**CCE-DES-FM-17**

**PLANEACIÓN – Estudios previos**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, entre otros. Lo anterior con el cometido de escoger la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución […]

**ESTUDIOS PREVIOS – Análisis del sector – Planeación en los procesos de contratación pública**

[…] antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, entre otras, cuya contratación, se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, entre otros, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Por otra parte, los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 exigen que se determine el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato. Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar mediante el proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso».

**PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza Jurídica**

El pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas. El mismo ha sido definido como un «acto jurídico mixto, que nace como un acto administrativo de contenido general y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo». En este sentido, cada entidad debe establecer en su discrecionalidad la forma cómo se estructura el pliego de condiciones, el cual está condicionado a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.

De este modo, el pliego es un instrumento en el cual se materializa el principio de transparencia, pues en ese documento se fijan las reglas de escogencia del contratista del Estado, para la selección objetiva de la mejor oferta, la adjudicación y la posterior celebración y ejecución del contrato, lo cual lo convierte en una reglamentación de todo el *iter* contractual.

**PLIEGO DE CONDICIONES – Modificaciones – Adendas**

De conformidad con lo anterior, resulta claro que las entidades estatales, en virtud de la autonomía de la voluntad y de la amplia discrecionalidad que se les reconoce, tienen la facultad de configurar las reglas y exigencias de los pliegos de condiciones de manera libre, dentro de los parámetros y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, con fundamento en los estudios realizados en la fase de planeación. Además, tienen la carga de elaborarlos de manera idónea, objetiva, clara, precisa y completa, tal como se deduce de la disposición citada.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que surja la necesidad de efectuar correcciones, aclaraciones o modificaciones a los pliegos de condiciones, bien sea porque las mismas tienen origen en necesidades identificadas por la entidad contratante o como consecuencia de observaciones realizadas por los interesados en el procedimiento de selección, de manera que, pese a la planeación previa y el cumplimiento de las disposiciones normativas aplicables, es posible que sea necesario modificar el pliego de condiciones, como se explicará.

De esta forma, una vez publicados los pliegos de condiciones definitivos, las entidades pueden modificar su contenido, como consecuencia de las observaciones recibidas por parte de los interesados o por iniciativa de la misma entidad, cuando quiera que evidencie la necesidad de modificar, ajustar o aclarar algún aspecto o condición, modificación que se realiza mediante *adendas.*

**PLIEGO DE CONDICIONES – Respuesta a las observaciones – Adendas – carácter vinculante**

[…] en relación con la modificación del pliego de condiciones mediante las respuestas a las observaciones los razonamientos son análogos. Tal como se explicó, las solicitudes de aclaraciones u observaciones pueden orientarse a que se realicen eventuales modificaciones al pliego de condiciones. Por tanto, en cumplimiento de la obligación de responder mediante comunicación escrita, de remitirla al interesado y publicarla en el SECOP para conocimiento público, la entidad estatal puede materializar una modificación al pliego de condiciones. En dicho evento, la voluntad modificatoria de la entidad debe expresarse de manera clara, de forma tal que se garanticen los principios de transparencia y publicidad.

No obstante, es importante aclarar que no todas las respuestas a las observaciones implicarán modificar el pliego de condiciones, pues, se reitera, así como el rótulo de «adenda» es un formalismo, la voluntad modificatoria sí es un elemento sustancial y, por tanto, del contenido de la respuesta a la solicitud de aclaración o a la observación debe derivarse con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones. De no ser así, no se habrá concretado ninguna modificación. En otras palabras, no todas las observaciones o peticiones que busquen la modificación al pliego de condiciones tendrán una respuesta positiva, pues dependerá de la Entidad en cada caso la pertinencia de hacer la modificación respectiva.



Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2022

Señor

**Oscar Fabián López Sierra**

Tunja-Boyacá

 **Concepto C ‒ 519 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PLANEACIÓN – Estudios previos / ESTUDIOS PREVIOS – Análisis del sector – Planeación en los procesos de contratación pública / PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza Jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES – Modificaciones – Adendas / PLIEGO DE CONDICIONES – Respuesta a las observaciones – Adendas – carácter vinculante  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220802007600 |

Estimado Señor López Sierra:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de agosto de 2022.

