**CCE-DES-FM-17**

**CARÁCTER VINCULANTE GUÍAS, MANUALES, CIRCULARES Y DOCUMENTOS TIPO**

[…] esta Agencia ha expedido guías, manuales y circulares externas, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. Esto en la medida en que han sido formulados como instrumentos dirigidos a facilitar las compras y la contratación pública, promoviendo las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad.

Dentro del funcionamiento interno de esta Agencia, los manuales han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado manuales para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Las guías, por su parte, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables, la guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto o la guía para procesos de contratación de obra pública.

**OBLIGATORIEDAD – documentos expedidos por la agencia – guías, manuales y circulares**

[…] lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante circular externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia. Así las cosas, de acuerdo con esta postura, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio o vinculante, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido éste desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

Este enfoque sustantivo o material en relación con la obligatoriedad de las circulares, guías, manuales o documentos tipo se corresponde con las consideraciones de la jurisprudencia del Consejo de Estado al momento de determinar si se está ante un acto de la administración controlable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo.

**GUÍA DE CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA – Obligatoriedad**

La regla de la inalterabilidad es una prohibición que consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en dichos documentos son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad, como expresión de la obligatoriedad de los documentos tipo, se encuentra en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Incluso por vía reglamentaria también quedó consignado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.



Señor

**Omar Martínez Blanco**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C – 615 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CARÁCTER VINCULANTE GUÍAS, MANUALES, CIRCULARES YDOCUMENTOS TIPO / OBLIGATORIEDAD – documentos expedidos por la agencia – guías, manuales y circulares / GUÍA DE CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA – Obligatoriedad |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211111010474 |

Estimada señor Martínez:

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

**1. Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«[…] me dirijo a ustedes con el fin de solicitarles me informen si los documentos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, ya sean circulares, guías o manuales son de obligatorio cumplimiento para las entidades que usan ya sea la plataforma SECOP II o estén obligados a contratar por la Ley 80 de 1.983.

En particular en el documento "Guía para Procesos de Contratación de obra pública" en el literal "B. Factor de calidad en la etapa de selección del Proceso de Contratación" en la página 20 se establece que: Finalmente, la Entidades Estatales deben abstenerse de ponderar como calidad de la obra los siguientes

criterios:

Calificación de los programas de trabajo.

Cronograma de obra.

Programas de inversión.

Diligenciamiento de los formatos de análisis de precios unitarios - APU -.

Las calidades del personal (mayor tiempo de experiencia, mayores logros académicos o mayor disponibilidad de tiempo).

Sanciones o multas.

Apoyo a la industria nacional.

Cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas de la obra.

Programas de manejo ambiental obligatorios por el objeto a contratar.

Porcentaje solicitado como anticipo.

Visita de obra».

**2. Consideraciones**

Para resolver el interrogante planteado se analizarán los siguientes temas: i) carácter vinculante de las guías, manuales y circulares expedidas por Colombia Compra Eficiente, ii) alcance y vigencia de la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública* tras la implementación de los documentos tipo obligatorios Para desarrollar estos puntos, se reiterarán algunos de los argumentos expuestos en los conceptos C-124 de 5 de abril de 2021, C-451 de 31 de agosto de 2021 y C-519 de 23 de septiembre de 2021, en los que se estudió el tema de la obligatoriedad de los documentos expedidos por parte de esta entidad.

**2.1. Carácter vinculante de las guías, manuales y circulares expedidas por Colombia Compra Eficiente**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, como órgano técnico especializado encargado de la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, de conformidad con la facultad atribuida por el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 para «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas». En concordancia con esto, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

En ejercicio de estas competencias la Agencia ha expedido diferentes guías, manuales y circulares externas, los cuales pueden ser calificadas como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. Esto en la medida en que han sido formulados como instrumentos dirigidos a facilitar las compras y la contratación pública, promoviendo las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad. Con todo, es importante resaltar que el Decreto Ley 4170 de 2011 no contiene de manera expresa los vocablos guía o manual. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015, a pesar de que se refiere de forma expresa a los manuales y guías, no distingue o precisa el concepto de cada uno[[1]](#footnote-1). Bajo estas denominaciones, y otras como instructivos y protocolos, muchas entidades del Estado han adoptado herramientas e instrumentos para definir criterios técnicos, fijar procedimientos, estandarizar procesos y establecer metodologías, no existiendo un significado unívoco que defina cada una de estas categorías[[2]](#footnote-2).

