**PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza**

[E]l Consejo de Estado8 ha reiterado que el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica, pues, por un lado, antes de la celebración del contrato y de la expedición del acto administrativo de adjudicación se considera como un acto administrativo de carácter general que rige el desarrollo del proceso de selección, sin embargo, una vez se celebre el contrato, el pliego de condiciones pasa hacer parte del marco jurídico de la relación contractual determinando el contenido y el alcance del negocio jurídico.

**PLIEGO DE CONDICIONES - Claridad y precisión en su contenido - Interpretación contra estipulante**

[L]as reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato e incluso sobre la minuta, la cual se limita a formalizar el acuerdo de voluntades, por lo tanto, ha reiterado que las reglas contenidas en los pliegos de condiciones que adolecen de vacíos o contradicciones deben de interpretarse *“con sujeción a los principios generales del derechos, a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego y a la protección del interés general, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993”.*

(…)

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad, proponentes o contratista podrán acudir, en lo pertinente, a las reglas de interpretación objetivas y subjetivas conforme a los artículos 1618 a 1624 del Código Civil. (…)las reglas subjetivas de interpretación se refieren a las siguientes: vi) el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (artículo 1620 ibídem); vii) deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (artículo 1621 ibídem); viii) las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (artículo 1624, inciso 1 ibídem); y ix) *las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (artículo 1624, inciso 2 ibídem).*

(…)

Así las cosas, ante una contradicción entre la información contemplada en la información suministrada por la Entidad en el formulario de SECOP II o alguna de las respuestas a las observaciones presentadas en el curso del proceso y la información contenida en el respectivo pliego de condiciones, se analizará las circunstancias en concreto de cara a los principios de la contratación estatal, de manera que la entidad adoptará la decisión que más se ajuste a la finalidad del proceso de contratación teniendo en cuenta las pautas interpretativas expuestas previamente, resaltando que aquellas disposiciones o situaciones oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, en ese sentido, dichas contradicciones o ambigüedades no pueden afectar a los proponentes o contratistas en el ejercicio de sus derechos.

**SECOP II – Pliego de condiciones electrónico**

[L]os procesos adelantados a través de la SECOP II en los cuales el pliego de condiciones es un documento electrónico el cual se produce, expide y publica al interior de esta versión de la plataforma, la cual tiene carácter transaccional y no meramente publicitario. Este pliego de condiciones electrónico está compuesto por: i) formulario y ii) documentos anexos que cargue la entidad. Después de elegir la modalidad de selección en el SECOP II la entidad crea el expediente electrónico del procedimiento y habilita la creación del pliego borrador electrónico. Este pliego electrónico es un formulario con seis secciones: i) información general, ii) configuración, iii) cuestionario, iv) evaluación, v) documentos del proceso y vi) documentos de la oferta.

Los formularios de los pliegos electrónicos incluyen la mayoría de los contenidos mínimos que debe contener un pliego de condiciones, con excepción de algunos temas como lo son el análisis de riesgos, las causales de rechazo, la minuta del contrato y la supervisión o interventoría, entre otros, los cuales, al igual que los demás componentes que la entidad considere conveniente incluir, en su autonomía contractual, pueden incluirse en la sección para adjuntar documentos.

En consecuencia, por el funcionamiento de la plataforma no es posible que exista un pliego de condiciones físico y que no se diligencie el formulario dispuesto en la plataforma, ya que sin esto el SECOP II no habilita el botón “ir a publicar”, con el cual se crea formalmente el procedimiento y los interesados pueden conocerlo para presentar observaciones y su oferta. Esto significa que para que el proceso de contratación se realice a través de la plataforma SECOP II es necesario diligenciar dicho formulario en línea que debe contener los requisitos establecidos en el acto administrativo del pliego de condiciones, por lo tanto, esto no implica que las entidades no puedan adjuntar los documentos que sean necesarios y que complementen el pliego de condiciones electrónico en lo que el formulario no contemple su inclusión.

**REVOCATORIA DIRECTA ACTO DE APERTURA – Selección objetiva**

Teniendo en cuenta lo expuesto, por parte de esta Agencia se advierte que previo a la expedición del acto administrativo de adjudicación, no se consolidan derechos a favor de los proponentes, toda vez que hasta ese momento solo existen “meras expectativas” y, en algunas circunstancias, expectativas legítimas a favor de algún participante; conceptos jurídicos que alinderan tanto la existencia y alcance de un eventual derecho o expectativa, y el punto límite de proyección del atributo de la revocatoria del acto administrativo.

