**SELECCIÓN DE CONTRATISTA** **– Procedimiento reglado – Etapas – Términos – Perentorios – Preclusivos**

Para adquirir bienes y servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlo. Las principales normas son: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista─; y los artículos 2.2.1.1.2.1.1. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura – Etapas generales**

En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Asimismo, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas – Observaciones**

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones −numeral 7−, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes.

A este respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3. Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de realizar la evaluación de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor evaluadora.

Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos hipótesis: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de 5 días hábiles, según lo prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho».

En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Licitación de obra pública – Audiencia de adjudicación**

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la audiencia efectiva de adjudicación, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: primero, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el informe final de evaluación. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al informe de evaluación, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al informe final de evaluación, es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el informe de evaluación –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el informe de evaluación, pese a que el mismo se cerró al expedir el informe final de evaluación y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el informe final de evaluación, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

Segundo, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, tercero, a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe proceder a establecer el orden de elegibilidad y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Contratista de obra – Observaciones – Términos – Respuesta**

[…] Aunque la norma contempla el término para resolver las observaciones presentadas en relación con el informe final de evaluación, en el entendido que dispone que deben resolverse «en la misma» audiencia, lo cierto es que no establece un término para pronunciarse en relación con las observaciones presentadas por los proponentes frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes del proceso.

A juicio de la Agencia Nacional de Contratación tal vacío normativo debe suplirse con la aplicación analógica del término para resolver las observaciones de los proponentes frente al informe final de evaluación, habida cuenta de que se trata de la misma diligencia y, en esencia, de una actuación similar, esto es, resolver observaciones de los proponentes. Además, si se tiene en cuenta que el objeto principal de la audiencia es la adjudicación, y que esto no se puede hacer sin haber resuelto las observaciones de los proponentes, resulta imposible materialmente que el término sub lite se extienda más allá de la diligencia.

**OBSERVACIONES – Término de traslado – Ofertas económicas – Proporcionalidad – Razonabilidad**

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al informe final de evaluación, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

[…] Los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. Incluso, en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, se establece como parámetro la razonabilidad […].

**OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad – Límites**

[…] Por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término sub examine no puede exceder los límites legales, pues, como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la discrecionalidad «no es una facultad extralegal», lo que significa que no puede ejercerse de forma ilimitada y desbordando los causes establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en los párrafos anteriores, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la audiencia efectiva de adjudicación, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia.

**OFERTAS ECONÓMICAS – Requisitos habilitantes – Ponderación de factores**

Desde esta perspectiva, resulta ajustado a derecho que las entidades estales ponderen los factores de evaluación de las propuestas cuyos oferentes han cumplido previamente con la totalidad de los requisitos habilitantes. Esto en la medida que, si los interesados no acreditan los últimos, significa que carecen de las aptitudes mínimas necesarias para competir por la adjudicación del contrato, de manera que –por sustracción de materia– no sería necesario calificar los primeros. Dicho criterio puede aplicarse a los procesos de licitación pública, pues –de acuerdo con el artículo 3.12 de la Ley 1437 de 2011– «En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas».

**INFORME DE EVALUACIÓN – Licitación obra pública – Publicación del informe – Oportunidad**

Tratándose de licitaciones para seleccionar contratistas de obra pública, una interpretación estricta del inciso primero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 implicaría publicar el informe de evaluación relacionado con los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre de todos los proponentes, con independencia que estén o no habilitados previamente para participar en el proceso de selección. Lo anterior sería problemático, por ejemplo, tratándose de oferentes que se encuentren bajo causales de inhabilidad e incompatibilidad o que no hayan adjuntado la garantía de seriedad de la oferta, pues en estos casos asignar puntaje por criterios como el factor de industria nacional o la vinculación de personas en situación de discapacidad es inane, ya que no se cumple la totalidad de los requisitos habilitantes. Dado que ya están fuera del proceso de selección, carece de sentido que la entidad deba ponderar factores de evaluación como los mencionados para las observaciones de los demás proponentes. De hecho, lo mas razonable es que estas se realicen sobre

En todo caso, vencido el término para presentar observaciones al informe de evaluación, empieza a correr el plazo para adjudicar el contrato, que hace referencia a la oportunidad que tiene la entidad para seleccionar o escoger la mejor oferta, cuyo término, según el numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es de libre configuración del pliego de condiciones. Durante este lapso se resuelven las observaciones presentadas por los oferentes, es decir, la entidad responderá las observaciones durante esta oportunidad y a más tardar hasta el momento de la adjudicación. La norma anteriormente citada también permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para la adjudicación y para la firma del contrato, pero antes del vencimiento de dichos plazos y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado.