Dentro del funcionamiento interno de esta Agencia, los *manuales* han sido entendidos como documentos que tratan de manera general aspectos fundamentales y elementales de un tema. Su contenido tiende a ser teórico y su finalidad es aclarar los puntos más importantes del asunto abordado. Por ejemplo, la entidad ha elaborado *manuales* para determinar y verificar los requisitos habilitantes o para el manejo de los acuerdos comerciales en los procesos de contratación.

Por su parte, las *guías*, se han entendido como documentos técnicos que indican generalmente un procedimiento sobre cómo deben operarse ciertos temas por parte de los partícipes del Sistema de Compra Pública. Así, por ejemplo, se han expedido guías de compras públicas socialmente responsables, la guía para la liquidación de los contratos estatales, la cual fija un procedimiento para el efecto o la guía para procesos de contratación de obra pública, sobre la que versa su consulta.

Sobre el carácter vinculante del contenido de los guías, manuales y circulares expedidas por Colombia Compra Eficiente han existido diferentes posturas, una en la que prima un *enfoque formal* y otra que obedece a un *enfoque sustantivo*. Esta Agencia en el marco del ejercicio de las funciones antes mencionadas, ha sostenido uno y otro enfoque, en diferentes momentos, por las razones que se explican a continuación.

 En el año 2016, para la expedición de los guías, manuales y demás instrumentos de buenas prácticas contractuales, la Agencia asumió un criterio según el cual estos documentos solo eran obligatorios cuando se adoptaban mediante una circular externa. Esto por cuanto, las circulares externas, al tener la naturaleza de actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial. En este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adoptaren mediante una circular externa, o cualquier otro acto administrativo vinculante, eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública[[3]](#footnote-3), de manera tal que, si las entidades estatales se apartaban de esas buenas prácticas tenían una carga de argumentación que debía quedar consignada de manera expresa en los documentos del proceso.

De acuerdo con este criterio, la obligatoriedad de las directrices, pautas, lineamientos u orientaciones proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, estaba determinada por la forma o instrumento mediante la cual se adoptaba. Esto suponía que las circulares externas eran normas de obligatorio cumplimiento, amparadas en el principio de legalidad, mientras que directrices adoptadas bajo la forma de una guía o manual, de no ser adoptadas mediante circular externa, eran meramente facultativas, dado que su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de buenas prácticas administrativas.

Posteriormente, en el 2017, la Agencia asumió una interpretación diferente sobre el carácter obligatorio de los instrumentos expedidos por la entidad, en la que prima un criterio sustantivo, con independencia de la forma o instrumento que se use para adoptar la directriz o conjunto de directrices. De acuerdo con este enfoque, el carácter obligatorio del respectivo instrumento está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto al que se refiere el documento.

En el marco de este enfoque sustantivo, lo que define la obligatoriedad de un determinado instrumento que expida esta entidad no es que se adopte mediante circular externa, sino que su contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Esto comoquiera que esta postura se erige sobre el argumento de que la concurrencia de todos los elementos esenciales de un acto administrativo general[[4]](#footnote-4), entre estos la atribución de competencia –elemento subjetivo–, serían los que determinarían la posibilidad de que un instrumento jurídico elaborado por esta Agencia –como una guía, un manual o una circular externa, genere efectos jurídicos obligatorios para sus destinatarios.