En ese orden de ideas, para la tesis primera y cuarta la naturaleza jurídica del acto de apertura es la de un acto administrativo general por lo que resulta posible revocarlo de manera unilateral. Se diferencian en que, para la primera, una vez se han presentado las ofertas y conforme avanza el proceso de elección, se irán consolidando “expectativas” jurídicas y económicas de los participantes; mientras que, para la tesis cuarta, previo a la expedición del acto administrativo de adjudicación, no se consolidan derechos a favor de los proponentes, toda vez que hasta ese momento solo existen meras expectativas que se consolidan una vez se selecciona la mejor oferta.

Para la tesis segunda y tercera, una vez se presentan las propuestas en los procesos de selección, el acto de apertura se transforma en un acto administrativo de carácter particular, lo cual hace que adquiera el carácter de irrevocable. La diferencia está en que, para la tesis segunda, el acto se transforma en particular para todos los oferentes que presentaron propuesta en tiempo, razón por la cual se requiere de su aquiescencia para la revocatoria del acto de apertura; mientras que para la tesis tercera el acto de apertura se convierte en particular para el proponente que tenga la mejor oferta, razón por la cual se requiere de la aceptación de este último para poder proceder a la revocatoria del acto de apertura.

Bogotá D.C., 25 de agosto de 2023

Señor

**Diego Dorado**

Arauca, Arauca

**Concepto C ─ 346 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza – Claridad y precisión en su contenido – interpretación contra estipulante/ SECOP II – Pliego de condiciones electrónico / REVOCATORIA DIRECTA ACTO DE APERTURA – Selección objetiva  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta No. P20230711013130 |

Estimado señor Dorado,

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 la consulta realizada el 11 de julio de 2023.

**1. Problemas planteados**

En la consulta previamente identificada Usted solicita resolver los siguientes interrogantes, todos los cuales guardan relación con los argumentos expuestos en el concepto C-295 de 2020 emitido por esta Agencia. En particular, se formulan los siguientes interrogantes, junto con el siguiente contexto fáctico:

“que sucede si UNA ENTIDAD PUBLICA en el SECOP 2 , crea y publica el pliego de condiciones electrónico que sabemos esta conformado por el cuestionario donde están las exigencias, y si en dichas exigencias no aparecen el numeral o condición para cargar por los oferentes los documentos para cumplir capacidad residual, ¿Los oferentes que por error de la entidad no carguen los documentos para calcular la capacidad residual se les debe permitir subsanar?, o ¿se debe revocar el proceso si antes del cierre para entrega de propuestas no se corrige el error por parte de la Entidad que no habilito el numeral para cargar los documentos que acreditan la capacidad residual?” (Sic).

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

 En este contexto, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción a las preguntas de casos particulares expuestos, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) naturaleza del pliego de condiciones e interpretación de su contenido; ii) pliegos de condiciones electrónicos en el SECOP II; y, iii) revocatoria directa del acto de apertura.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-295 de 30 de abril de 2020, C-306 del 4 de junio de 2020, C-303 del 15 de junio de 2021, C-030 de 25 de febrero de 2022 y C-693 de 24 de octubre de 2022, se pronunció sobre el tratamiento que debe dársele a los documentos electrónicos y manuscritos cuando la información contenida en estos es diferente. De otra parte, en el concepto C – 524 de 18 de agosto de 2020 y C-633 de 25 de octubre de 2022 se pronunció acerca de la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular[[1]](#footnote-1). La tesis y argumentos expuestos en dicho concepto se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Naturaleza del pliego de condiciones e interpretación de su contenido**

La contratación pública involucra, entre otras relaciones, la interacción entre la Administración y quienes buscan ofrecerle al Estado los bienes, obras o servicios que requiere para satisfacer sus necesidades, y en esa medida cumplir con el fin principal que es satisfacer el interés general. Por tanto, esa relación entre el Estado y los proveedores se enmarca en las reglas establecidas en la normativa de la contratación pública, con el fin de procurar un equilibrio y el cumplimiento de sus principios, entre otros objetivos.

