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*. 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.

**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 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, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

**OFERTA ECONÓMICA – Concurso de méritos – Apertura de sobre – Decreto 399 de 2021**

**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, toda vez 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. Y 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 evaluara 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 sí modifica el momento de apertura de la oferta económica en la modalidad de selección de concurso de méritos abierto. Ahora bien,** en cuanto a la alineación de la plataforma electrónica SECOP II al trámite de los concursos de mérito señalado en el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente informa lo siguiente:



Bogotá D.C., 14 junio 2021

Señor

**Gian Carlo Suescún Sanabria**

Subdirector General Jurídico

Instituto de Desarrollo Urbano - IDU

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 339 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 / OFERTA ECONÓMICA – Concurso de méritos – Apertura de sobre – Decreto 399 de 2021– Oportunidad / |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta acumuladas: # P20210528004702 y P20210609005066 |

Estimado señor Suescún:

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 28 de mayo de 2021 y 9 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes consultas en relación con la modalidad de selección de concurso de méritos abierto: «i) ¿Es correcta la interpretación que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU ha manejado, respecto a que la oferta económica en los concursos de méritos es un requisito habilitante más?; ii) ¿Cuál es el momento adecuado para abrir dicha oferta económica en los concursos de méritos?; ii) ¿Está alineada la parte operativa de la plataforma Secop II, de manera tal que permita la apertura de la oferta económica en el momento adecuado para ello?; y iv) En caso que la respuesta al punto anterior, sea que la plataforma aún no se ha alineado con el momento óptimo para la apertura del sobre económico en los concursos de méritos, por favor indicarnos para cuando se espera esta implementación en la plataforma Secop II y cuál es el procedimiento que debemos seguir las entidades en tanto ello ocurre».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responderá la consulta, luego de analizar i) el procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado y ii) la 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 y C-612 del 2 de octubre de 2020 y C-761 del 5 de enero 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.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[[1]](#footnote-2) y del 20 de febrero de 2019[[2]](#footnote-3), 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[[3]](#footnote-4). 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[[4]](#footnote-5).

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[[5]](#footnote-6). 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 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, 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. Luego de resolver 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**[[6]](#footnote-7)**. 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-, ahí sí 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, toda vez 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. Y 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 evaluara 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 sí modifica el momento de apertura de la oferta económica en la modalidad de selección de concurso de méritos abierto. Ahora bien,** en cuanto a la alineación de la plataforma electrónica SECOP II al trámite de los concursos de mérito señalado en el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente informa lo siguiente:

El Decreto Ley 4170 de 2011 otorga a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la competencia de administrar y desarrollar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, el cual está conformado por tres plataformas: SECOP I, SECOP II y Tienda Virtual del Estado Colombiano -TVEC.

El SECOP II se rige por las normas del Sistema de Compras y Contratación Pública y por aquellas que regulan el comercio electrónico. Por lo anterior, las Entidades Estatales, los Proveedores y en general los usuarios del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP II están sujetos a los Términos y Condiciones de Uso de la plataforma en virtud de su aceptación al momento de realizar la creación del usuario y/o cuenta respectivamente. Adicionalmente, con la aceptación expresa y voluntaria, los usuarios del SECOP II deben aplicar los protocolos, lineamientos y procedimientos descritos en el «Minisitio» del SECOP II, los cuales incluyen los manuales, conceptos y guías de uso. Cualquier actuación que contradiga lo establecido en estos es responsabilidad exclusiva de los usuarios.

Desde la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente buscamos desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. Así mismo, para mejorar la experiencia de los usuarios y con el fin de que la plataforma del SECOP II se articule y esté en armonía con la normativa, desde la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico se trabaja constantemente en la implementación de mejoras evolutivas que son analizadas con el equipo de trabajo y que requieren un tiempo estimado para su puesta en producción.

Los mantenimientos evolutivos en los que se implementan nuevas funcionalidades tienen un costo en horas que son definidos por el proveedor de la aplicación. En cuanto al proveedor referenciado –VORTAL–, es necesario aclarar que es el encargado de la gestión de incidentes, problemas y mejoras en la plataforma del SECOP II. Si bien hemos enunciado que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es el administrador de las plataformas que componen el SECOP, para el caso específico del SECOP II, se cuenta con la administración, más no tenemos el alcance de desarrollar nuevas funcionalidades.