Estos actos administrativos expedidos por Colombia Compra Eficiente, en atención a una atribución particular de competencia, cumplen la función de darle especificidad al marco jurídico reglamentario, de lo que se deriva su carácter vinculante, distinto de lo que sucede con los instrumentos expedidos en desarrollo de la función de difusión normativa dispuesta en el artículo 3-2 del Decreto 4170 de 2011[[5]](#footnote-5). Esto por cuanto, tales instrumentos, con la naturaleza de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, tienen la finalidad de concretar, detallar y facilitar la aplicación de las normas a las que están subordinadas, de forma que sea posible su aplicación.

Este enfoque sustantivo o material sobre la obligatoriedad de los documentos expedidos por esta Agencia con destino a los actores del Sistema de Compra Pública, es concordante con la interpretación que el Consejo de Estado ha dado al alcance de las competencias para expedición de *guías, manuales, pliegos tipo* y *minutas tipo*, atribuida por el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 –compilado en el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015–. En la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida en el marco de la resolución de una pretensión de nulidad simple presentada contra el artículo 159 *ibídem,* la Sección Tercera del referido alto tribunal manifestó:

«La doctrina las llama normas reglamentarias de segundo o tercer grado, “cuando se expiden con sujeción a un reglamento de la ley o de otro reglamento. Se da así un escalonamiento o cadena de normas reglamentarias, con tantos grados o niveles como sea posible en la estructura jerárquica y territorial del Estado” , reservando los reglamentos de primer grado, a aquellos que frente a la ley, profiere el presidente de la República en ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y a los proferidos por las demás autoridades a las que constitucionalmente se les atribuyó también la posibilidad de reglamentar directamente la ley.

Es claro entonces, que en la pirámide normativa que compone el régimen jurídico estatal, en cuya cúspide se halla la Constitución Política, además de la ley, que le sigue en orden y de los decretos reglamentarios, que se hallan a continuación, existe una miríada de normas de carácter general que son de inferior categoría, y que van descendiendo en la medida en que son proferidas por autoridades ubicadas en niveles administrativos inferiores y que, por lo tanto, van quedando sujetas a aquellas jerárquicamente superiores. Se reitera así mismo, que un acto administrativo de carácter general, lo será en la medida en que contenga unas disposiciones, reglas o normas objetivas, impersonales y abstractas, a las que deban ajustarse los destinatarios indefinidos e indeterminados de la respectiva disposición.

Siempre que responda a las características anotadas, un acto administrativo de carácter general puede revestir distintas formas, tales como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, circulares, etc. En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades.

[…]

La Sección Tercera del Consejo de Estado no ha sido ajena al reconocimiento de la obligatoriedad que, en general, revisten los distintos manuales expedidos por las entidades estatales en el ámbito de su propia actuación, puesto que se ha considerado como un elemento de juicio fundamental, a tener en cuenta en el juzgamiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, para efectos de deducirla o no, respecto de las entidades demandadas y de determinar la responsabilidad personal de los servidores públicos, en la acción de repetición entablada por aquellas en su contra, dependiendo del acatamiento o vulneración de las normas de conducta que les eran exigibles a las entidades y sus funcionarios, contenidas en los diversos manuales, conformados por normas generales, impersonales y abstractas que deben ser acatadas por sus destinatarios

[…]

[L]a Sala que, en relación con los manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente, en cuanto los mismos contengan disposiciones que resulten de obligatorio cumplimiento para aquellas entidades a las que están dirigidos, los mismos sin duda constituyen actos administrativos de carácter general, susceptibles, por lo tanto, de ser controlados judicialmente por esta jurisdicción especializada en cuanto a su legalidad».[[6]](#footnote-6)

De acuerdo con lo expuesto, surge como corolario que, con independencia de la forma que adopte la directriz, el carácter de los documentos expedidos por esta Agencia, está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto. En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de estos instrumentos no es que se adopte mediante una forma particular, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública, en atención que el objeto misional de esta entidad se encuentra asociado al asunto por regular[[7]](#footnote-7).

Al no depender la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente de la forma mediante la cual se adopten, el contenido de documentos como guías, manuales o circulares podrá ser de obligatoria observancia, o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, esto dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no serán de aplicación forzosa, puesto que sus efectos estarán limitados a la finalidad de servir de pautas generales de aplicación de normas generales. Esto en el marco de las funciones de difusión o compendio de normas, lo que significa que no tendrán fuerza obligatoria para sus destinatarios.