El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para efectuar la adjudicación, y para la firma del contrato, pero dentro de una oportunidad específica, y fijó un tope máximo de tiempo: i) antes del vencimiento de dichos plazos y por «un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado», cuando las necesidades de la Administración lo requieran. Quiere decir, entonces, que las entidades públicas pueden prorrogar el plazo para adjudicar el contrato hasta por la mitad del término inicialmente fijado, es decir, el período señalado en el pliego de condiciones, sin incluir las adendas o modificaciones que con posterioridad se hagan de él, pues el artículo es claro en señalar que se trata del inicialmente fijado, esto es, del que originariamente se estableció

****

Bogotá, 06 Julio 2022

Señor

**Javier Alfonso Valdés Peñaloza**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 414 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SELECCIÓN DE CONTRATISTA ─ Procedimiento reglado – Etapas – Términos perentorios y preclusivos / LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura y etapas generales / LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas y observaciones  LICITACIÓN PÚBLICA – Licitación de obra pública – Audiencia de adjudicación / LICITACIÓN PÚBLICA PARA CONTRATISTAS DE OBRA – Términos para resolver observaciones / TÉRMINO DEL TRASLADO PARA OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad / TÉRMINO DEL TRASLADO PARA OBSERVACIONES – Ofertas económicas – Proporcionalidad y razonabilidad – Límites |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220514004774 |

Estimado señor Valdés:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de mayo de 2022.

1. **Problemas planteados**

De acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, usted plantea cuestiones relacionadas con la evaluación de las ofertas en los procesos de licitación de obra pública. *Por un lado*, respecto al inciso primero, manifiesta que «Varias entidades públicas -en su mayoría- en los procesos de contratación pública, plasman en sus pliegos que, en el informe de evaluación preliminar los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica, únicamente se publican para aquellos proponentes HABILITADOS […]», por lo que solicita «[…] manifestación, concepto, directriz y respuesta de Colombia Compra Eficiente, sobre el tema expuesto».

*Por otra parte*, respecto al inciso tercero, realiza las siguientes preguntas: i) «¿el traslado a que se hace referencia recae ÚNICAMENTE solo sobre los oferentes HABILITADOS?», ii) «¿un oferente que participa en la Audiencia de adjudicación y en esta lo declaran INHABILITADO, no se le corre el traslado de la propuesta económica de aquel o aquellos que están HABILITADOS?», iii) «¿El proponente INHABILITADO en el proceso, no puede ejercer el derecho a presentar observaciones a aquel o aquellos habilitados, sobre su propuesta económica?» y iv) «En el SECOP II, ¿cómo se materializa el traslado para observaciones a la propuesta económica? ¿con la publicación simultánea en el SECOP II, al desencriptar los sobres económicos en la audiencia?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre las etapas de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales en materia contractual. En el Concepto C-201 del 13 de mayo de 2020 lo hizo en relación con las fases o etapas del proceso de selección, y en el Concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524− lo hizo frente a la audiencia de adjudicación en licitaciones púbicas. Los argumentos desarrollados en dichos conceptos fueron desarrollados en los Conceptos C-007 del 4 de mayo de 2020, C-334 del 26 de mayo de 2020 y C-513 del 23 de septiembre de 2021, complementados en lo que tiene que ver con los contratos de obra y el término para presentar observaciones frente a la evaluación de las ofertas económicas durante la audiencia de adjudicación. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran y amplían a continuación.

Para adquirir bienes o servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación reglado, por lo que deben acatarse las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley establece para adelantarlo. Las principales normas son la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección─; así como los artículos2.2.1.1.2.1.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista[[1]](#footnote-2). De esta manera, la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado debe gestionarse, por un lado, dentro de las etapas del proceso contractual, lo cual variará dependiendo de la modalidad de selección de contratistas y, en cierta medida, del objeto del contrato a suscribir, y, por el otro, dentro de los términos establecidos para cada una de esas etapas, bien por la ley, el reglamento o el definido por la entidad contratante.