Por consiguiente, la normativa contractual contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos contractuales, y con base en ello los proveedores pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del procedimiento, de acuerdo con las normas relacionadas con la adquisición de que se trate, y que quedan definidos en el pliego de condiciones[[2]](#footnote-2). La Ley 80 de 1993, en el artículo 24, regula el principio de transparencia, sobre el cual se indican reglas para el contenido del pliego de condiciones:

“[...]

5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) 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.

[...]

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) 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. [...]”

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado, frente a la selección objetiva, que la entidad no puede establecer reglas subjetivas, sino que deben ser razonables, de acuerdo con las normas que rigen la actividad contractual[[3]](#footnote-3); y en otro pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que la autonomía que tienen las entidades frente a la configuración de los pliegos de condiciones y los criterios de selección de los procedimientos de contratación no es absoluta, y debe tener relación con los fines de la contratación estatal de la siguiente forma:

“Si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato[[4]](#footnote-4).”

También, el Consejo de Estado ha determinado que el pliego de condiciones es ley para las partes, y en él se debe establecer la regulación del procedimiento de contratación, conforme a la ley, garantizando la selección objetiva del contratista[[5]](#footnote-5). El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, el cual debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y manejo de las ofertas, v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato[[6]](#footnote-6).

Conforme a lo anterior, el pliego de condiciones debe establecer las etapas del proceso de selección, así como las reglas, requisitos y condiciones aplicables en cada una de ellas. Entre estos aspectos se encuentran las causales de rechazo y factores de ponderación de las ofertas, así como los documentos que debe contener y las causas que impidan una selección objetiva. En ese orden, gran parte de la importancia del pliego de condiciones está determinada por el hecho que es el documento en el que se establecen las normas que van a regular etapa selección, a las que deberán sujetarse la administración y los oferentes a efectos de lograr una selección objetiva[[7]](#footnote-7).

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado[[8]](#footnote-8) ha reiterado que el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica, pues, por un lado, antes de la celebración del contrato y de la expedición del acto administrativo de adjudicación se considera como un acto administrativo de carácter general que rige el desarrollo del proceso de selección, sin embargo, una vez se celebre el contrato, el pliego de condiciones pasa hacer parte del marco jurídico de la relación contractual determinando el contenido y el alcance del negocio jurídico

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de estado, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato e incluso sobre la minuta, la cual se limita a formalizar el acuerdo de voluntades, por lo tanto, ha reiterado que las reglas contenidas en los pliegos de condiciones que adolecen de vacíos o contradicciones deben de interpretarse *“con sujeción a los principios generales del derechos, a los de la función administrativa, a la finalidad del pliego y a la protección del interés general, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993”.[[9]](#footnote-9)*

De acuerdo con lo anterior, es posible establecer, por ejemplo, que en caso de contradicción entre el contenido establecido en el pliego de condiciones y el incluido por la entidad, proponentes o contratista en los demás documentos del proceso de contratación, primará lo señalado en el pliego de condiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad, proponentes o contratista podrán acudir, en lo pertinente, a las reglas de interpretación objetivas y subjetivas[[10]](#footnote-10) conforme a los artículos 1618 a 1624 del Código Civil. Las primeras son las siguientes: i) una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (artículo 1618 del Código Civil); ii) las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (artículo 1622, incisos 2 y 3 *ibídem*); iii) las cláusulas deben interpretarse unas por otras, dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (artículo 1622, inciso 1 *ibídem*); iv) si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (artículo 1623 *ibídem*); y v) se entiende que las expresiones generales contenidas en el negocio únicamente se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (artículo 1619, inciso 2 *ibídem*).

Por su parte, las reglas subjetivas de interpretación se refieren a las siguientes: vi) el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (artículo 1620 *ibídem*); vii) deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (artículo 1621 *ibídem*); viii) las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (artículo 1624, inciso 1 ibídem); y ix*) las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar* (artículo 1624, inciso 2 *ibídem*).