**2.2. Alcance y vigencia de la Guía para Procesos de Contratación de obra pública después de la implementación de los documentos tipo de carácter obligatorio**

De acuerdo con lo anterior, esta Agencia expidió la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública,* cuyo contenido consiste en una serie de orientaciones en torno al desarrollo de Procesos de Contratación, específicamente, de obra pública. El documento realiza una explicación delas etapas precontractual y de ejecución, refiriéndose además a distintos aspectos de importancia en este tipo de procesos, como, por ejemplo, el factor de calidad en la evaluación.

En el numeral IV, literal B de la guía se hacen una serie de precisiones sobre las nociones de *Calidad*, *Indicadores de calidad*, *Medida de calidad*, *Método de calidad*, *Sistema de control de calidad*, *Características técnicas mínimas*, entre otros conceptos técnicos asociados a la evaluación de la calidad de las obras civiles[[8]](#footnote-8). A partir de las precisiones conceptuales realizadas sobre estas categorías, la Agencia formula una serie de recomendaciones referidas a la etapa de planeación –numeral IV, literal A– y otras referidas a la etapa de selección –numeral IV, literal B‒, en lo relacionado con la formulación de criterios para evaluar la calidad.

En lo relacionado con la etapa de selección, la guía, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, comienza por explicar cómo el deber de selección objetiva en los procesos de obra pública supone la evaluación de la calidad mediante «(a) la ponderación los elementos de calidad y precio que representan la mejor relación costo-beneficio o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o formulas». De igual forma, la guía realiza algunas recomendaciones referidas a la evaluación del factor de calidad, que sugieren unos criterios que técnicamente resultan adecuados para evaluar la calidad de las obras, por ser los que aportan mayor calidad a la obra, además de ser los que mejor garantizan una selección objetiva en este tipo de procesos de selección.

En igual sentido, la guía en la página 20 enlista una serie de criterios respecto de los que advierte «[…] las Entidades Estatales deben abstenerse de ponderar como calidad de la obra». Entre estos se incluyen la Calificación de los programas de trabajo, Cronograma de obra, Programas de inversión, Diligenciamiento de los formatos de análisis de precios unitarios - APU -, Sanciones o multas, Apoyo a la industria nacional, entre otros a los que expresamente se alude en la consulta. La razón por la que se sugiere no utilizar este tipo de mecanismos, comúnmente utilizados por algunas entidades estatales para evaluar la calidad en los procesos de selección, es que estos no responden al criterio de calidad a la que se refiere el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, por lo que no resulta adecuado emplearlos en la evaluación.

 Sin perjuicio de lo anterior, en concordancia con las consideraciones expuestas *ut* *supra* en torno al carácter vinculante de los instrumentos expedidos por esta Agencia, debe precisarse que la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública* fue expedida, en ejercicio de las competencias para desarrollar «[…] mecanismos de apoyo para los partícipes del Sistema de Compra Pública» y «difundir normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para el sistema», tal como se indica en la introducción de dicho documento. Esto indica que las recomendaciones establecidas en esta guía no se hacían en ejercicio de ninguna competencia específica para realizarlas, razón por la que, conforme a lo explicado*,* no tenían carácter vinculante.

 También debe destacarse que las pautas y orientaciones formuladas en la guía mencionada, se hicieron sobre la base de que, las competencias para planear y desarrollar los procesos de contratación suponen, mayormente, el ejercicio de facultades discrecionales, por lo que existe un amplio margen de configuración del contenido del pliego de condiciones para las entidades estatales, lo que les permite implementar los criterios de calidad que consideren más adecuados. Sin embargo, este panorama fue alterado por la irrupción en el marco jurídico de los documentos tipo obligatorios, a partir del año 2019, con la expedición de las Leyes 1882 de 2018[[9]](#footnote-9) y 2022 de 2020[[10]](#footnote-10).

