ello mediante el estudio riguroso del mercado, la entidad contratante deberá invocar la causal de contratación directa, justificar en un acto administrativo la concreción de la causal y continuar con el desarrollo de la contratación directa cumpliendo con la totalidad de los requisitos normativos exigidos para el efecto.

En armonía con lo anterior, la justificación adecuada para la utilización de esta causal de contratación directa consiste en que la entidad corrobore que debe ejecutar un contrato, por ejemplo una obra, de una manera específica, siendo esta la única o la que mejor satisface las necesidades de la entidad estatal y que para la ejecución de dicho contrato solo existe un proponente con la capacidad para ejecutarlo, atendiendo a las características del contrato a ejecutar. Con esto se quiere significar que no basta con acreditar, por ejemplo, que una persona natural o jurídica cuenta con determinados derechos de autor o una patente, cuya utilización se requiere para la ejecución del contrato, sino que se debe sustentar porqué el contrato se debe ejecutar de esa manera y no de otra, esto es, deben exponerse las razones por las cuales solamente ejecutándolo en dichos términos se logra satisfacer la necesidad de la entidad estatal. Lo anterior con la finalidad de que se justifique adecuadamente que no existe pluralidad de oferentes para ejecutar el contrato en las condiciones que satisfagan la necesidad de la entidad estatal.

1. **Respuesta**

«¿Puede una entidad pública contratar a través de la modalidad de contratación directa la ejecución de una obra pública con alguna persona natural o jurídica que cuente con una patente sobre un producto necesario para la construcción y/o un estilo constructivo único?».

En virtud de las consideraciones expuestas, la contratación directa de un contrato de obra pública requiere que la entidad contratante justifique la configuración de alguna de las distintas causales prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Así las cosas, si en ejercicio de la discrecionalidad administrativa y en la elaboración de los estudios previos, principalmente el de mercado, se determina que no existe pluralidad de oferentes en el mercado, bien sea porque la construcción de la obra requiere la utilización de bienes que cuentan una patente o porque se trata de un estilo constructivo único y necesario para la satisfacción del objeto contractual, esto es, que el contrato se requiera ejecutar de esa manera para poder satisfacer la necesidad de la entidad estatal, y bajo esas condiciones no existe pluralidad de oferentes en el mercado, existe la posibilidad normativa de adelantar el proceso de contratación a través de la modalidad de contratación directa, invocando la causal del literal g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que esta no se encuentra limitada a determinados objetos contractuales, por lo que procede, siempre que se configuren sus elementos, respecto a bienes, obras o servicios.

Lo anterior, en virtud de los principios de economía y de planeación contractuales, los cuales exigen que la entidad contratante agote en debida forma su responsabilidad de motivar la escogencia de la modalidad de selección del contratista y, por tanto, que ejerza en legal y debida forma sus competencias discrecionales en materia contractual. Por tanto, si la regla general para la ejecución de una obra pública es la selección del contratista a través de un proceso competitivo, resulta lógico que la utilización de cualquier otra modalidad de escogencia, incluida la contratación directa, deba estar debidamente justificada, lo cual es corroborado por el artículo **2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual incluye la obligación de expedir un acto administrativo de justificación de la causal de contratación directa.**

En todo caso, teniendo en cuenta que la función consultiva de esta Agencia solo versa sobre la interpretación de normas de alcance general, y que estos conceptos no son vinculantes, el análisis concreto sobre la viabilidad jurídica, técnica y financiera sobre la celebración de un contrato en particular corresponde realizarlo a cada entidad estatal.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastian Ramirez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Exp. 1.727. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 2.2.1.2.1.4.1. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la moda­lidad de contratación directa, el cual debe contener:

1.    La causal que invoca para contratar directamente.

2.    El objeto del contrato.

3.    El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.

4.    El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto. [↑](#footnote-ref-3)
4. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub, consideró al respecto: «El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

»Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

»De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación». [↑](#footnote-ref-4)