En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Además, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015.

Por su parte, el numeral 3 señala que dentro de los 10 o 20 días calendario antes de la apertura de la licitación, la entidad debe publicar hasta 3 avisos para invitar a participar en el proceso de licitación. Los avisos deberán publicarse con intervalos de 2 a 5 días calendario entre cada uno, en la página web de la entidad y en el SECOP; en defecto de los mecanismos anteriores, en los pequeños poblados, esta publicación debe realizarse por bando o en los principales lugares públicos, por un término de 7 días calendario, uno de los cuales será en el «día de mercado» de la respectiva población. Además, se debe publicar otro aviso que contendrá la información señalada en el artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015.

De igual manera, debe elaborarse el proyecto de pliego de condiciones con base en el contenido de los documentos y estudios previos que, con anterioridad, estructuró la entidad para justificar la necesidad de la contratación. Los requisitos del pliego se encuentran en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015. Este documento debe publicarse en el SECOP conjuntamente con los estudios y documentos previos, por no menos de 10 días hábiles anteriores a la apertura del proceso de licitación, –artículos 8 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015–.

En armonía con lo anterior, los artículos 2.2.1.1.1.7.1. y 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establecen otra actuación, la de observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que consiste en que, dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones, los interesados en la contratación podrán presentar aclaraciones, comentarios u observaciones respecto del contenido del proyecto de pliego de condiciones. Además, conforme a los tiempos establecidos en el cronograma del proceso contenido en el «aviso de convocatoria» y en el «proyecto de pliego de condiciones», la entidad debe responder, de forma motivada, cada una de las observaciones y publicarlas en el SECOP. Posteriormente, la entidad ajustará el pliego de condiciones, de ser procedente, tomando en cuenta, en lo pertinente, las aclaraciones que fueron solicitadas por los interesados y las observaciones. Debe tenerse en cuenta que las respuestas a dichas observaciones se integran al pliego de condiciones, en tanto precisan su alcance y se constituye en una fuente interpretativa del mismo.

El artículo 30.1 de la Ley 80 establece que el jefe o representante de la entidad ordenará la apertura mediante un acto administrativo, en la forma prevista en el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, y deberá expedirse el pliego de condiciones definitivo. Con este acto de apertura inicia la etapa de licitación propiamente dicha, en la que –previa resolución de las observaciones que se realicen– los interesados podrán presentar ofertas. Esta etapa fue denominada por el legislador como *plazo de licitación,*y alude a la oportunidad que tienen los proponentes para presentar ofertas. Este plazo, según el numeral 5 del inciso del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se computa desde la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y hasta la de su cierre, según lo defina el pliego de condiciones.

Así las cosas, la entidad pública es quien define el término con que contarán los oferentes para preparar y presentar sus ofertas, que deberá, en todo caso, responder a la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. Además, los numerales 4 y 5 de la noma facultan a la entidad para prorrogar este término, pues, de un lado, el numeral 4 permite a la entidad prorrogar este plazo hasta por 6 días hábiles, cuando de la audiencia de que trata este numeral el jefe de la entidad expida las modificaciones a los pliegos; y de otro, el numeral 5 prevé que antes de su vencimiento, y cuando la entidad interesada lo estime conveniente, podrá prorrogarlo por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado, aunque en todo caso no podrán expedirse una adenda dentro de los 3 días anteriores al cierre de la licitación. De todos modos, el término fijado es perentorio y de obligatorio cumplimiento para los oferentes, como se explicará más adelante en el numeral b de este documento.

Es pertinente señalar que en esta etapa de presentación de propuestas se surtirán otras actuaciones. El numeral 4 de la misma disposición establece una de ellas: la audiencia para precisar el alcance de los pliegos de condiciones y de asignación de riesgos. La oportunidad para celebrar esta audiencia es dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo de licitación.

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones conforme al artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de actuar de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor encomendada.

Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos modos de realizar los traslados de los informes correspondientes: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de cinco (5) días hábiles, según lo prevé el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho»[[2]](#footnote-3).