 En ejercicio de las competencias y facultades derivadas de estas normas, el gobierno nacional y esta Agencia emprendieron el proceso para estandarizar requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia, así como sistemas de evaluación, en procesos de contratación públicos, con especial aplicación en los procesos de obra pública. Los documentos tipo expedidos en virtud de estas normas tienen la particularidad de tener carácter vinculante para las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, razón por la que están obligadas a aplicarlos para desarrollar los procesos de contratación cuyo objeto y modalidad de selección se encuentre sometida a algún documento tipo. Enel contenido de estos documentos tipo se encuentra, por ejemplo, los criterios que pueden ser utilizados por las entidades estatales en los procesos de contratación para evaluar el factor de calidad, los que, a diferencia de los señalados en la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública,* sí tienen carácter obligatorio.

Si bien actualmente la contratación mediante documentos tipo no es una regla general respecto de todos los objetos contractuales sobre los que versan los procesos de contratación pública, a la fecha existen una variedad de obras públicas regidas por este tipo de documentos, siendo este uno de los objetos que las entidades estatales más suelen contratar, demandando además una gran cantidad de recursos públicos. Es por esto que hasta ahora se han expedido documentos tipo que abarcan obras públicas en los sectores de infraestructura de transporte, infraestructura de agua potable, saneamiento básico e infraestructura social –educación, salud, cultura, recreación y deporte–. La expedición de documentos tipo para objetos y modalidades de contratación relacionados con estos sectores, supone la aplicación forzosa de las reglas y criterios establecidos en su contenido para desarrollar el proceso de contratación[[11]](#footnote-11).

El contenido de estos documentos además se rige por una regla de inalterabilidad, la cual consiste en una prohibición dirigida a las entidades estatales, en virtud de la cual estas no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo[[12]](#footnote-12). En consecuencia, las condiciones establecidas en dichos documentos son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, quienes no pueden variar los requisitos fijados en ellos.

 En ese sentido, en cuanto al papel de las entidades estatales en el desarrollo del proceso de contratación, la implementación de los documentos tipo obligatorios se traduce en una ostensible reducción de su discrecionalidad para configurar los criterios de evaluación[[13]](#footnote-13). Esto se manifiesta, por ejemplo, en materia de factor de calidad, en que las entidades tienen vedado incluir factores de evaluación establecidos en el respectivo pliego tipo, pues esto supondría una desatención del carácter obligatorio de los documentos tipo expedidos por esta Agencia, derivado de lo dispuesto por el legislador en las Leyes 1882 y 2022 de 2020.

 Tal limitación para la configuración de criterios de evaluación, en lo que respecta al contenido *Guía para Procesos de Contratación de obra pública,* permite ilustrar cómo la mayoría de las consideraciones de la guía han perdido actualidad y aplicación por modificaciones en el marco jurídico vigente. Esto comoquiera que, en procesos de selección regidos por documentos tipo, no resultan aplicables las pautas formuladas en torno a los criterios que se deben o no incluir para evaluar el factor de calidad, toda vez que aquí las entidades deben regirse por lo establecido en el documento tipo[[14]](#footnote-14).

 Debido a esto, en el entendido de que el contenido de la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública* no se encuentra conforme al marco jurídico vigente, esta Agencia decidió retirar este instrumento de la oferta institucional de guías y manuales disponibles en la página web de la entidad[[15]](#footnote-15). No obstante, en lo que respecta a la aplicación de los factores de evaluación establecidos en los documentos tipo, y en general sobre la aplicación de los mismos, Colombia Compra Eficiente ha venido desarrollando nuevas guías, como, por ejemplo: i) la *Guía documentos tipo de licitación pública infraestructura de transporte,* ii) *la Guía documentos tipo de selección abreviada infraestructura de transporte versión,* iii) la *Guía de documentos tipo de mínima cuantía, y i*v) la *Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte bajo las diferentes modalidades de contratación vigentes,* todas estas disponibles en el portal web de la Agencia.

