CCE-DES-FM-17

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico**

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

**PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – Contratación directa – Transparencia – Selección objetiva – Aplicación**

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente, es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos. Aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa**

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía».

La Entidad Estatal debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Estudios previos – Elaboración – Entidad responsable**

De las consideraciones anteriores, es claro que las entidades públicas con la elaboración de los estudios previos sustentan los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar. Entonces, surge el interrogante de cuando se trata de convenios interadministrativos, en el que dos entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, ¿cuál de las dos entidades públicas debe elaborar los estudios previos que sustentan la contratación referida?

[…] si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los contratos o convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como contratante y la que lo hace como contratista.

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como contratante sea quien elabore los estudios previos.



Bogotá, 17 Septiembre 2021

Señora

**Camilo Andrés Guzmán Torres**

Ciudad

**Concepto C – 503 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – Contratación directa – Transparencia – Selección objetiva – Aplicación / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Estudios previos – Elaboración – Entidad responsable / |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210803006839 |

Estimado señor Guzmán Torres:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de agosto de 2021.

**1. Problema planteado**

Usted realizó la siguiente pregunta: «Frente a la suscripción de los contratos o convenios interadministrativos regulados por los Artículo 95 de la Ley 489 de 1998, así como la causal de contratación directa del Artículo 2 numeral 4 literal c de la Ley 1150 de 2007, solicito se resuelva la consulta respecto a, si es necesario que las dos entidades convinientes realicen estudios y documentos previos por separado frente a la suscripción de determinado convenio o si por el contrario, basta con que solo una entidad realice la elaboración de los estudios y documentos previos para entender surtido y agotados el pleno de los requisitos previos a la suscripción del correspondiente interadministrativo».

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) los convenios administrativos y ii) los estudios previos. La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el concepto y régimen jurídico aplicable de los contratos interadministrativos, en los Conceptos: 4201913000004536 de 17/07/2019, 4201913000006540 del 21/10/2019, C−023 del 13/02/2020, C−086 del 16/03/2020, C−101 del 16/03/2020, C−157 del 16/03/2020, C−220 del 13/04/2020, C−227 del 07/04/2020, C-593 del 09/10/2020, C-637 del 28/10/2020, C−680 del 18/11/2020, C−681 del 19/11/2020, C–691 del 27/11/2020, C-077 del 16/03/2021 y C-173 del 19/04/2021.

Igualmente, 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–. De igual forma, analizó 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, C-701 del 7 de diciembre de 2020, C-715 del 9 de diciembre de 2020 y C – 762 del 14 de diciembre de 2020. La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación.

**2.1 Contratos interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que regulan los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el EGCAP se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2[[1]](#footnote-1), con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Los procedimientos de contratación se estructuran a partir de las modalidades de selección, y al revisar las normas citadas se observa que contienen los procedimientos para adelantarlas y las reglas de cada modalidad: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía[[2]](#footnote-2).

Sobre la tipología de contrato interadministrativo, conviene señalar que aunque la Ley 80 de 1993 no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[3]](#footnote-3).

 De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento susceptible de pluralidad de oferentes[[4]](#footnote-4). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito[[5]](#footnote-5). Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos, porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

La Corte Constitucional expresó, en la Sentencia C–671 de 2015, ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[6]](#footnote-6), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[7]](#footnote-7).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable para celebrar los contratos interadministrativos. La contratación directa, como bien es sabido, constituye una modalidad 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, ya que es una excepción a los principios de libre concurrencia y libre competencia, que aplican a los procedimientos de contratación, para que cualquier persona interesada en satisfacer la necesidad de una entidad estatal pueda presentar una oferta. En la contratación directa no es necesario que la entidad estatal reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad señala directamente y la invita a ofertar el servicio que requiere. Lo anterior puede obedecer a que el proponente es único, o a que el legislador privilegió algunos objetos contractuales u oferentes para contratarlos de manera directa, lo cual implica que el procedimiento es simplificado, corto, ágil y expedito, por no exigir una convocatoria pública, sin que esto obvie garantizar los principios rectores de la contratación pública.