De esta manera, debemos resaltar que desde la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no desconocemos la situación de los cambios al procedimiento del Concurso de Méritos, incluidos en el Decreto 399 de 2021, el cual se encuentra articulado 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. No obstante, como administradores de la plataforma, brindamos las soluciones de carácter técnico con el fin de mitigar el impacto y garantizar la no paralización de la actividad contractual de las entidades estatales a consecuencia de la presente funcionalidad. Actualmente, estamos en proceso de estructuración de un control de cambios correspondiente a la habilitación de dos módulos para el Concurso de Méritos Abierto y de Precalificación que se ajusten al procedimiento del Decreto 399 de 2021. A continuación, detallamos las actividades que se ejecutan y que están cronológicamente definidas para realizar los cambios en la plataforma:

a) Se define el requerimiento, se perfecciona desde el punto de vista técnico-normativo y se socializa con los equipos de trabajo involucrados.

b) Como el SECOP II es una plataforma contratada con un proveedor externo –VORTAL–, se le comparten los requerimientos para iniciar su análisis y estimación. Es importante tener en cuenta que para el desarrollo de nuevas funcionalidades se requiere como mínimo de tres meses. Adicionalmente, se debe incluir el tiempo para las pruebas y puesta en producción.

En tal sentido, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico aclara que no desconoce que la plataforma requiere mejoras de carácter técnico. Sin embargo, indica que este tipo de soluciones requiere de un presupuesto. Por lo tanto, señala que una vez se tenga la asignación presupuestal y la funcionalidad sea implementada, se notificará a todos los usuarios a través de nuestros canales oficiales.

En relación con lo anterior, cabe aclarar que teniendo en cuenta la dificultad advertida, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente recientemente expidió la Circular Externa 002 del 8 de junio de 2021, donde estableció lo siguiente, en relación con la publicidad temporal de los concursos de méritos:

Así las cosas, el Concurso de Méritos definido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, deberá adelantarse y publicarse de manera temporal a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP I.

En tal sentido, a las Entidades Estatales se les habilitará temporalmente el SECOP I para que publiquen los documentos del concurso de méritos abierto o con precalificación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, como lo ordena el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

Los procedimientos de selección que se realicen utilizando los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que se adelanten por la modalidad de selección de Concurso de Méritos, también se publicarán transitoriamente en la plataforma SECOP I, mientras se habilita el módulo de Concurso de Méritos en la plataforma SECOP II, teniendo en cuenta la regulación establecida en el Decreto 399 de 2021.

Una vez la funcionalidad para la publicación de Concurso de Méritos (abierto o con precalificación) sea implementada en el SECOP II, notificaremos a todos nuestros usuarios a través de nuestros canales oficiales.

La habilitación de permisos en el SECOP I se verá reflejada a partir del 08 de junio 2021.

Teniendo en cuenta lo previsto en la Circular citada, mientras se realizan los ajustes a la plataforma del SECOP II, de manera que resulte acorde con la regulación establecida por el Decreto 399 de 2021, las entidades estatales adelantarán los concursos de méritos transitoriamente en la plataforma SECOP I. Así también lo confirma el comunicado sobre la Circular 002 de 2021[[7]](#footnote-8).

En cuanto a su primera pregunta, se le informa que de conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 4 del artículo 13 del Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». 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 pública.

Su primera solicitud tiene como objeto que esta entidad le indique si es correcta la interpretación que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU ha manejado, respecto a 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 o su proceder técnico en la herramienta, sino a una postura de esta entidad de entender la oferta económica como un requisito habilitante.

En efecto, el pronunciamiento por parte de esta entidad sobre su pregunta desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general; pero su consulta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete a esta Agencia, pues no puede asesorar a particulares ni a entidades estatales respecto de interpretaciones propias que realiza a las normas del procedimiento del concurso de méritos abierto.

Así mismo, en relación con su segunda pregunta, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente no puede indicarle en qué momento el IDU debe hacer la apertura del sobre económico cuando publica sus procesos en el SECOP II. Al respecto, es importante señalar que, conforme a los términos y condiciones de uso del SECOP, los usuarios de estas plataformas son responsables de la veracidad, consistencia, exactitud, coherencia y en general del contenido de la información que ingresan en esta plataforma, por consiguiente, en ellos recae establecer su uso.

Ahora bien, como se mencionaba en acápites anteriores, la apertura de la oferta económica en la modalidad de concurso de méritos abierto, con fundamento en las modificaciones realizadas por el Decreto 399 de 2021, será luego del vencimiento de la fecha del cierre del proceso. Debido a que actualmente en el módulo de «Concurso de Méritos» en el SECOP II no es plausible adelantar la apertura de la oferta económica luego de vencido el plazo para presentar las ofertas, la Agencia Nacional de Contratación Pública expide la Circular Externa No. 02 de 2021 previendo que a las Entidades Estatales se les habilitará temporalmente el SECOP I para que publiquen los documentos del concurso de méritos abierto o con precalificación mientras se adapta la funcionalidad del módulo de Concurso de Méritos Abierto en el SECOP II.

