CCE-DES-FM-17

**CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades**

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

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

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional**

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]». En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección. En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista.

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Por lo tanto, siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2**

[…], el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015. A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». Esta nueva disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes.

ii) A diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». O sea que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 – Apertura – Sobre – Oferta Económica**

Dicho de otro modo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes –entre los cuales está no superar el presupuesto oficial– y de ponderar los factores de calificación, se deberá elaborar el informe de evaluación respectivo –el cual es susceptible de observaciones– y solo se podrá adjudicar el contrato a quien ocupe el primer orden de elegibilidad según los criterios de calificación. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación y de quedar en firme este, ya la entidad estatal no puede revisar la conformidad de la oferta económica con el presupuesto oficial –pues esto debió hacerlo antes de publicar el informe de evaluación–, ni intentar un acuerdo sobre el precio, como sí lo permitían los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 en su redacción inicial. Lo que procede una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación es la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta, si ninguno de los oferentes cumple los requisitos habilitantes.

Bogotá D.C., 13 de agosto de 2021



Señora

**Carolina Salas**

Pasto, Nariño.

 **Concepto C ‒ 408 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 - Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 – Apertura – Sobre – Oferta Económica |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210630005731 |

Estimada señora Salas:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Respecto a la modalidad de selección de concurso de méritos abierto, usted realiza la siguiente pregunta: «Se debe entender que cuando el Decreto 399 de 2021 en su artículo 2 numeral 2, refiere "La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el "informe de evaluación" (en negrilla), el cual debe contener "la evaluación de las ofertas frente a todos (en negrilla) los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, "incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje." (en negrilla) ¿La oferta económica deberá entenderse como un requisito habilitante, sujeto a evaluación y traslado?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario en torno a si la oferta económica puede entenderse o no como un requisito habilitante– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado y ii) reglamentación de esta modalidad de selección en el Decreto 399 de 2021.

Al respecto, es importante señalar que esta Agencia se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la modalidad de contratación de concurso de méritos, en los conceptos C – 159 de 26 de febrero de 2020, C – 124 de 25 de marzo de 2020, C – 220 de 13 de abril de 2020, C – 388 de 2020 30 de junio de 2020, C – 406 de 13 de julio de 2020, C – 477 de 13 de julio de 2020, C – 503 de 18 de agosto de 2020, C – 612 de 2020, C – 612 de 2 de octubre de 2020, C – 756 de 2020 de 28 de diciembre de 2020, C – 157 de primero de marzo de 2021, C – 177 de 12 de marzo de 2021, C – 277 de 28 de abril de 2021, C – 297 de 4 de mayo de 2021, y puntualizó sobre la forma de desarrollarse esta modalidad de selección, en los conceptos C-124 del 25 de marzo de 2020, C-406 y C-477 del 13 de julio de 2020, C-612 del 2 de octubre de 2020, C-761 del 5 de enero de 2021 y C-339 del 14 de julio de 2021. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación:

**2.1. Procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado**

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

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

Debe destacarse que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[[2]](#footnote-3) y del 20 de febrero de 2019[[3]](#footnote-4), suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición. Las normas suspendidas regulaban el concurso de méritos abierto o sin precalificación. El texto de estos numerales disponía lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Los citados numerales 3, 4 y 5 disponían la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigían que estuviera dentro del presupuesto disponible y que este aspecto fuera producto del acuerdo entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar. Por otro lado, el numeral 5 disponía el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no llegaran a un acuerdo sobre el precio del contrato. Además, el numeral 6 solo permitía negociar el precio con el proponente que ocupara el segundo orden de elegibilidad, por lo que si no era posible llegar a un acuerdo con este, procedía la declaración de desierta.

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]». En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección[[4]](#footnote-5). En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista[[5]](#footnote-6).

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Por lo tanto, *siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial*, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**2.2. Reglamentación del concurso de méritos abierto o con precalificación en el Decreto 399 de 2021**

El artículo 2 del Decreto 399 de 2021 modificó el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

Artículo 2. Modificación del artículo [2.2.1.2.1.3.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.3.2). del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Modifíquese el artículo 2.2.1.2.1.3.2. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual quedará así:

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

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

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje.

3. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje".