En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco (5) días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el *informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

Es del caso precisar que en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, por disposición del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la oferta estará conformada por dos sobres: en el primero, se deben incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los relacionados con los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje, diferentes a la oferta económica. En el segundo, por otro lado, el proponente tendrá que incluir únicamente la propuesta económica, de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Ahora bien, para efectos del informe respectivo, debe precisarse si la ponderación de los *factores de evaluación* está supeditada o no a la verificación previa de los *requisitos habilitantes*. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, mientras los primeros se relacionan con la idoneidad del oferente desde el punto de vista de requisitos mínimos como la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, los segundos determinan la oferta mas favorable para la Administración desde el punto de vista de los puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones o la ponderación de los elementos que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Los literales a) y b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se refieren a ambos criterios cuando dispone que en el pliego de condiciones «Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección» y «Se definirán 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». Por ello, los *requisitos habilitantes* están vinculados con las calidades del proponente y, en contraste, los *factores de evaluación* se refieren a las condiciones de la oferta[[3]](#footnote-4). Al respecto, la doctrina explica que:

Para lograr una verdadera selección objetiva, el complemento de los factores de mera verificación de cumplimiento o requisitos habilitantes se encuentra en los factores de evaluación o de ponderación. Al respecto, […] estos factores buscan precisamente calificar la oferta y no al oferente, y con base en ellos se determina la oferta más favorable a los intereses de la Administración.

En este sentido, es lógico que sea a estos factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas.

De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que “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”. Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues […] todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual[[4]](#footnote-5).

Desde esta perspectiva, resulta ajustado a derecho que las entidades estales ponderen los *factores de evaluación* de las propuestas cuyos oferentes han cumplido previamente con la totalidad de los *requisitos habilitantes[[5]](#footnote-6)*. Esto en la medida que si los interesados no acreditan los últimos, significa que carecen de las aptitudes mínimas necesarias para competir por la adjudicación del contrato, de manera que –por sustracción de materia– no sería necesario calificar los primeros. Dicho criterio puede aplicarse a los procesos de licitación pública, pues –de acuerdo con el artículo 3.12 de la Ley 1437 de 2011– «En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas»[[6]](#footnote-7).

Tratándose de licitaciones para seleccionar contratistas de obra pública, una interpretación estricta del inciso primero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 implicaría publicar el informe de evaluación relacionado con los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre de todos los proponentes, con independencia que estén o no habilitados previamente para participar en el proceso de selección. Lo anterior sería problemático, por ejemplo, tratándose de oferentes que se encuentren bajo causales de inhabilidad e incompatibilidad o que no hayan adjuntado la garantía de seriedad de la oferta, pues en estos casos asignar puntaje por criterios como el factor de industria nacional o la vinculación de personas en situación de discapacidad es inane, ya que no se cumple la totalidad de los requisitos habilitantes. Dado que ya están fuera del proceso de selección, carece de sentido que la entidad deba ponderar *factores de evaluación* como los mencionados para las observaciones de los demás proponentes. De hecho, lo mas razonable es que estas se realicen sobre las propuestas habilitadas, ya que cualquier solicitud cuya prosperidad afecte el puntaje influye en el orden de elegibilidad.

Por ello, cuando la norma citada dispone que «En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones», resulta jurídicamente válido que se verifiquen los *requisitos habilitantes* de los proponentes y se ponderen los *factores de evaluación* diferentes a la oferta económica de quienes estén habilitados. En todo caso, la entidad también podría evaluar requisitos distintos al componente económico de la oferta cuando el proponente no haya cumplido con la totalidad de los *requisitos habilitantes* y estos admitan la subsanación. En este último evento, la asignación del puntaje estaría condicionada a la verificación de los criterios faltantes. Lo importante es que la entidad podría acoger válidamente cualquiera de estas dos (2) posturas anteriormente mencionadas, pues el objetivo de la norma –de acuerdo con la preclusividad que caracteriza los procesos de selección– es el agotamiento de la discusión sobre estos temas antes de la apertura del sobre 2.