Sin embargo, la aplicación de estos criterios siempre deberá tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso en particular, de manera que la entidad pueda optar por la interpretación que más se adecúe a la finalidad que persigue con el documento y sus anexos. De todos modos, en caso de que el desacuerdo sobre el sentido o alcance de los documentos del proceso de contratación persista una vez aplicada las pautas anteriores, corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo interpretar cuál de los documentos prevalece. Por tanto, es necesario señalar en que no es posible establecer *ex ante* la validez o prevalencia jurídica de los documentos contractuales, pues estos deben valorarse integralmente, de acuerdo con las reglas anteriormente expuestas y atendiendo a las circunstancias adicionales de cada proceso[[11]](#footnote-11).

Así las cosas, ante una contradicción entre la información contemplada en la información suministrada por la Entidad en el formulario de SECOP II o alguna de las respuestas a las observaciones presentadas en el curso del proceso y la información contenida en el respectivo pliego de condiciones, se analizará las circunstancias en concreto de cara a los principios de la contratación estatal, de manera que la entidad adoptará la decisión que más se ajuste a la finalidad del proceso de contratación teniendo en cuenta las pautas interpretativas expuestas previamente, resaltando que aquellas disposiciones o situaciones oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, en ese sentido, dichas contradicciones o ambigüedades no pueden afectar a los proponentes o contratistas en el ejercicio de sus derechos.

**2.2. Pliegos de condiciones electrónicos en el SECOP II**

Tradicionalmente, el pliego de condiciones es un documento escrito en medio físico o digital, que, como los demás documentos del proceso de contratación, se expide y luego se publica en el Sistema de Compra Pública – SECOP I, en el término dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015[[12]](#footnote-12). De esta manera, el pliego de condiciones se produce por fuera de la plataforma y luego se carga para efectos de su publicidad.

Lo anterior a diferencia de los procesos adelantados a través de la SECOP II en los cuales el pliego de condiciones es un documento electrónico el cual se produce, expide y publica al interior de esta versión de la plataforma, la cual tiene carácter transaccional y no meramente publicitario. Este pliego de condiciones electrónico está compuesto por: i) formulario y ii) documentos anexos que cargue la entidad. Después de elegir la modalidad de selección en el SECOP II la entidad crea el expediente electrónico del procedimiento y habilita la creación del pliego borrador electrónico. Este pliego electrónico es un formulario con seis secciones: i) información general, ii) configuración, iii) cuestionario, iv) evaluación, v) documentos del proceso y vi) documentos de la oferta.

Los formularios de los pliegos electrónicos incluyen la mayoría de los contenidos mínimos que debe contener un pliego de condiciones, con excepción de algunos temas como lo son el análisis de riesgos, las causales de rechazo, la minuta del contrato y la supervisión o interventoría, entre otros, los cuales, al igual que los demás componentes que la entidad considere conveniente incluir, en su autonomía contractual, pueden incluirse en la sección para adjuntar documentos.

En consecuencia, por el funcionamiento de la plataforma no es posible que exista un pliego de condiciones físico y que no se diligencie el formulario dispuesto en la plataforma, ya que sin esto el SECOP II no habilita el botón “ir a publicar”, con el cual se crea formalmente el procedimiento y los interesados pueden conocerlo para presentar observaciones y su oferta. Esto significa que para que el proceso de contratación se realice a través de la plataforma SECOP II es necesario diligenciar dicho formulario en línea que debe contener los requisitos establecidos en el acto administrativo del pliego de condiciones, por lo tanto, esto no implica que las entidades no puedan adjuntar los documentos que sean necesarios y que complementen el pliego de condiciones electrónico en lo que el formulario no contemple su inclusión.

En ese contexto, se observa que su pregunta hace referencia a la posibilidad de que una entidad omita solicitar la presentación de documentos en el formulario del pliego electrónico, que sean diferentes a los señalados en el pliego de condiciones y los demás documentos establecidos en el SECOP II, configurándose una contradicción o falta de claridad sobre la presentación de algún requisito habilitante, como lo es el de capacidad residual, por parte de los proponentes.

Al respecto, como bien se expuso en su consulta, esta Agencia en concepto C-295 de 30 de abril de 2020, afirmó que:

“por el funcionamiento de la plataforma, no es posible que exista diferencia entre los documentos exigidos en el pliego de condiciones electrónico, y los señalados en el cuestionario de la oferta, ya que en el SECOP II hacen parte del mismo documento electrónico, por lo que los documentos requeridos en el cuestionario para la presentación de la oferta son los exigidos en el pliego de condiciones, ya que el cuestionario es parte del pliego de condiciones electrónico que es ley para las partes y los proponentes están en la obligación de cumplirlo.

