**CCE-DES-FM-17**

**COMPETENCIA – Representante legal – Ordenador del gasto – Responsabilidad**

La competencia es la medida de potestad para actuar de que gozan los órganos del Estado. En tal sentido, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, establece que «La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso». Es decir, los representantes legales de las entidades estatales son los titulares de la competencia para adelantar la gestión contractual, lo que incluye la realización del procedimiento de selección, la expedición de los actos administrativos precontractuales, la celebración del contrato, la suscripción de los actos jurídicos de modificación, adición o prórroga, la liquidación del contrato, la expedición de los actos administrativos contractuales, etc.

**COMITÉ EVALUADOR – Organismo asesor – Recomendación – No vinculante**

Las entidades estatales pueden crear comités evaluadores en la contratación estatal. Así lo prevé el artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015, según el cual «La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones […]». Como puede observarse, los comités evaluadores son organismos asesores que se pueden constituir, para orientar a los representantes legales dentro de la actividad contractual, conformados por profesionales interdisciplinarios, para examinar las ofertas de manera objetiva y recomendar al ordenador del gasto el sentido de la decisión; sugerencia que se materializa en el informe de evaluación.

**INFORME DE EVALUACIÓN – No vinculante – Representante legal – Posibilidad de apartarse**

Si, como se indicó, la competencia para expedir el acto administrativo de adjudicación es del representante legal de la entidad y la existencia del comité evaluador es un caso de desconcentración de funciones, significa que aquel puede apartarse de la recomendación efectuada por este, si tiene razones fundadas para considerar que la evaluación o la sugerencia de dicho organismo asesor no es adecuada. En efecto, el artículo 26, numeral 5º de la Ley 80 de 1993 establece que «La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma». Esta norma permite deducir entonces que si la responsabilidad por la actividad contractual es del representante legal, quien no puede hacerla recaer en los comités asesores, no debe expedir el acto administrativo de adjudicación basado en una recomendación del comité evaluador, que no ostenta carácter vinculante, y que considere errónea, ya que en tal caso podría comprometer su responsabilidad como representante legal.

Bogotá D.C., **03/03/2020 Hora 12:2:42s**

**N° Radicado: 2202013000001545**

Señor(a)

**Arnulfo Hernán Arias Arias**

Ciudad

**Concepto C ─ 128 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COMPETENCIA ― Representante legal ― Ordenador del gasto ― Responsabilidad/ COMITÉ EVALUADOR ― Organismo asesor ― Recomendación ― No vinculante / INFORME DE EVALUACIÓN ― No vinculante ― Representante legal ― Posibilidad de apartarse |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000001030 |

Estimado señor Arias,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 12 de febrero de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿En la audiencia de adjudicación el ordenador del gasto se puede apartar del concepto del comité evaluador?»

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) competencia de los representantes legales de las entidades estatales en la actividad contractual, ii) comités evaluadores en la contratación estatal y iii) posibilidad de que el representante legal se aparte de la recomendación del comité evaluador.

**2.1. Competencia de los representantes legales en la actividad contractual**

La competencia es la medida de potestad para actuar de que gozan los órganos del Estado[[1]](#footnote-1). En tal sentido, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, establece que «La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso». Es decir, los representantes legales de las entidades estatales son los titulares de la competencia para adelantar la gestión contractual, lo que incluye la realización del procedimiento de selección, la expedición de los actos administrativos precontractuales, la celebración del contrato, la suscripción de los actos jurídicos de modificación, adición o prórroga, la liquidación del contrato, la expedición de los actos administrativos contractuales, etc.

Sin perjuicio de ello, los representantes legales, con fundamento en el artículo 211[[2]](#footnote-2) de la Constitución, pueden delegar el ejercicio de la competencia contractual; potestad ratificada por el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Conviene preguntarse entonces por el fundamento de los comités asesores dentro de la actividad contractual y, de manera especial, por los comités evaluadores, para indagar si ello supone una delegación o una desconcentración de la competencia.

**2.2. Comités evaluadores en la contratación estatal: un caso de desconcentración de funciones**

Las entidades estatales pueden crear comités evaluadores en la contratación estatal. Así lo prevé el artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015, según el cual «La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones […]».