*En todo caso, vencido el término para presentar observaciones al informe de evaluación, empieza a correr el plazo para adjudicar el contrato, que hace referencia a la oportunidad que tiene la entidad para seleccionar o escoger la mejor oferta, cuyo término, según el numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es de libre configuración del pliego de condiciones. Durante este lapso se resuelven las observaciones presentadas por los oferentes, es decir, la entidad responderá las observaciones durante esta oportunidad y a más tardar hasta el momento de la adjudicación. La norma anteriormente citada también permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para la adjudicación y para la firma del contrato, pero antes del vencimiento de dichos plazos y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado.*

*El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para efectuar la adjudicación, y para la firma del contrato, pero dentro de una oportunidad específica, y fijó un tope máximo de tiempo: i) antes del vencimiento de dichos plazos y por «un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado», cuando las necesidades de la Administración lo requieran. Quiere decir, entonces, que las entidades públicas pueden prorrogar el plazo para adjudicar el contrato hasta por la mitad del término inicialmente fijado, es decir, el período señalado en el pliego de condiciones, sin incluir las adendas o modificaciones que con posterioridad se hagan de él, pues el artículo es claro en señalar que se trata del inicialmente fijado, esto es, del que originariamente se estableció.*

*Dentro del plazo para adjudicar el contrato, debe celebrarse la audiencia de* adjudicación, la cual resulta obligatoria en los procesos de licitación pública, por disposición de los artículos 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política. Esta diligencia se hará con participación del jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluación de las ofertas, los proponentes y demás interesados. De la audiencia se levantará un acta en el que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones de esta.

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la *audiencia efectiva de adjudicación*, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, se deben llevar a cabo tres actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el *informe final de evaluación*. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al *informe de evaluación*, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al *informe final de evaluación,* es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el *informe de evaluación* –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el *informe de evaluación*, pese a que el mismo se cerró al expedir el *informe final de evaluación* y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el *informe final de evaluación*, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

*Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, *tercero,* a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe establecer el *orden de elegibilidad* y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal. En efecto, el parágrafo que se comenta establece lo siguiente:

Parágrafo 3. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, *momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad*. (Énfasis fuera de texto)

Como se desprende de la redacción literal de la norma, de la evaluación de la oferta económica solo se corre traslado a los proponentes habilitados, por lo que no está dirigido a quienes carezcan de dicha condición. De esta manera, quienes no cumplan con la totalidad de los requisitos habilitantes y, por tanto, no estén habilitados dentro del proceso de selección, no tienen legitimación para formular observaciones sobre el aspecto económico de las demás ofertas[[7]](#footnote-8). Por lo demás, nótese que, aunque la norma contempla el término para resolver las observaciones presentadas en relación con el *informe final de evaluación*, en el entendido que dispone que deben resolverse «en la misma» audiencia, lo cierto es que no establece un término para pronunciarse en relación con las observaciones presentadas por los proponentes frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes del proceso.

A juicio de la Agencia Nacional de Contratación tal vacío normativo debe suplirse con la aplicación analógica del término para resolver las observaciones de los proponentes frente al *informe final de evaluación*, habida cuenta de que se trata de la misma diligencia y, en esencia, de una actuación similar, esto es, resolver observaciones de los proponentes. Además, si se tiene en cuenta que el objeto principal de la audiencia es la adjudicación, y que esto no se puede hacer sin haber resuelto las observaciones de los proponentes, resulta imposible materialmente que el término *sub lite* se extienda más allá de la diligencia.

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al *informe final de evaluación*, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

Es necesario precisar que, pese a que es cierto que el principal llamado a establecer los términos procesales es el legislador[[8]](#footnote-9), también lo es que las partes, especialmente la entidad contratante, también han sido habilitada por el mismo legislador para establecer el término de duración de algunas etapas del trámite contractual, como sucede, por ejemplo, con el *plazo de la licitación*, cuya determinación corresponde a la entidad contratante, o como ocurre con los términos objeto de las presentes consideraciones.

En todo caso, los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011[[9]](#footnote-10). Incluso, el numeral 6.6 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente establece dicho parámetro de razonabilidad, expresando que:

En la audiencia de adjudicación, una vez ha quedado en firme el informe final de evaluación del primer sobre correspondiente a los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica, la Entidad Estatal dará apertura al segundo sobre que contiene la oferta económica y *correrá traslado a los proponentes habilitados dentro de la misma audiencia por un término razonable para que los proponentes realicen observaciones solamente acerca de la oferta económica*. (Énfasis fuera de texto)

En la práctica, entonces, para establecer el término de duración del traslado para presentar observaciones frente a las ofertas económicas, la entidad debe tener como faro orientador los fines de la norma que lo autoriza −artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993−. Esto es, debe permitir que los proponentes presenten sus observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros oferentes, así como también la proporcionalidad y la razonabilidad del término establecido, lo cual se debe valorar, primero, en cada situación particular y, segundo, atendiendo al análisis de la *complejidad* de cada caso.