Por tanto, para efectos de responder su consulta, es posible concluir, por un lado, que la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública*, no tienen carácter obligatorio o vinculante, pues no cumple con el referido criterio sustantivo, toda vez que dicha guía no fue expedida en virtud de ninguna competencia legal o reglamentaria específica para adoptarla, por lo que no constituye un acto administrativo de carácter general de carácter obligatorio. De otra parte, la ausencia de fuerza vinculante de las pautas de la referida guía –especialmente de las del literal B del numeral IV– en la actualidad también se sustenta en el cambio de marco jurídico ocurrido de manera sobreviniente a su expedición, como consecuencia de la implementación de los documentos tipo obligatorios, con ocasión de la expedición de las Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020.

**3. Respuesta**

«[…] me dirijo a ustedes con el fin de solicitarles me informen si los documentos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, ya sean circulares, guías o manuales son de obligatorio cumplimiento para las entidades que usan ya sea la plataforma SECOP II o estén obligados a contratar por la Ley 80 de 1.983

En particular en el documento "Guía para Procesos de Contratación de obra pública" en el literal "B. Factor de calidad en la etapa de selección del Proceso de Contratación" en la página 20 se establece que: Finalmente, la Entidades Estatales deben abstenerse de ponderar como calidad de la obra los siguientes

criterios:

Calificación de los programas de trabajo.

Cronograma de obra.

Programas de inversión.

Diligenciamiento de los formatos de análisis de precios unitarios  - APU -.

Las calidades del personal (mayo

r tiempo de experiencia, mayores logros académicos o mayor

disponibilidad de tiempo).

Sanciones o multas.

Apoyo a la industria nacional.

Cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas de la obra.

Programas de manejo ambiental obligatorios por el objeto a contratar.

Porcentaje solicitado como anticipo.

Visita de obra».

Con base en las consideraciones expuestas, es posible concluir que esta Agencia ha expedido guías, manuales y circulares externas, los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública. Esto en la medida en que han sido formulados como instrumentos dirigidos a facilitar las compras y la contratación pública, promoviendo las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad, tales como, *guías, manuales* y *circulares.*

 De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el carácter vinculante de estos instrumentos está determinado por un criterio sustantivo o material, según el cual los documentos mencionados son obligatoriossiempre que sean expedidos con fundamento en una norma de rango legal o reglamentario, que otorgue competencia a Colombia Compra Eficiente. Esto debido a que, atribuciones de competencia en este sentido permiten predicar del respectivo instrumento el elemento subjetivo del acto administrativo, encuadrándolo como un acto administrativo de carácter general con la función de desarrollar el marco jurídico al que se encuentra subordinado, de lo que surge su carácter obligatorio. Este es el caso del manual de uso de los acuerdos marco de precios, los manuales y guías para la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones y el manual o guía para el uso del clasificador de bienes y servicios.

Distinto es el caso de los *manuales, guías o circulares* que se expidan sin una competencia legal o reglamentaria, diferente de la genérica contenida en el Decreto Ley 4170 de 2011, que confiera a esta Agencia la facultad para su adopción, como ocurre con los manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo, la guía para la determinación de la capacidad residual o la guía para procesos de contratación de obra pública. Estos instrumentos o herramientas quedan en el ámbito de normas de apoyo y de buenas prácticas para los partícipes del Sistema de Compra Pública, de donde no se puede derivar obligatoriedad.

De este modo, queda claro que la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga.

De acuerdo con esto, en cuanto al interrogante específicamente relacionado sobre el alcance de lo dispuesto en el numeral IV, literal B de la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública*, se advierte que esta no tiene carácter obligatorio, por lo que su aplicación es facultativa. Esto comoquiera que la misma no cumple con el criterio sustantivo explicado, al no haber sido expedida en desarrollo de una competencia específicamente atribuida para su expedición.