En todo caso, las entidades deben escoger a sus contratistas a través de procesos en los que participe una pluralidad de oferentes, prevaleciendo entre ellos, como regla general, la licitación pública, y dependiendo de las características o especialidad del bien o servicio o su cuantía, adelantarán un proceso en el que existan varias ofertas por las modalidades de selección de abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía; y solo de manera excepcional escogerán al contratista a través de la modalidad de selección de contratación directa. Al respecto, el Consejo de Estado indicó frente a la modalidad de selección de contratación directa que:

[...] No obstante, si bien la administración tiene la posibilidad de celebrar este tipo de contratos, sin acudir a licitación o concurso público, tal libertad no es absoluta, toda vez que en la selección del contratista se «deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993». En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato. Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata [...][[8]](#footnote-8).

Ahora bien, en esta modalidad de selección existe una diferencia fundamental con otras, y es que en la contratación directa no se otorga puntaje a las ofertas para ponderarlas y elegir el ofrecimiento más favorable, ya que la entidad recibe solo una. Lo anterior es complementado por el Consejo de Estado, al definir la contratación directa:

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. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado «contratación directa» es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993[[9]](#footnote-9).

De otro lado, retomando las ideas señaladas hasta este lugar, es importante resaltar que la calidad de un contrato o convenio interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrar el respectivo acuerdo de voluntades entre entidades de derecho público, sino por un criterio orgánico, ligado con la naturaleza jurídica de las partes que celebran el contrato. Esta consideración reviste importancia para resolver la consulta bajo análisis, como se explica a continuación.

# 2.2. Aplicación de los principios de la contratación pública en la contratación directa: selección objetiva del contratista

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone: «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1150 del 2007 ordena que en el procedimiento aplicable a cada una de las modalidades de selección de contratistas, «deberá observarse los principios de transparencia, economía, responsabilidad».

Así pues, los principios que rigen la actividad contractual de las entidades estatales están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado. De igual forma, dichos principios buscan hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que sean exigidos en los documentos del proceso de contratación.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe «edificarse sobre las bases de i) la igualdad y respeto a todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración»[[10]](#footnote-10).

Otro de los principios transversales a todos los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[11]](#footnote-11), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018[[12]](#footnote-12).

Así mismo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que exige se indiquen en los pliegos de condiciones «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación».

De igual forma, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva».

Finalmente, se manifiesta vii) en el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial al interior de los procedimientos de selección. Así se infiere de enunciados normativos como: i) el numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista»; ii) el numeral 8º del artículo 2.2.1.2.1.3.13., que establece como obligación del jurado calificador en los concurso de méritos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, «Manifestar a la Entidad Estatal promotora la declaratoria de desierto el concurso de arquitectura, en caso que se presente el impedimento de la escogencia objetiva de que trata el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993».

Por último, iii) el numeral 7º del artículo 2.2.1.2.6.1.3., que consagra, como obligación de la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, fijar en los documentos tipo «[…] alternativas para la ponderación de los elementos de calidad con el fin de que la entidad estatal contratante seleccione la opción adecuada para evaluar las condiciones técnicas de manera objetiva de acuerdo con el objeto de la contratación».

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad mediante la celebración del contrato. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que la objetividad en la selección de los contratistas se relaciona, principalmente, con evitar criterios subjetivos, lo que significa reglas que evalúen factores comparables, dándole un valor a cada uno que permita una adjudicación objetiva[[13]](#footnote-13).

Igualmente, ha señalado que la selección objetiva «fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos»[[14]](#footnote-14).

Ahora bien, para garantizar los principios de la contratación pública en la contratación directa, particularmente, la transparencia y la selección objetiva, cuyos elementos se asemejan, como explicaremos enseguida, se debe tener en cuenta el numeral 2.1 de este documento. En ese aparte de este concepto se explicó, que en la sentencia C-713 de 2009 se analizaron las normas de la Ley 1150 de 2007, y en dicha decisión judicial se estableció que la contratación directa es una excepción, de las que puede hacer el legislador, a los principios de libre competencia y libre concurrencia.

Lo anterior puesto que no existe competencia, y por ello, no hay rivalidad entre proveedores del bien o servicio que requiere la entidad, teniendo en cuenta que al proceso solo concurre la persona que la entidad invita directamente. Esta persona es la única autorizada y por ende no hay libre concurrencia, porque así lo permiten las características de la modalidad de contratación directa analizadas, que dispuso el legislador.