Para ello, es necesario que la entidad analice los aspectos técnicos, económicos y jurídicos del proceso de contratación, así como también el número de oferentes habilitados. Esto sin dejar de valorar los principios de celeridad y eficacia, propios de la función administrativa, según el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales le imponen la obligación de velar porque los procesos administrativos sean tramitados de forma ágil y expedita y teniendo como horizonte el interés general, por supuesto, sin sacrificar las garantías de los implicados en tales actuaciones.

No existe, pues, un término genérico al que se le puedan atribuir características de razonabilidad y proporcionalidad. Puede pasar, por ejemplo, que un término de dos horas resulte desproporcionado por tratarse de un caso de complejidad muy baja, pero también puede ocurrir que el mismo término sea proporcional y razonable en otro caso, habida cuenta de la complejidad del proceso contractual. En esa medida, como ya se dijo, la razonabilidad y proporcionalidad del término establecido por la entidad debe valorarse en cada caso, de acuerdo a las particularidades del proceso de contratación.

De todas formas, por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término *sub examine* no puede exceder los límites legales, pues, como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández[[10]](#footnote-11), la discrecionalidad «no es una facultad extralegal»[[11]](#footnote-12), lo que significa que no puede ejercerse de forma ilimitada y desbordando los causes establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en los párrafos anteriores, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la *audiencia efectiva de adjudicación*, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia. Al respecto, en concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524−, esta Subdirección consideró y argumentó lo siguiente:

[…] 5. cuando la ley dispone que sea “durante” la audiencia cuando se evalúa la oferta económica y posteriormente se establezca el orden de elegibilidad de las ofertas, está señalando que son actos y decisiones que deben surtirse dentro de la audiencia pública y no por fuera de ella.

En el contexto expuesto, esta Subdirección considera que es factible, así mismo, realizar una interpretación armónica y sistemática de las dos normas en cita -artículo 30 de la Ley 57 de 1887-, para entender que las reglas de la audiencia de adjudicación del artículo 2.2.1.2.1.1.2. Decreto 1082 de 2015 y las adicionadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, tratándose de licitación pública para celebrar un contrato de obra, pueden compaginarse, en el entendido de que la suspensión de la audiencia de adjudicación procede aun a instancias del momento posterior a la apertura del segundo sobre que contiene la oferta económica, siempre y cuando, dicha suspensión tenga origen en observaciones de los proponentes habilitados que fueron formuladas con ocasión del traslado previsto en la ley para la revisión del aspecto económico de la evaluación, previo a establecer el orden de elegibilidad.

De igual manera, *la suspensión de la audiencia no puede efectuarse si los actos que se pretenden realizar son los que la ley prevé que ocurran durante la audiencia, como es el caso de la apertura de segundo sobre que contiene la oferta económica, la evaluación según el método previsto en el pliego de condiciones y la definición del orden de elegibilidad de ofertas para adoptar la decisión de adjudicación de la licitación.* (Énfasis fuera de texto)

Nótese que, según el criterio expuesto previamente por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la *audiencia de adjudicación* no se puede suspender, para efectos de realizar una actuación que debe realizarse durante la audiencia, por ejemplo, si el acto que se pretende realizar es la definición del orden de elegibilidad. Tampoco puede hacerse para darle traslado a los proponentes para que presenten sus observaciones frente a las propuestas económicas, las cuales se deben presentar durante el curso de la audiencia.

Finalmente, una vez se adjudica, empieza a correr el *plazo para firmar el contrato***,** que es otra etapa del proceso de licitación, cuyo término es también de libre configuración del pliego de condiciones y al que le aplican las mismas reglas de prórroga del plazo para efectuar la adjudicación que se explicaron, así como también aquellas consideraciones precedentes en materia de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo demás, se debe tener en cuenta que, en virtud de principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el proceso de contratación estatal debe adelantarse dentro de unas etapas determinadas y respetando los términos procesales establecidos por la ley o el reglamento o los que determine la entidad contratante. Además, en virtud de los principios de preclusión y perentoriedad, establecidos en el inciso primero *ibidem*, las partes del proceso de contratación, así como los funcionarios públicos, se encuentran obligados a respetar y acatar tales etapas y términos, sin que puedan desconocerlos o pasarlos por alto.