Como se observa, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015[[6]](#footnote-7). A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». Esta nueva disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes.

ii) A diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación relevante, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». Por ello, después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

Un aspecto igualmente importante que introduce el Decreto 399 de 2021 y que incide sobre el trámite del concurso de méritos, tiene que ver con el contenido de los estudios y documentos previos que soportan el proceso de contratación. Recuérdese que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establecía que la entidad estatal no debía «[…] publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos». Pues bien, el artículo 1 del Decreto 399 de 2021 elimina esta prohibición, para garantizar que los interesados conozcan la información relacionada con el valor estimado del contrato en los concursos de méritos y potenciar la garantía de los principios de publicidad y transparencia. En efecto, así lo justifica el gobierno nacional en las consideraciones de dicho Decreto:

Que en consideración a la importancia de conocer los valores y criterios utilizados por las entidades estatales que sirvan de soporte para definir el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos, y ante la inexistencia de una reserva legal de esta información, es necesario eliminar la restricción respecto al deber de publicación de dichos análisis.

Que se considera conveniente dar publicidad a la forma como se calcula el valor del contrato en los concursos de méritos, con la finalidad de garantizar al máximo los principios de publicidad y transparencia. Además, para que los interesados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, puedan realizar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que debe incluir el valor estimado del contrato.

Por lo tanto, a partir de la vigencia del Decreto 399 de 2021, las entidades estatales deben incluir en los estudios previos del concurso de méritos la información correspondiente a las variables empleadas para calcular el valor estimado del contrato, determinando así el presupuesto oficial. Además, los interesados pueden formular observaciones al proyecto de pliego de condiciones sobre este tema. Adicionalmente, en el pliego de condiciones deben establecerse con claridad los requisitos habilitantes y criterios de calificación con fundamento en los cuales la entidad estatal elaborará el informe de evaluación respectivo.

Al respecto, se aclara que el Decreto 399 de 2021 en ningún caso contradice el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007; norma que dispone que «En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto […]» y que «En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores». El hecho de que desaparezca la etapa en la cual la entidad estatal debía intentar un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no significa que se esté introduciendo el precio como factor de escogencia. Lo que se deduce del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 es que en el pliego de condiciones debe quedar claramente establecido el presupuesto oficial, así como la prohibición de superarlo como requisito habilitante dentro del concurso de méritos. En consecuencia, cuando el valor de la oferta exceda dicho presupuesto oficial y tal inconsistencia no sea subsanada, deberá procederse con el rechazo y esto debe quedar consignado en el informe de evaluación.

Dicho de otro modo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes –entre los cuales está no superar el presupuesto oficial– y de ponderar los factores de calificación, se deberá elaborar el informe de evaluación respectivo –el cual es susceptible de observaciones– y solo se podrá adjudicar el contrato a quien ocupe el primer orden de elegibilidad según los criterios de calificación. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación y de quedar en firme este, ya la entidad estatal no puede revisar la conformidad de la oferta económica con el presupuesto oficial –pues esto debió hacerlo antes de publicar el informe de evaluación–, ni intentar un acuerdo sobre el precio, como sí lo permitían los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 en su redacción inicial. Lo que procede una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación es la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta, si ninguno de los oferentes cumple los requisitos habilitantes.

De lo explicado previamente, surge el siguiente interrogante: ¿el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, normativa que modifica el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082, varía el momento en el cual las entidades estatales realizan la apertura al sobre económico de la oferta? En la regulación inicialmente prevista porel Decreto 1082 de 201**5, la apertura del sobre económico se realizaba luego de publicar el informe de evaluación que contenía la calificación técnica y el orden de elegibilidad**[[7]](#footnote-8)**. En este sentido, vencido el plazo de la fecha del cierre del proceso se daba apertura a la oferta que contenía los documentos referidos a la calificación técnica, cuyo análisis y revisión quedaba contenido en el informe de evaluación. Publicado este informe en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-, se procedía a realizar la apertura de la oferta económica para determinar que el valor de esta oferta estuviera acorde con el valor del presupuesto estimado por la Entidad.**

**Por su parte, con fundamento en la expedición del Decreto 399 de 2021, la apertura de las ofertas se realiza al momento del cierre del proceso, esto es, vencido el plazo para presentar las ofertas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad estatal debe evaluar en el informe respectivo los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluidos los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje. Una vez resueltas las observaciones presentadas al informe, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo fundamentado. Por tanto, se entiende que en este informe se evaluará el cumplimiento de todas las exigencias previstas en el pliego de condiciones, esto es, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y el valor de la oferta económica. En este sentido, se concluye que el Decreto 399 de 2021 modifica el momento de apertura de la oferta económica en la modalidad de selección de concurso de méritos abierto.**

**3. Respuestas**

«Se debe entender que cuando el Decreto 399 de 2021 en su artículo 2 numeral 2, refiere "La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el "informe de evaluación" (en negrilla), el cual debe contener "la evaluación de las ofertas frente a todos (en negrilla) los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, "incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje." (en negrilla) ¿La oferta económica deberá entenderse como un requisito habilitante, sujeto a evaluación y traslado?».