1. **Problema planteado**

El contexto de la consulta gira en torno a la modificación de los pliegos de condiciones y si ello hace necesario ajustar los estudios previos, por lo que formula la siguiente consulta: «1) ¿Cuando una Entidad Estatal acepta una observación planteada al proyecto de pliegode condiciones o pliego de condiciones definitivo, es OBLIGACIÓN de la EntidadEstatal también ajustar la modificación en los Estudios previos o solo basta con laexpedición de la adenda?»

1. **Consideraciones**

Como cuestión preliminar, es relevante señalar que, en ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. En este sentido, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. De este modo, se analizarán los siguientes temas: i) fundamento normativo de los estudios previos y análisis del sector en los procesos de contratación pública; y ii) naturaleza del pliego de condiciones y sus modificaciones.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre el deber de elaborar análisis del sector frente a procesos de contratación en los Conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020 y C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– y C – 148 de 2021. Igualmente, se reiteran los Conceptos C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005289–, C-415 del 7 de julio –radicado No. 2202013000005931–, C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933– y C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 4202013000004275–, 2202013000000037 del 7 de enero de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-671 de 2020 de 23 de noviembre de 2020, C-215 del 12 de mayo de 2021 y C-742 del 27 de diciembre de 2021, entre otros, sobre la regulación de los estudios del sector en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Así mismo, con respecto al pliego de condiciones y sus modificaciones se expidieron los conceptos con radicado No. 2201913000006236 de 26 de agosto de 2019, C–465 del 27 de julio de 2020, C–500 del 3 de agosto de 2020, C–557 del 21 de agosto de 2020, C-674 del 18 de noviembre de 2020, C- 419 del 18 de agosto de 2021, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Fundamento normativo de los estudios previos y análisis del sector en los procesos de contratación pública**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, entre otros. Lo anterior con el cometido de escoger la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados […].

Lo anterior le permitirá a la entidad estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, «genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales»[[1]](#footnote-1). En congruencia con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, dispone en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

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

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación. ​

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

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

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

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

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

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

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

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

De esta manera, antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, entre otras, cuya contratación, se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, entre otros, en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Las entidades estatales, al cumplir con los elementos mínimos establecidos en la norma y aquellos adicionales que identifiquen en la etapa de planeación de los procedimientos de contratación, permiten que los contratos resultantes cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

Más allá del cumplimiento de la normativa, «los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato»[[2]](#footnote-2), por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos por la entidad estatal, tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros.

De lo explicado se desprende que los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la entidad estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado[[3]](#footnote-3).

El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa. Por su parte, los artículos 2.2.1.1.1.6.1 y 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 no imponen la obligación de realizar estudios y documentos previos en etapas diferentes a la planeación del contrato.

Por otra parte, los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 exigen que se determine el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato. Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar mediante el proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen circunstancias especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como, por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

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

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

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía de elaboración de estudios del sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, entre otros–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, entre otros[[4]](#footnote-4).

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el estudio del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El estudio del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía». Además, allí se señala que en los procesos de contratación directa: «La Entidad debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de estos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, esto es, el análisis desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo»[[5]](#footnote-5).

**2.2. Naturaleza del pliego de condiciones y sus modificaciones**

El pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan[[6]](#footnote-6) sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas. El mismo ha sido definido como un «acto jurídico mixto, que nace como un acto administrativo de contenido general y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo»[[7]](#footnote-7). En este sentido, cada entidad debe establecer en su discrecionalidad la forma cómo se estructura el pliego de condiciones, el cual está condicionado a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva[[8]](#footnote-8).