**3. Respuestas**

«i) ¿Es correcta la interpretación que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU ha manejado, respecto a que la oferta económica en los concursos de méritos es un requisito habilitante más?»

En cuanto a su primera pregunta, se le informa que conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 4 del artículo 13 del Decreto Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». 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 pública.

Su primera solicitud tiene como objeto que esta entidad le indique si es correcta la interpretación que el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU ha manejado, respecto a 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 o su proceder técnico en la herramienta, sino a una postura de esta entidad frente a la interpretación de puntual que ha dado el IDU en cuanto a la oferta económica como requisito habilitante.

En efecto, el pronunciamiento por parte de esta entidad sobre su pregunta desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general; pero su consulta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete a esta Agencia, pues no puede asesorar a particulares ni a entidades estatales respecto de interpretaciones propias que realiza a las normas del procedimiento del concurso de méritos abierto.

«ii) ¿Cuál es el momento adecuado para abrir dicha oferta económica en los concursos de méritos?»

En la regulación inicialmente prevista por el Decreto 1082 de 2015, 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-, ahí sí 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, toda vez 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. Y 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 evaluara 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 sí modifica el momento de apertura de la oferta económica en la modalidad de selección de concurso de méritos abierto.

«iii) ¿Está alineada la parte operativa de la plataforma Secop II, de manera tal que permita la apertura de la oferta económica en el momento adecuado para ello»

Desde la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente buscamos desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. Así mismo, para mejorar la experiencia de los usuarios y con el fin de que la plataforma del SECOP II se articule y esté en armonía con la normativa, desde la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico se trabaja constantemente en la implementación de mejoras evolutivas que son analizadas con el equipo de trabajo y que requieren un tiempo estimado para su puesta en producción.

Los mantenimientos evolutivos en los que se implementan nuevas funcionalidades tienen un costo en horas que son definidos por el proveedor de la aplicación. En cuanto al proveedor referenciado –VORTAL–, es necesario aclarar que es el encargado de la gestión de incidentes, problemas y mejoras en la plataforma del SECOP II. Si bien hemos enunciado que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente es el administrador de las plataformas que componen el SECOP, para el caso específico del SECOP II, se cuenta con la administración, más no tenemos el alcance de desarrollar nuevas funcionalidades.

De esta manera, debemos resaltar que desde la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no desconocemos la situación de los cambios al procedimiento del Concurso de Méritos, incluidos en el Decreto 399 de 2021, el cual se encuentra articulado 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. No obstante, como administradores de la plataforma, brindamos las soluciones de carácter técnico con el fin de mitigar el impacto y garantizar la no paralización de la actividad contractual de las entidades estatales a consecuencia de la presente funcionalidad. Actualmente, estamos en proceso de estructuración de un control de cambios correspondiente a la habilitación de dos módulos para el Concurso de Méritos Abierto y de Precalificación que se ajusten al procedimiento del Decreto 399 de 2021. A continuación, detallamos las actividades que se ejecutan y que están cronológicamente definidas para realizar los cambios en la plataforma:

a) Se define el requerimiento, se perfecciona desde el punto de vista técnico-normativo y se socializa con los equipos de trabajo involucrados.

b) Como el SECOP II es una plataforma contratada con un proveedor externo –VORTAL–, se le comparten los requerimientos para iniciar su análisis y estimación. Es importante tener en cuenta que para el desarrollo de nuevas funcionalidades se requiere como mínimo de tres meses. Adicionalmente, se debe incluir el tiempo para las pruebas y puesta en producción.

En tal sentido, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico aclara que no desconoce que la plataforma requiere mejoras de carácter técnico. Sin embargo, indica que este tipo de soluciones requiere de un presupuesto. Por lo tanto, señala que una vez se tenga la asignación presupuestal y la funcionalidad sea implementada, se notificará a todos los usuarios a través de nuestros canales oficiales.

«iv) En caso que la respuesta al punto anterior, sea que la plataforma aún no se ha alineado con el momento óptimo para la apertura del sobre económico en los concursos de méritos, por favor indicarnos para cuando se espera esta implementación en la plataforma Secop II y cuál es el procedimiento que debemos seguir las entidades en tanto ello ocurre».

En relación con lo anterior, cabe aclarar que teniendo en cuenta la dificultad advertida, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente recientemente expidió la Circular Externa 002 del 8 de junio de 2021, señaló que mientras se realizan los ajustes a la plataforma del SECOP II, de manera que resulte acorde con la regulación establecida por el Decreto 399 de 2021, las entidades estatales adelantarán los concursos de méritos transitoriamente en la plataforma SECOP I. Así también lo confirma el comunicado sobre la Circular 002 de 2021.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sara Milena Núñez Aldana  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. El cual puede consultarse aquí: https://www.colombiacompra.gov.co/circulares [↑](#footnote-ref-8)