Adicionalmente, sobre la posibilidad de que la entidad rechace una oferta por no presentar los documentos solicitados en el cuestionario, esto es, en el pliego de condiciones electrónico, ya que de acuerdo con lo anterior son un mismo documento, se debe tener en cuenta que el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007; sin embargo, no cambió sustancialmente el sentido original de la Ley 1150 de 2007, porque mantuvo el criterio para determinar si la falta de un documento o la ausencia de un requisito es o no subsanable, lo que depende de si el requisito afecta la asignación de puntaje, por lo que se mantuvo la regla general de que todo es subsanable, salvo los requisitos que inciden en la asignación de puntaje[[13]](#footnote-13).”

En ese sentido, a criterio de esta Agencia, y teniendo en cuenta el criterio interpretativo según el cual aquellas disposiciones o situaciones oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella, de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, más aún cuando la Entidad Estatal es la que carga y emite el respectivo pliego de condiciones electrónico, y dicha ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar ya sea en una respuesta a observaciones o en una adenda al pliego de condiciones electrónico, dicha omisión en el formulario del SECOP II de la presentación de un requisito habilitante, como lo es la capacidad residual, implica que la Entidad Estatal no puede afectar la participación de los proponentes en el proceso de selección, y por lo tanto, la entidad teniendo en cuenta la etapa en la que se encuentre el proceso de selección, podrá determinar si es necesario revocar el acto administrativo de apertura del proceso de selección o modificar el cronograma del pliego de condiciones para la presentación de dichos documentos, respetándoles además su derecho a la subsanación a los proponentes de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

**2.3. Revocatoria Directa del acto de apertura del proceso de selección**

El acto administrativo de apertura del proceso de contratación estatal agota sus efectos con la adjudicación o la declaratoria de desierta del proceso, según lo previsto en el Estatuto General de Contratación. Sin embargo, este último cuerpo normativo guardó silencio respecto a la posibilidad de revocarlo. Teniendo en cuenta lo anterior, los Decretos Reglamentarios 066 de 2008, 2474 de 2008 y 734 de 2012 habían previsto la posibilidad de que las Entidades revocaran el acto administrativo de apertura bajo la condición de que se verificara alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Posteriormente con la expedición del Decreto 1510 de 2013, que derogó el Decreto 734 de 2012 y actualmente se encuentra compilado en el Decreto 1082 de 2015, no se reguló la revocatoria del acto de apertura, quedando el tema en estado de incertidumbre.

En ese contexto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha distinguido 2 momentos para efectos de examinar la posibilidad de revocar de manera unilateral el acto de apertura: (i) el primer momento es antes de que se presenten ofertas, en el cual hay unanimidad de criterio respecto a la posibilidad de revocarlo unilateralmente, porque no se ha configurado ninguna situación particular; y, ii) el segundo momento es cuando se presentan las ofertas en el proceso de selección, caso en el cual la jurisprudencia ha planteado 4 tesis, que resuelven el siguiente problema jurídico.

La primera tesis dispone que antes de adjudicar un proceso de contratación, es revocable de manera unilateral el acto de apertura, siempre que concurra alguna causal prevista en el CPACA. Lo anterior en atención a que, ante la falta de una norma que regule aspectos como la revocabilidad de los actos administrativos expedidos durante la etapa precontractual, contractual o pos-contractual -salvo el acto administrativo de adjudicación que sí tiene una norma expresa que determina su irrevocabilidad-, resulta aplicable el régimen general previsto en el CPACA, por remisión expresa del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que: *“En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”[[14]](#footnote-14).*

Sin embargo, en la medida en que esté más avanzado el proceso de selección se irán consolidando“expectativas” jurídicas y económicas de los participantes, y en esa misma medida se incrementan los riesgos de causar daños ciertos y personales, que en caso de proferirse una revocatoria, podrán ser objeto de indemnización por parte de la administración, siempre y cuando exista prueba de su configuración. Sin embargo, esta situación no afecta la validez del acto administrativo.