De este modo, el pliego es un instrumento en el cual se materializa el principio de transparencia, pues en ese documento se fijan las reglas de escogencia del contratista del Estado, para la selección objetiva de la mejor oferta, la adjudicación y la posterior celebración y ejecución del contrato, lo cual lo convierte en una reglamentación de todo el *iter* contractual. Su contenido[[9]](#footnote-9) está previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece algunas directrices que deben tenerse en cuenta en su elaboración:

[…] 5o. En los pliegos de condiciones:

* + 1. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
		2. Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.
		3. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
		4. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
		5. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
		6. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que las entidades estatales, en virtud de la autonomía de la voluntad y de la amplia discrecionalidad que se les reconoce, tienen la facultad de configurar las reglas y exigencias de los pliegos de condiciones de manera libre, dentro de los parámetros y límites establecidos por el ordenamiento jurídico[[10]](#footnote-10),, con fundamento en los estudios realizados en la fase de planeación[[11]](#footnote-11). Además, tienen la carga de elaborarlos de manera idónea, objetiva, clara, precisa y completa, tal como se deduce de la disposición citada.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que surja la necesidad de efectuar correcciones, aclaraciones o modificaciones a los pliegos de condiciones, bien sea porque las mismas tienen origen en necesidades identificadas por la entidad contratante o como consecuencia de observaciones realizadas por los interesados en el procedimiento de selección, de manera que, pese a la planeación previa y el cumplimiento de las disposiciones normativas aplicables, es posible que sea necesario modificar el pliego de condiciones, como se explicará.

De esta forma, una vez publicados los pliegos de condiciones definitivos, las entidades pueden modificar su contenido, como consecuencia de las observaciones recibidas por parte de los interesados o por iniciativa de la misma entidad, cuando quiera que evidencie la necesidad de modificar, ajustar o aclarar algún aspecto o condición, modificación que se realiza mediante *adendas.*

Sin perjuicio de lo anterior,como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, dichas modificaciones pueden realizarse por medio de cualquier otro documento que contenga la manifestación de voluntad de la entidad de aclarar, añadir, adicionar, reemplazar o cambiar un aspecto o condición incluida en los documentos del procedimiento de contratación, con independencia de que dicho documento sea titulado o rotulado como *adenda*, siempre que mediante dicho documento se modifiquen los pliegos de condiciones[[12]](#footnote-12).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, resulta importante citar el artículo 30, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, en relación con la posibilidad de modificar el pliego de condiciones, que dispone:

El plazo de la licitación entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales.

A esta norma se le da desarrollo reglamentario en el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015, y se complementa su contenido en relación con las demás modalidades de selección. En tal sentido, dicho artículo establece:

Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.

Como se observa, tanto para la licitación pública, como para las demás modalidades de selección de contratistas, las normas legales y reglamentarias establecen la posibilidad de modificar los pliegos de condiciones mediante *adendas*. Lo anterior, sin perjuicio de que se comparta lo señalado por el Consejo de Estado, respecto a la posibilidad de que mediante respuestas a las observaciones frente al pliego de condiciones se modifique o aclare el contenido del mismo, de manera que para que se presente una modificación al pliego de condiciones no es indispensable que el título o rótulo del acto o la formalidad específica que adopte la entidad, siempre que del documento, independientemente de su denominación, se advierta con claridad la voluntad de la entidad estatal de modificar algún contenido del pliego de condiciones y que dicho documento sea dado a conocer a los interesados, en aras de la garantía del principio de transparencia y publicidad.

De esta manera, si bien el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto Reglamentario 1082 de 2015 prescribe que las modificaciones al pliego de condiciones se harán mediante una «adenda», dicha titulación no se trata de una exigencia que afecte la eficacia del acto, en el sentido de que el acto modificatorio deba rotularse o titularse como «adenda» para que pueda surtir efectos. De esta manera, la exigencia sustancial consiste en que debe quedar clara en el acto administrativo correspondiente la voluntad de la entidad estatal de modificar o ajustar algún aspecto o contenido del pliego de condiciones.

Por tanto, tal como lo ha considerado el Consejo de Estado, la modificación del pliego de condiciones puede materializarse mediante un escrito con distintas denominaciones –adenda, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación–, siempre que de su contenido pueda inferirse con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones y se garanticen los principios de transparencia y publicidad que rigen el procedimiento de selección.

 Ahora bien, en relación con la modificación del pliego de condiciones mediante las respuestas a las observaciones los razonamientos son análogos. Tal como se explicó, las solicitudes de aclaraciones u observaciones pueden orientarse a que se realicen eventuales modificaciones al pliego de condiciones. Por tanto, en cumplimiento de la obligación de responder mediante comunicación escrita, de remitirla al interesado y publicarla en el SECOP para conocimiento público, la entidad estatal puede materializar una modificación al pliego de condiciones. En dicho evento, la voluntad modificatoria de la entidad debe expresarse de manera clara, de forma tal que se garanticen los principios de transparencia y publicidad.