Sin embargo, la contratación directa no está exceptuada del cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, los cuales tienen como elemento común la objetividad en la selección del contratista. La evidencia son las definiciones expuestas en párrafos anteriores, ya que a pesar de que la entidad dirija la invitación a ofertar solamente a una persona, esto no significa que puede elegirla con base en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

En ese sentido, la persona a la que la entidad contrata directamente, es aquella que se considera que cumple con lo requerido para satisfacer la necesidad contractual. Esa consideración de la entidad contratante será objetiva en la medida en que se cumpla con el principio de planeación, que se refleja principalmente en los estudios previos. Aunque la contratación sea directa, como ya se explicó, esto no implica que la entidad no deba definir las condiciones del contratista que está en capacidad de cumplir el contrato, lo cual es un elemento común entre las modalidades de selección competitivas y no competitivas.

En todo caso, siempre deberán definirse los criterios de escogencia del contratista, pero la diferencia de las modalidades de selección radica en que las causales de contratación directa fueron dispuestas por el legislador en atención a que en el mercado no se encuentra una gran cantidad de proveedores que ofrezcan lo que la entidad requiere. O que existiendo muchos proveedores, la entidad los puede diferenciar a partir del nivel de conocimientos o experiencia que estos poseen para elegir entre ellos a uno que la entidad, objetivamente, considera como el que puede desarrollar de mejor forma el objeto contractual.

A esa persona, la entidad puede invitarla directamente a que presente oferta, sin que exista un direccionamiento, esto es, una decisión caprichosa y basada en criterios subjetivos por parte de la entidad. La razón de esto es que, como se vio, la objetividad está dada por la definición de criterios de escogencia que reflejen una justificación fundamentada en lo que requiere la entidad.

**2.3. El principio de planeación y los estudios previos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: aplicación a la contratación directa**

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[[15]](#footnote-15).

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. 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.

En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo […]».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. La realización de un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial se refiere a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, y si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, cuando apliquen, entre otros.

Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio. Por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar y adelantar un proceso de selección de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. Por ello, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. De igual forma, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir. Lo anterior con el fin de diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo.

En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía».

La Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

El Consejo de Estado, se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado, que no sea mayor ni menor. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[16]](#footnote-16).

Así, previo al cumplimiento de las obligaciones de carácter presupuestal, la entidad deberá fijar el presupuesto oficial del proceso, para que los interesados en presentar una oferta no hagan ofrecimientos que superen el valor con el que cuenta la entidad para pagarle al contratista por el respectivo bien o servicio, no solo porque la entidad no cuente con recursos disponibles para cubrir esa diferencia, sino porque fue el valor que arrojó el estudio del mercado.

 Como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista, para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva que se estudió a profundidad en el numeral 2.2 de este concepto, determinan lo relacionado con los estudios previos para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad.

De las consideraciones anteriores, es claro que las entidades públicas con la elaboración de los estudios previos sustentan los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar. Entonces, surge el interrogante de cuando se trata de convenios interadministrativos, en el que dos entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, ¿cuál de las dos entidades públicas debe elaborar los estudios previos que sustentan la contratación referida?

En este caso en particular, conviene precisar que las normas que regulan la contratación estatal, concretamente, el Decreto 1082 de 2015, no resolvieron este asunto, puesto que el artículo 2.2.1.1.2.1.1. hace referencia a entidades estatales sin determinar particularmente, en el caso de contratos o convenios interadministrativos, la entidad que debe asumir la obligación de elaborar los estudios previos. Sobre este aspecto, esta Agencia se pronunció, en concepto identificado con radicado de entrada No. 4201814000005014 de 14 de agosto de 2018, señalado lo siguiente:

Debido a que el convenio interadministrativo supone aunar esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, las Entidades Estatales podrán elaborar de manera conjunta los estudios previos y suscribirlos de igual forma […].

[…]

En este sentido, dado que en los convenios interadministrativos no es determinable quien es la entidad contratante o contratista, la elaboración del proceso de contratación y por ende de los documentos contractuales deberá ser desarrollada por cada entidad estatal parte del convenio interadministrativo, sin perjuicio de que se apoyen en esa labor o los elaboren y suscriban de manera conjunta.