La segunda tesis plantea que no es posible revocar unilateralmente el acto de apertura, por cuanto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 97 del CPACA, y solicitar el consentimiento de quien o quienes hayan presentado ofertas dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. Lo anterior por cuanto una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable.

De no contarse con tal consentimiento y si se produce la revocatoria, el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso tercero del artículo 97 del CPACA (que el acto haya ocurrido “por medios ilegales”), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes[[15]](#footnote-15).

Por su parte, la tercera tesis plantea que una vez se han recibido las propuestas, el acto de apertura no puede ser objeto de revocatoria directa en forma unilateral por parte de la Administración, sin el consentimiento expreso del mejor proponente, toda vez que este tiene en su haber la posición jurídica que se deriva de las reglas de la propia convocatoria, que no es otra que la de la oferta mercantil aceptada, la cual se concreta en el derecho a suscribir el contrato estatal. Lo anterior por cuanto desde el momento en que la Administración recibe las ofertas de los proponentes y se cierra la presentación de propuestas, el pliego de condiciones -que en principio era un acto de carácter general- se convierte en un acto de alcance particular, del cual se genera dos derechos, uno para los proponentes de ser evaluados y otro para aquel que tenga la mejor propuesta el cual consiste en ser seleccionado y a ejecutar el contrato estatal que le debe ser adjudicado[[16]](#footnote-16).

Finalmente, la cuarta tesis dispone que se puede revocar unilateralmente el acto de apertura del proceso de selección, si se advierte la configuración de alguna de las causales y demás requisitos que dan paso a su procedencia, toda vez que al ser un acto administrativo de carácter general se torna evidente que la Administración no está condicionada a obtener el consentimiento previo y expreso de los proponentes o del mejor proponente para revocarlo; además, la revocabilidad procede por cuanto es primordial y tiene preferencia la constatación del interés de la contratación, que no es otro que la garantía de las necesidades públicas frente a las expectativas negociales que nacieron respecto de los proponentes.

Teniendo en cuenta lo expuesto, por parte de esta Agencia se advierte que previo a la expedición del acto administrativo de adjudicación, no se consolidan derechos a favor de los proponentes, toda vez que hasta ese momento solo existen “*meras expectativas”* y, en algunas circunstancias, *expectativas legítimas* a favor de algún participante; conceptos jurídicos que alinderan tanto la existencia y alcance de un eventual derecho o expectativa, y el punto límite de proyección del atributo de la revocatoria del acto administrativo[[17]](#footnote-17).

En ese orden de ideas, para la tesis primera y cuarta la naturaleza jurídica del acto de apertura es la de un acto administrativo general por lo que resulta posible revocarlo de manera unilateral. Se diferencian en que, para la primera, una vez se han presentado las ofertas y conforme avanza el proceso de elección, se irán consolidando “expectativas” jurídicas y económicas de los participantes; mientras que, para la tesis cuarta, previo a la expedición del acto administrativo de adjudicación, no se consolidan derechos a favor de los proponentes, toda vez que hasta ese momento solo existen meras expectativas que se consolidan una vez se selecciona la mejor oferta.

Para la tesis segunda y tercera, una vez se presentan las propuestas en los procesos de selección, el acto de apertura se transforma en un acto administrativo de carácter particular, lo cual hace que adquiera el carácter de irrevocable. La diferencia está en que, para la tesis segunda, el acto se transforma en particular para todos los oferentes que presentaron propuesta en tiempo, razón por la cual se requiere de su aquiescencia para la revocatoria del acto de apertura; mientras que para la tesis tercera el acto de apertura se convierte en particular para el proponente que tenga la mejor oferta, razón por la cual se requiere de la aceptación de este último para poder proceder a la revocatoria del acto de apertura.

En criterio adoptado por esta Subdirección en concepto C-633 de 25 de octubre de 2022, la interpretación que mejor se ajusta al cumplimiento de los fines de la contratación estatal es la tesis cuarta, en tanto que la presentación de las propuestas e incluso la publicación del informe de evaluación no muta ni transforma el carácter general que ostenta el acto de apertura del proceso de selección contractual, pues quien concurre al llamado a presentar una propuesta o manifestar interés en presentarla, reconoce que de por medio está la realización de los fines de la contratación esperada, sin poder esgrimir expectativa alguna que se oponga a esa realización del interés general derivada de su participación y el cumplimiento de los requisitos que le hagan merecedor de una determinación definitiva, y a sabiendas de ello presenta la propuesta, por lo tanto, la revocabilidad procede por cuanto es primordial y tiene preferencia la constatación del interés de la contratación, que no es otro que la garantía de las necesidades públicas frente a las expectativas negociales que nacieron respecto de los proponentes.