No obstante, es importante aclarar que no todas las respuestas a las observaciones implicarán modificar el pliego de condiciones, pues, se reitera, así como el rótulo de «adenda» es un formalismo, la voluntad modificatoria sí es un elemento sustancial y, por tanto, del contenido de la respuesta a la solicitud de aclaración o a la observación debe derivarse con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones. De no ser así, no se habrá concretado ninguna modificación. En otras palabras, no todas las observaciones o peticiones que busquen la modificación al pliego de condiciones tendrán una respuesta positiva, pues dependerá de la Entidad en cada caso la pertinencia de hacer la modificación respectiva.

 Por su parte, la normativa aplicable –artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993– exige que la entidad estatal responda las observaciones realizadas a los pliegos de condiciones definitivos, por escrito y de fondo. Por tanto, en cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal, las entidades contratantes deben verificar que las respuestas brindadas sean coherentes con el contenido del pliego de condiciones. De esta manera, sin perjuicio de que sirvan como parámetro hermenéutico para interpretar el pliego de condiciones, solo se entenderá que varían alguna regla del mismo en el evento en que sea evidente y comprobable la voluntad modificatoria por parte de la entidad estatal, caso en el cual, pese a los análisis anteriores, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015, dichas modificaciones deben realizarse mediante adendas.

Así mismo, atendiendo a la pregunta del peticionario, es importante precisar que las respuestas positivas a las observaciones al pliego de condiciones que den lugar a la expedición de una adenda, mediante la cual se modifiquen los pliegos de condiciones, no generan la necesidad de modificar o variar los estudios previos. En efecto, estos últimos se caracterizan por ser documentos previos que son el soporte de la planeación contractual –que se elaboran previo a la expedición de los pliegos de condiciones–; pero no implican que aten totalmente a la entidad estatal en relación con el contenido de los demás documentos del proceso, sino que son un insumo importante para su elaboración, como es para el proyecto de pliego de condiciones, el pliego de condiciones definitivo y el contrato, como lo señala el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, los estudios previos son un insumo trascendental para la elaboración, entre otros, del pliego de condiciones definitivo. Sin embargo, si la entidad por sí misma o por una observación de un proponente advierte la necesidad de modificar algún contenido de este último, ello no da lugar a modificar los estudios previos, los cuales permanecerán con el contenido que en su momento haya establecido la entidad estatal, ya que los estudios previos se elaboran en un momento previo a la expedición del pliego de condiciones. En efecto, es posible que incluso habiendo realizado una adecuada planeación, la entidad estatal advierta la necesidad de perfeccionar o mejorar determinado contenido del pliego de condiciones mediante la expedición de una adenda, sin que ello genere el deber de ajustar los estudios previos, cuyo contenido permanecerá en los términos en que los elaboró la entidad estatal, quedando claro que la finalidad de la entidad consistió en modificar determinado aspecto del pliego, siendo este último contenido el que vinculará a la entidad estatal y a los proponentes. Además, revisadas las disposiciones que regulan la contratación estatal, el ordenamiento jurídico no impone la necesidad de modificar los estudios previos con fundamento en las eventuales variaciones realizadas a los pliegos de condiciones mediante adendas.

**3. Respuesta**

«1) ¿Cuando una Entidad Estatal acepta una observación planteada al proyecto de pliegode condiciones o pliego de condiciones definitivo, es OBLIGACIÓN de la EntidadEstatal también ajustar la modificación en los Estudios previos o solo basta con laexpedición de la adenda?»

De acuerdo con la pregunta del peticionario, las solicitudes de aclaraciones u observaciones pueden orientarse a que se realicen eventuales modificaciones al pliego de condiciones, las cuales pueden materializarse mediante adendas, en los términos explicados en las consideraciones.