En esa oportunidad la Agencia señaló que frente a los convenios interadministrativos, en los que las entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, donde no sería determinable establecer quién actúa como «contratante» y como «contratista» la elaboración de los estudios previos correspondería realizarlos a cada entidad estatal, sin perjuicio de que los elaboraran conjuntamente.

Sin embargo, si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los contratos o convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como contratante y la que lo hace como contratista[[17]](#footnote-17).

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como contratante sea quien elabore los estudios previos. En este sentido, el artículo indiciado prescribe:

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

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.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.

8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía. ​​

Lo postura anterior, que sostiene esta Subdirección, no implica desconocer la problemática subyacente al tema bajo análisis, sino que precisamente da cuenta de que este asunto no tiene una regulación o solución precisa en las normas que rigen la contratación estatal en Colombia. De esta manera, la solución propuesta también se soporta además en un argumento de orden práctico, esto es, en las prácticas de gestión contractual pública de las entidades estatales, quienes consensualmente acuerdan, al momento de tramitar el proceso de contratación de un contrato administrativo, que la entidad que tiene la necesidad de contratación o asume la posición de contratante es la que elabora los estudios previos.

**3. Respuesta**

«Frente a la suscripción de los contratos o convenios interadministrativos regulados por los Artículo 95 de la Ley 489 de 1998, así como la causal de contratación directa del Artículo 2 numeral 4 literal c de la Ley 1150 de 2007, solicito se resuelva la consulta respecto a, si es necesario que las dos entidades convinientes realicen estudios y documentos previos por separado frente a la suscripción de determinado convenio o si por el contrario, basta con que solo una entidad realice la elaboración de los estudios y documentos previos para entender surtido y agotados el pleno de los requisitos previos a la suscripción del correspondiente interadministrativo».

De acuerdo con las consideraciones anteriores, conviene precisar que las normas que regulan la contratación estatal, concretamente, el Decreto 1082 de 2015, no resolvieron este asunto, puesto que el artículo 2.2.1.1.2.1.1. hace referencia a entidades estatales sin determinar particularmente, en el caso de contratos o convenios interadministrativos, la entidad que debe asumir la obligación de elaborar los estudios previos. Sobre este aspecto, esta Agencia se pronunció, en concepto identificado con radicado de entrada No. 4201814000005014 de 14 de agosto de 2018, señalado lo siguiente:

Debido a que el convenio interadministrativo supone aunar esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, las Entidades Estatales podrán elaborar de manera conjunta los estudios previos y suscribirlos de igual forma […].

[…]

En este sentido, dado que en los convenios interadministrativos no es determinable quien es la entidad contratante o contratista, la elaboración del proceso de contratación y por ende de los documentos contractuales deberá ser desarrollada por cada entidad estatal parte del convenio interadministrativo, sin perjuicio de que se apoyen en esa labor o los elaboren y suscriban de manera conjunta.

En esa oportunidad, la Agencia señaló que frente a los convenios interadministrativos en el que las entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, donde no sería determinable establecer quién actúa como «contratante» y como «contratista» la elaboración de los estudios previos correspondería realizarlos a cada entidad estatal, sin perjuicio de que los elaboraran conjuntamente, postura que se ratifica en esta ocasión.

Sin embargo, si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los contratos o convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como contratante y la que lo hace como contratista.

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como contratante sea quien elabore los estudios previos.

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 BallestasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual de la ANCP ‒ CCE |

1. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1. Se denominan entidades estatales:

»a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

»b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos». [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicado No. 15.305. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Sentencia del 20 de febrero de 2006. Radicado No. 1.727. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2015. Exp. 29.201. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: «La selección de contratistas será objetiva.

»Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

»Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación».

»El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

»En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización». [↑](#footnote-ref-11)
12. ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

[…]

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

[…] [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín: La selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-14)
15. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, 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-15)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de octubre de 2019. Rad. 25000232600020110100201(60304). CP: Martha Nubia Velásquez Rico. Entre otras providencias en las que el Consejo de Estado da criterios para identificar qué entidad actúan como contratante o como contratista. [↑](#footnote-ref-17)