Se informa que de conformidad el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente únicamente tiene competencia para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general sobre el sistema de compras públicas. Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación estatal.

La solicitud tiene como objeto que esta entidad le indique si es correcto considerar que la oferta económica en los concursos de méritos es un requisito habilitante. Desafortunadamente no podemos responder su solicitud, pues no se refiere al alcance de alguna norma que rija la contratación de las entidades públicas, sino a una postura frente a la interpretación de puntual de las disposiciones normativas.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, lo que se deduce del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 es que en el pliego de condiciones debe quedar claramente establecido el presupuesto oficial, así como la prohibición de superarlo como requisito habilitante dentro del concurso de méritos. En consecuencia, cuando el valor de la oferta exceda dicho presupuesto oficial y tal inconsistencia no sea subsanada, deberá procederse con el rechazo y esto debe quedar consignado en el informe de evaluación.

Dicho de otro modo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes –entre los cuales está no superar el presupuesto oficial– y de ponderar los factores de calificación, se deberá elaborar el informe de evaluación respectivo –el cual es susceptible de observaciones– y solo se podrá adjudicar el contrato a quien ocupe el primer orden de elegibilidad según los criterios de calificación. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación y de quedar en firme este, la entidad estatal no puede revisar la conformidad de la oferta económica con el presupuesto oficial –pues esto debió hacerlo antes de publicar el informe de evaluación–, ni intentar un acuerdo sobre el precio, como sí lo permitían los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 en su redacción inicial. Lo que procede una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación es la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta, si ninguno de los oferentes cumple los requisitos habilitantes.

En la regulación inicialmente prevista porel Decreto 1082 de 201**5, es importante tener en cuenta que la apertura del sobre económico se realizaba luego de publicar el informe de evaluación que contenía la calificación técnica y el orden de elegibilidad. En este sentido, vencido el plazo de la fecha del cierre del proceso se daba apertura a la oferta que contenía los documentos referidos a la calificación técnica, cuyo análisis y revisión quedaba contenido en el informe de evaluación. Publicado este informe en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-, se procedía a realizar la apertura de la oferta económica para determinar que el valor de esta oferta estuviera acorde con el valor del presupuesto estimado por la Entidad.**

**Por su parte, con fundamento en la expedición del Decreto 399 de 2021, la apertura de las ofertas se realiza al momento del cierre del proceso, esto es, vencido el plazo para presentar las ofertas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad estatal debe evaluar en el informe respectivo los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluidos los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje. Una vez resueltas las observaciones presentadas al informe, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo fundamentado. Por tanto, se entiende que en este informe se evaluará el cumplimiento de todas las exigencias previstas en el pliego de condiciones, esto es, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y el valor de la oferta económica. En este sentido, se concluye que el Decreto 399 de 2021 modifica el momento de apertura de la oferta económica en la modalidad de selección de concurso de méritos abierto.**

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David MontoyaGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-3)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sobre este aspecto, «[…] los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «[…] precio ofrecido […]» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

»Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «[…] trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-5)
5. En efecto, «[…] cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico). [↑](#footnote-ref-6)
6. En efecto, dentro de las consideraciones que motivan el Decreto 399 de 2021 se lee la siguiente: «Que teniendo en cuenta que el Auto del 20 de febrero de 2019 Exp. 61.463 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional y que el Auto del 25 de julio de 2018 Exp. 56.165 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente el numeral 6 de la misma disposición, los cuales están relacionados con las reglas aplicables al procedimiento de concurso de méritos, es necesario modificar dicho artículo para establecer las reglas aplicables a esta modalidad de selección». [↑](#footnote-ref-7)
7. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento de Concurso de méritos. […]

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

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

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

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

[…]» [↑](#footnote-ref-8)