Como puede observarse, los comités evaluadores son organismos asesores que se pueden constituir, para orientar a los representantes legales dentro de la actividad contractual, conformados por profesionales interdisciplinarios, para examinar las ofertas de manera objetiva y recomendar al ordenador del gasto el sentido de la decisión; sugerencia que se materializa en el informe de evaluación.

Dicho informe no tiene un carácter vinculante[[3]](#footnote-3) para el servidor público que goza de la competencia para expedir el acto administrativo que contiene la decisión correspondiente.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que la realización de la evaluación y la elaboración del informe correspondiente por parte de los comités, es una de las actividades desconcentradas a las que alude el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, que dispone que «[…] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio»[[4]](#footnote-4).

En otras palabras, la existencia de un comité evaluador no significa que el representante legal quede despojado de la competencia para decidir, bien sea amparándose en las recomendaciones de aquel o apartándose de ellas, como se explicará a continuación.

**2.3. Posibilidad de apartarse de la recomendación del comité evaluador**

Si, como se indicó, la competencia para expedir el acto administrativo de adjudicación es del representante legal de la entidad y la existencia del comité evaluador es un caso de desconcentración de funciones, significa que aquel puede apartarse de la recomendación efectuada por este, si tiene razones fundadas para considerar que la evaluación o la sugerencia de dicho organismo asesor no es adecuada.

En efecto, el artículo 26, numeral 5º de la Ley 80 de 1993 establece que «La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma». Esta norma permite deducir entonces que, si la responsabilidad por la actividad contractual es del representante legal, quien no puede hacerla recaer en los comités asesores, no debe expedir el acto administrativo de adjudicación basado en una recomendación del comité evaluador, que no ostenta carácter vinculante, y que considere errónea, ya que en tal caso podría comprometer su responsabilidad como representante legal.

Un fundamento normativo adicional para avalar la idea de que aquel se puede apartar del informe de evaluación construido por el comité asesor se encuentra en el artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que «En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión». Es decir, este enunciado reconoce que el representante legal puede no acoger la recomendación del comité de evaluador, pero debe explicar las razones por las cuales asume esta alternativa, ya que es la justificación que esgrima la que permitirá controlar la razonabilidad de la decisión.

La motivación, como elemento de validez del acto administrativo, contenida en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011[[5]](#footnote-5), también está prevista para la actividad contractual en el artículo 24, numeral 7º de la Ley 80 de 1993, que expresa: «Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia».

Tal fue el modo como lo entendió esta Subdirección en concepto emitido en respuesta a la consulta 4201811000008926, en el que sostuvo:

La normativa del Sistema de Compra Pública no contempla criterios específicos para que el ordenador del gasto pueda apartarse de la decisión del comité evaluador sobre los resultados de la evaluación de las ofertas de los proponentes. Sin embargo, el Decreto 1082 de 2015 señala que en el caso que la Entidad Estatal no acoja la recomendación realizada por el comité evaluador, esta debe justificar su decisión, la cual debe dar una razón plena del proceso lógico y jurídico y estar conforme con los principios que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas.

Con fundamento en esta idea, se responderá el interrogante formulado en la consulta.

**3. Respuesta**

i) «¿En la audiencia de adjudicación el ordenador del gasto se puede apartar del concepto del comité evaluador?»

El representante legal puede apartarse de la recomendación del comité evaluador, si considera que hay razones suficientes para considerar que el informe de evaluación es equivocado, pero tiene una carga de motivación de la decisión.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. «Referirse a la competencia como a la medida de potestad o al complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo ha sido la posición comúnmente adoptada por los juristas al abordar esta cuestión, […]» (CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. Tomo II. 9ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 189). [↑](#footnote-ref-1)
2. «La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

   »La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

   »La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios». [↑](#footnote-ref-2)
3. «El informe de evaluación realizado por el comité evaluador no es un acto administrativo […]. Se trata de un documento de trámite o preparatorio necesario para formar en definitiva la voluntad del Estado que tampoco es vinculante en cuanto no determina el resultado final, amén de no ser producido por la autoridad competente para efectuar la selección» (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 439). [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de diciembre de 2007. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Expediente: 1871. [↑](#footnote-ref-4)
5. «Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

   »La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos». [↑](#footnote-ref-5)