En ese orden de ideas las Entidades Estatales no están condicionadas a obtener el consentimiento previo y expreso de los proponentes o del mejor proponente para revocar el acto administrativo de apertura como la facultad que tiene la Administración, de oficio o a petición de parte, de modificar, reformar, sustituir o extinguir los efectos jurídicos del acto con miras a su enmienda o corrección, en tanto se advierta que la decisión administrativa representada en el acto trasgrede el ordenamiento jurídico o va en contra del interés general de conformidad con los requisitos dispuestos en el artículo 97 del CPACA, haciendo prevalecer el imperio de la ley, el interés público y la protección de los derechos.

**3. Respuesta**

“que sucede si UNA ENTIDAD PUBLICA en el SECOP 2 , crea y publica el pliego de condiciones electrónico que sabemos esta conformado por el cuestionario donde están las exigencias, y si en dichas exigencias no aparecen el numeral o condición para cargar por los oferentes los documentos para cumplir capacidad residual, ¿Los oferentes que por error de la entidad no carguen los documentos para calcular la capacidad residual se les debe permitir subsanar?, o ¿se debe revocar el proceso si antes del cierre para entrega de propuestas no se corrige el error por parte de la Entidad que no habilito el numeral para cargar los documentos que acreditan la capacidad residual?” (Sic).

De conformidad con lo expuesto en el presente concepto, a criterio de esta Agencia, el formulario o requisitos de presentación de oferta del pliego de condiciones electrónico en el SECOP II y el pliego de condiciones son un mismo documento, por lo tanto, en aplicación del criterio interpretativo según el cual aquellas disposiciones o situaciones oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella -artículo 1624 del Código Civil-, si la Entidad Estatal al momento de crear o diligenciar el formulario en el SECOP II crea una ambigüedad sobre la cual debió dar una respectiva explicación a los proponentes, ya sea en una respuesta a observaciones o en una adenda al pliego de condiciones, dicha omisión en la presentación de un requisito habilitante, como lo es la capacidad residual, implica que la Entidad Estatal no puede afectar la participación de los proponentes en el proceso de selección, y por lo tanto, la entidad teniendo en cuenta la etapa en la que se encuentre el proceso de selección, podrá determinar si es necesario revocar el acto administrativo de apertura del proceso de selección o modificar el pliego de condiciones para la presentación de los documentos por parte de los proponentes para que acrediten dicho requisito, respetándoles además, su derecho a la subsanación, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Any Alejandra Tovar CastilloContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Ximena Ríos LópezGestor código T1 grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-1)
2. DECRETO 1082 DE 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[...]

Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

[...]”. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis: “De dichos textos (artículos 24 y 29 derogado de la Ley 80 de 1993) se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual”. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17.366. C.P. Mauricio Fajardo Gomez. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Exp. 25.642. C.P. Enrique Gil Botero: “Concreta o materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar”. [↑](#footnote-ref-5)
6. DECRETO 1082 DE 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

“1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

14. El Cronograma”. [↑](#footnote-ref-6)
7. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar*.* El pliego de condiciones en la contratación. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, 2010, pp. 64. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 1 de junio de 2022, radicado 60248; 29 de julio de 2015, radicado 40660; y, del 26 de abril de 2006, radicado 16041. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 1 de junio de 2022, radicado 60248 y del 2 de julio de 2021, radicado 51910. [↑](#footnote-ref-9)
10. SANTOFIMIO GAMBÓA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Págs. 672-673. Bogotá, 2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. Concepto Colombia Compra Eficiente C-030 de 022 [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.

“La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 1: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

“Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750). [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, radicación 760012331000199801093 01 (31.297). [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, radicación 2500-23-26-000-2007-00664-01(46818), [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 2 de julio de 2021 de Exp. 58372. [↑](#footnote-ref-17)