1. **Respuesta**

Respecto al inciso primero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, manifiesta que «Varias entidades públicas -en su mayoría- en los procesos de contratación pública, plasman en sus pliegos que, en el informe de evaluación preliminar los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica, únicamente se publican para aquellos proponentes HABILITADOS […]», por lo que solicita «[…] manifestación, concepto, directriz y respuesta de Colombia Compra Eficiente, sobre el tema expuesto».

De acuerdo con la explicación precedente, resulta ajustado a derecho que las entidades estales ponderen los *factores de evaluación* de las propuestas cuyos oferentes han cumplido previamente con la totalidad de los *requisitos habilitantes*. Esto en la medida que si los interesados no acreditan los últimos, significa que carecen de las aptitudes mínimas necesarias para competir por la adjudicación del contrato, de manera que –por sustracción de materia– no sería necesario calificar los primeros. Dicho criterio puede aplicarse a los procesos de licitación pública, pues –de acuerdo con el artículo 3.12 de la Ley 1437 de 2011– «En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas»[[12]](#footnote-13).

Tratándose de licitaciones para seleccionar contratistas de obra pública, una interpretación estricta del inciso primero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 implicaría publicar el informe de evaluación relacionado con los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre de todos los proponentes, con independencia que estén o no habilitados previamente para participar en el proceso de selección. Lo anterior sería problemático, por ejemplo, tratándose de oferentes que se encuentren bajo causales de inhabilidad e incompatibilidad o que no hayan adjuntado la garantía de seriedad de la oferta, pues en estos casos asignar puntaje por criterios como el factor de industria nacional o la vinculación de personas en situación de discapacidad es inane, ya que no se cumple la totalidad de los requisitos habilitantes. Dado que ya están fuera del proceso de selección, carece de sentido que la entidad deba ponderar *factores de evaluación* como los mencionados para las observaciones de los demás proponentes. De hecho, lo mas razonable es que estas se realicen sobre las propuestas habilitadas, ya que cualquier solicitud cuya prosperidad afecte el puntaje influye en el orden de elegibilidad.

Por ello, cuando la norma citada dispone que «En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones», resulta jurídicamente válido que se verifiquen los *requisitos habilitantes* de los proponentes y se ponderen los *factores de evaluación* diferentes a la oferta económica de quienes estén habilitados. En todo caso, la entidad también podría evaluar requisitos distintos al componente económico de la oferta cuando el proponente no haya cumplido con la totalidad de los *requisitos habilitantes* y estos admitan la subsanación. En este último evento, la asignación del puntaje estaría condicionada a la verificación de los criterios faltantes. Lo importante es que la entidad podría acoger válidamente cualquiera de estas dos (2) posturas anteriormente mencionadas, pues el objetivo de la norma –de acuerdo con la preclusividad que caracteriza los procesos de selección– es el agotamiento de la discusión sobre estos temas antes de la apertura del sobre 2.

Respecto al inciso tercero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, realiza las siguientes preguntas: i) «¿el traslado a que se hace referencia recae ÚNICAMENTE solo sobre los oferentes HABILITADOS?», ii) «¿un oferente que participa en la Audiencia de adjudicación y en esta lo declaran INHABILITADO, no se le corre el traslado de la propuesta económica de aquel o aquellos que están HABILITADOS?», iii) «¿El proponente INHABILITADO en el proceso, no puede ejercer el derecho a presentar observaciones a aquel o aquellos habilitados, sobre su propuesta económica?» y iv) «En el SECOP II, ¿cómo se materializa el traslado para observaciones a la propuesta económica? ¿con la publicación simultánea en el SECOP II, al desencriptar los sobres económicos en la audiencia?».

Por un lado, el inciso tercero del parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone que «[…] se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los *proponentes habilitados* en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad» (Énfasis fuera de texto). Como se desprende de la redacción literal de la norma, de la evaluación de la oferta económica solo se corre traslado a los proponentes habilitados, por lo que no está dirigido a quienes carezcan de dicha condición. De esta manera, quienes no cumplan con la totalidad de los requisitos habilitantes y, por tanto, no estén habilitados dentro del proceso de selección, no tienen legitimación para formular observaciones sobre el aspecto económico de las demás ofertas. De hecho, este criterio también es congruente con el numeral 6.6 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pues «[…] la Entidad Estatal dará apertura al segundo sobre que contiene la oferta económica y correrá traslado a los *proponentes habilitados* dentro de la misma audiencia por un término razonable para que los proponentes realicen observaciones solamente acerca de la oferta económica» (Énfasis fuera de texto).