Tal ausencia de carácter vinculante en el alcance de la referida guía, además se sustenta en la irrupción en el marco jurídico de la contratación estatal de los documentos tipo obligatorios, con ocasión de la expedición de las Leyes 1882 de 2018 y 2022. De estas normas se derivan unas facultades conferidas a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la expedición de documentos tipo con carácter obligatorio, en lo relacionado con requisitos habilitantes, factores técnicos-económicos de escogencia y sistemas de ponderación. En atención a estas facultades, en los documentos tipo se estandarizan unos criterios para la evaluación del factor de calidad, los cuales tienen el carácter de inalterables, por lo que las entidades estatales deben limitarse a aplicarlos en sus procesos de contratación, de acuerdo con las reglas establecidas en el pliego, absteniéndose en todo caso de incluir factores de evaluación diferentes de los estandarizados. Por tanto, el contenido de la *Guía para Procesos de Contratación de obra pública* ya no se encuentra conforme al marco jurídico vigente, por lo que la Agencia decidió retirar dicho instrumento de la oferta institucional de guías y manuales disponibles en la página web de la entidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. «**Artículo 2.2.1.2.5.2.**Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el [Decreto-Ley 4170 de 2011​](http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2011/Documents/Noviembre/03/dec417003112011.pdf) le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

1.    Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.

2.    Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determi­nación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios. (Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente:  MARÍA ADRIANA MARÍN.)

3.    Pliegos de condiciones tipo para la contratación. (Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente:  MARÍA ADRIANA MARÍN.)

4.    Minutas tipo de contratos. ​​(Numeral declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019 (exp. 52.055) Consejera Ponente:  MARÍA ADRIANA MARÍN.)​ [↑](#footnote-ref-1)
2. Por ejemplo, para Colciencias los manuales «son instrumentos administrativos que se elaboran para determinar en forma explícita, ordenada y sistemática información sobre objetivos, políticas, atribuciones, organización y procedimientos de los órganos de una institución. Se caracterizan por desarrollar criterios generales sobre un tema estratégico y en su mayoría, referencian procedimientos, guías, instructivos, modelos y formatos». Mientras que las guías son «documentos que contienen orientaciones acerca de la forma como se desarrolla una metodología relacionada con los procedimientos de la entidad»: https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/ckeditor\_files/G102PR01-procedimiento-elaboracion- control.pdf