Así mismo, atendiendo a la pregunta del peticionario, es importante precisar que las respuestas positivas a las observaciones al pliego de condiciones que den lugar a la expedición de una adenda, mediante la cual se modifiquen los pliegos de condiciones, no generan la necesidad de modificar o variar los estudios previos. En efecto, estos últimos se caracterizan por ser documentos previos que son el soporte de la planeación contractual –que se elaboran previo a la expedición de los pliegos de condiciones–; pero no implican que aten totalmente a la entidad estatal en relación con el contenido de los demás documentos del proceso; sino que son un insumo importante para su elaboración, como es para el proyecto de pliego de condiciones, el pliego de condiciones definitivo y el contrato, como lo señala el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015.

En este sentido, los estudios previos son un insumo trascendental para la elaboración, entre otros, del pliego de condiciones definitivo. Sin embargo, si la entidad por sí misma o por una observación de un proponente advierte la necesidad de modificar algún contenido de este último, ello no da lugar a modificar los estudios previos, los cuales permanecerán con el contenido que en su momento haya establecido la entidad estatal, ya que los estudios previos se elaboran en un momento previo a la expedición del pliego de condiciones. En efecto, es posible que incluso habiendo realizado una adecuada planeación, la entidad estatal advierta la necesidad de perfeccionar o mejorar determinado contenido del pliego de condiciones mediante la expedición de una adenda, sin que ello genere el deber de ajustar los estudios previos, cuyo contenido permanecerá en los términos en que los elaboró la entidad estatal, quedando claro que la finalidad de la entidad consistió en modificar determinado aspecto del pliego, siendo este último contenido el que vinculará a la entidad estatal y a los proponentes. Además, revisadas las disposiciones que regulan la contratación estatal, el ordenamiento jurídico no impone la necesidad de modificar los estudios previos con fundamento en las eventuales variaciones realizadas a los pliegos de condiciones mediante adendas.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez CardonaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E)  |

1. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (…)». [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: «(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato». [↑](#footnote-ref-3)
4. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía de elaboración de estudios del sector. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibid. [↑](#footnote-ref-5)
6. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383. [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre el principio de proporcionalidad en la discrecionalidad administrativa la doctrina nacional ha señalado: «[…] resulta viable sostener que la facultad normativamente atribuida a la administración para confeccionar los pliegos de condiciones o sus equivalentes, en un procedimiento administrativo de selección de contratistas, permite ilustrar, de inigualable manera, la forma como ha de operar la discrecionalidad administrativa, siguiendo los parámetros recién aludidos: en primer lugar, las antecitadas normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los criterios a los cuales deben sujetarse la elaboración y la expedición de los referidos actos administrativos, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la administración la responsabilidad de fijar, de manera discrecional, las reglas y los criterios que orientarán, a partir del pliego, cada proceso de selección en particular; en segundo término, la administración ejercerá esa facultad discrecional estableciendo, en los pliegos o en sus equivalentes, los mencionados reglas y criterios –objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada– los cuales –los pliegos– completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato. Según resulta evidente, esa actividad de la administración es materialmente normativa y en ella se concreta el ejercicio de la discrecionalidad.

»Y, en tercer término, aquello que debe hacer la administración dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas del cual se trate, es subsumir –procedimiento de aplicación reglada del derecho– en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos –en los pliegos de condiciones– por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los mencionados pliegos de condiciones o en sus documentos equivalentes». MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Naturaleza jurídica de las facultades de la Administración para confeccionar pliego de condiciones. En: Revista digital de Derecho Administrativo. Vol I. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2008. pp. 13-14.

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 sobre el contenido del pliego de condiciones, donde se desarrolla de forma más exhaustiva cada uno de sus componentes mínimos. [↑](#footnote-ref-9)
10. Lo anterior, sin perjuicio de los casos en que resulten aplicables los documentos tipo –o pliegos tipo– de que trata el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sin perjuicio de lo que ocurre en los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo, donde se reduce, en buena medida, dicha discrecionalidad. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de septiembre de 2013. Exp. 30.571. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En dicha providencia el Consejo de Estado se pronunció sobre la fuerza vinculante de las respuestas a las observaciones presentadas por los interesados, expresando lo siguiente:

«5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

»Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

»A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos , lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

»Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un “Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla.” De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

»Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

»En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones». [↑](#footnote-ref-12)