Por otra parte, de acuerdo con el procedimiento establecido en la «Guía sobre el uso del SECOP II- Modalidades de contratación: Licitación pública de obra», la cual puede consultarse en el enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-19guiasecopii_eemclicitacionpublicaobra20-04-2022.pdf>, una vez desencriptada la información que contiene el «Sobre 2- Económico» de las ofertas admitidas en el proceso por haber cumplido con los requisitos habilitantes, la entidad estatal debe proceder con la evaluación de las ofertas económicas y publicar el contenido del «Sobre 2- Económico» en el SECOP II, para que cualquier interesado en el proceso pueda conocer la información que contiene dicho sobre. Esto sin perjuicio de la estipulación legal del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, para que el traslado de la evaluación de la oferta económica se entienda dirigido a los proponentes habilitados para la revisión del aspecto económico.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar Flórez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

   […]

   »1o. se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones». [↑](#footnote-ref-2)
2. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Ed.

   Legis, 2016. P. 440. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. ZAMBRANO BARRERA, Carlos Alberto. Requisitos habilitantes y factores de escogencia. En: Análisis de 25 años de aplicación de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad de los Andes, 2020. p. 87). [↑](#footnote-ref-4)
4. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. El deber de selección objetiva. En: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2019. pp. 152-153. [↑](#footnote-ref-5)
5. Al respecto, la jurisprudencia explica que «Los requisitos HABILITANTES permiten al oferente pasar a la segunda etapa; constituyen el filtro para que solo aquellos frente a quienes se verifiquen superen la etapa inicial, por ser considerados idóneos al cumplir con los requisitos básicos que la entidad licitante considera necesarios para entender que ese individuo será su potencial contratista y que cumplirá su cometido; superada la etapa inicial pasan a ser calificados conforme a la ponderación establecida en los pliegos de condiciones o términos de referencia y estarán frente a los requisitos de selección propiamente dichos, a semejanza de lo que acontece en la generalidad de los concursos, entre los requisitos de admisión y los de selección» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 15.188. C.P. María Elena Giraldo). [↑](#footnote-ref-6)
6. El artículo 3.12 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable a los procedimientos contractuales por remisión del artículo 23 de la Ley 80 de 1993. Esta norma dispone que «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán […] de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán […] los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo». [↑](#footnote-ref-7)
7. De acuerdo con el procedimiento establecido en la «Guía sobre el uso del SECOP II- Modalidades de contratación: Licitación pública de obra», la cual puede consultarse en el enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-19guiasecopii_eemclicitacionpublicaobra20-04-2022.pdf>, una vez desencriptada la información que contiene el «Sobre 2- Económico» de las ofertas admitidas en el proceso por haber cumplido con los requisitos habilitantes, la entidad estatal debe proceder con la evaluación de las ofertas económicas y publicar el contenido del «Sobre 2- Económico» en el SECOP II, para que cualquier interesado en el proceso pueda conocer la información que contiene dicho sobre. Esto sin perjuicio de la estipulación legal del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, para que el traslado de la evaluación de la oferta económica se entienda dirigido a los proponentes habilitados para la revisión del aspecto económico. [↑](#footnote-ref-8)
8. Cfr. *Mutatis mutandi,* Corte Constitucional. Sentencias C-728 de 2000 y C-437 de 2013. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respectivamente. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. [↑](#footnote-ref-10)
10. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 498. [↑](#footnote-ref-11)
11. *Ibidem*. El argumento completo es el siguiente: «[…] el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva *no es una facultad extralegal*, que surja de un supuesto poder originario de la Administración anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se le ha atribuido a la administración justamente con ese carácter. Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parciamente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada […] por vía general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo» (cursivas propias). [↑](#footnote-ref-12)
12. El artículo 3.12 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable a los procedimientos contractuales por remisión del artículo 23 de la Ley 80 de 1993. Esta norma dispone que «Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán […] de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán […] los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo». [↑](#footnote-ref-13)