 Para la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales los manuales y guías «son documentos técnicos a través de los cuales se estandarizan y se definen criterios y procedimientos de una actividad específica. A través de ellos se indican enfoques, lineamientos, se definen instructivos y se detallan los pasos que deben seguir quienes desarrollan una actividad determinada. El propósito de esta herramienta es el de permitir que las autoridades o a cualquier otro organismo equivalente haga más efectiva su gestión y documente sistemáticamente los criterios considerados durante los procesos de toma de decisiones»: <http://portal.anla.gov.co/manuales-y-guias> [↑](#footnote-ref-2)
3. La Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: “Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf> [↑](#footnote-ref-3)
4. El Consejo de Estado estudió la naturaleza jurídica de los actos administrativos, entre ellos sus elementos como son: la competencia, objeto, forma, causa y finalidad, por lo que reunidos forman un acto administrativo. En relación con este punto, el Consejo de Estado ha manifestado: «Los elementos de validez a los que hace alusión la jurisprudencia cuyo desconocimiento acarrea la nulidad del acto administrativo son: i) los sujetos, diferenciados entre activo o quien expide el acto y quien debe gozar de competencia y voluntad para emitirlo, y el pasivo, esto es, sobre quien recaen sus efectos, ii) el objeto o contenido del acto que determina la situación jurídica que se va a afectar con este, que en todo caso debe ser lícito, posible y existente, iii) los motivos o razón de hecho o de derecho determinantes que impulsaron la emisión del acto, iv) los fines o lo que la administración pretende alcanzar con la expedición del acto administrativo, que debe ser el interés general, y v) la formalidad, concepto que encierra indistintamente los de procedimiento, forma y formalidad. Así, el primero indica que para expedir el acto debe seguirse un trámite determinado, el segundo señala que debe ser expedido de acuerdo con su contenido y alcance ya sea mediante leyes, resoluciones, acuerdos, etc., y el tercero advierte los requisitos que debe acatarse para la expedición». Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2018, Radicado No. 110010325000201601071, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al resolver una solicitud de suspensión provisional, presentada en el marco de un proceso de nulidad simple contra la Circular Externa 01 de 2013 expedida por esta Agencia, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente sobre la funciones de difusión normativa atribuidas a esta Agencia: «[T]ampoco advierte de manera preliminar esta judicatura elementos de juicio suficientes que le lleven a considerar que en el *sub judice* ocurrió una violación a la potestad reglamentaria de la que es titular el Presidente de la República como lo pregona el artículo 189.11 de la Carta, pues tiene averiguado provisoriamente que, además de que la obligación de informar no parece haber surgido con ocasión de la expedición de la Circular Externa 01 de 2013 acá demandada, se cuenta con una base jurídica mínima que apoya la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Estatal para su expedición pues se sabe que esa Agencia, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales y ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de *políticas públicas*, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública (…)”, según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional». Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 14 de agosto de 2017, Radicación 11001-03-26-000-2017-00031-00, (58820), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de abril de 2019, Radicado No. 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055), C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-6)
7. En línea con lo anterior, esta Agencia señaló en el concepto del 30 de diciembre de 2019 –radicado de entrada 4201913000008497 y radicado de salida: 2201913000009739–, que: «De conformidad con la concepción acogida por la entidad, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedida por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma con la que se adopten, sino de la existencia de una competencia legal o reglamentaria que faculte a la entidad para expedir la respectiva guía, manual, circular o documento tipo, y que este pueda ser considerado un acto administrativo, por reunir todos sus elementos». [↑](#footnote-ref-7)
8. En la página 13 de la guía, por ejemplo, se realizan las siguientes precisiones: «Definición de calidad: según su sentido natural y obvio, calidad es “la propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie”4 . En cuanto a la ejecución de obras civiles, la calidad debe ser entendida en sus acepciones del campo de la Ingeniería como: “1) el grado de excelencia de un producto o servicio. 2) El grado en el que un producto o servicio satisface las necesidades de un cliente especifico. 3) El grado de conformidad de un producto o servicio con un requerimiento dado”.

»Según esas definiciones, la calidad está relacionada con: (i) la conformidad del producto con sus especificaciones o requerimientos y (ii) la satisfacción de la necesidad, por lo cual, es importante que las Entidades Estatales definan adecuadamente las propiedades que debe tener el producto final y la forma en que deben ser medidas o comprobadas.

»Características o indicadores de calidad6 : son las características de un producto que pueden ser objeto de medición y que definen la conformidad del bien con un requerimiento previo. Las características deben ser medibles en un procedimiento de control de calidad. Por ejemplo, si en un proceso de construcción de una vía la Entidad Estatal requiere que el asfalto sea durable, debe establecer como característica de calidad las propiedades del asfalto que garantizan la durabilidad». [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

»La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

»Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional».

 [↑](#footnote-ref-9)
10. «Artículo 4º. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. PARÁGRAFO 7º. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública. Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. (…)» [↑](#footnote-ref-10)
11. Todos los documentos tipo vigentes en la actualidad puede ser consultado en: <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo> [↑](#footnote-ref-11)
12. El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad, como expresión de la obligatoriedad de los documentos tipo, se encuentra en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Incluso por vía reglamentaria también quedó consignado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. Díaz Díez, Cristian Andrés. Documentos tipo obligatorios: ¿supresión de la potestad discrecional para la confección del pliego de condiciones?”, Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020, pp. 127-159 [↑](#footnote-ref-13)
14. Esto sin perjuicio de que, en los procesos en los que no resulte forzosa la aplicación de documentos tipo, las entidades estatales puedan, en ejercicio de su autonomía contractual y discrecionalidad administrativa, aplicar los documentos tipo como buena práctica contractual, sin que ello implique condicionar o eliminar su discrecionalidad para incorporar factores de evaluación diferentes. [↑](#footnote-ref-14)
15. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias> [↑](#footnote-ref-15)