**CCE-DES-FM-17**

**CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Audiencia pública – Analogía – Obligatoriedad – Inaplicable**

En lo que respecta al concurso de méritos, si bien la etapa de adjudicación es obligatoria, no existe una norma que obligue a realizarla por *audiencia pública*. *Por un lado*, aunque el artículo 2.3 de la Ley 1150 de 2007 no se refiere expresamente a este aspecto del procedimiento, el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el pliego de condiciones contiene información sobre «Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato». En consecuencia, pese a que el reglamento dispone reglas especiales para el concurso de méritos, no es posible prescindir de la expedición de este acto administrativo.

*Por otra parte*, en la medida que –conforme al inciso segundo del citado artículo 273 superior– las audiencias públicas solo son exigibles en los supuestos expresamente regulados por la ley, no es posible la aplicación analógica el artículo 30.10 de la Ley 80 de 1993 ni el artículo 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007. Aunque tanto la licitación como el concurso son «[…] una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable» –par. del art. 30 del Estatuto General–, la analogía es inaceptable, ya que se trata de procedimientos de selección completamente diferentes, razón por la cual en la medida que no se adelantan de la misma manera, es incorrecto aplicar las normas de la primera al segundo.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Principio de publicidad – Procedimiento administrativo general – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Ausencia de regulación**

Aunque las *audiencias públicas* no son obligatorias en el concurso de méritos, cabe preguntarse si son *potestativas*. La respuesta positiva a esta inquietud se fundamenta en dos (2) argumentos. *En primer lugar*, el principio de publicidad permitiría su realización eventual, ya que este tiene un carácter transversal y multifacético en las actuaciones estatales. Conforme al artículo 209 superior es un eje rector de la función administrativa, por lo que despliega sus efectos en las mas diversas esferas de la actividad estatal, incluidas las actuaciones contractuales. Además, entre otras manifestaciones, no se agota en el deber de publicar la información de la entidad, permitir su acceso al público, comunicar el inicio de las actuaciones administrativas a terceros ni en la obligación de notificar o publicar los actos administrativos, ya que las audiencias también desarrollan este principio. *En segundo lugar*, teniendo en cuenta que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 remite al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, aplicaría el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que «Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella».

[…]

Para esta Subdirección no existe la prohibición tácita de realizar *audiencias potestativas* en otros procedimientos de selección, ya que los supuestos mencionados en [los artículos 30.10 de la Ley 80 de 1993, los artículos 4 y 9 de la Ley 1150 de 2007, así como el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011] se refieren a las *audiencias obligatorias*. En este último punto, es decir, sobre las *audiencias obligatorias*, el Estatuto General de Contratación tiene pretensiones de exhaustividad, pues si son un elemento reglado del procedimiento, la falta de realización implica un vicio de nulidad. En consecuencia, existe una prohibición tácita de adelantar *audiencias obligatorias* fuera de los casos previstos en la ley, por lo que es posible integrar el vacío legal sobre la procedencia de las *audiencias potestativas* con el citado inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, en la medida que estas últimas no se regularon en las normas que conforman el Estatuto General.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Compatibilidad**

[…] las *audiencias potestativas* del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 deben ser compatibles con los principios de la actividad contractual –art 77 de la Ley 80 de 1993–. El asunto […] es problemático, porque el artículo 25.2 de la Ley 80 de 1993 dispone que conforme al principio de economía «Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias». De esta manera, podría sostenerse que en la medida que la ley no reguló audiencias para procedimientos de selección distintos a la licitación pública, las entidades no podrían adelantarlas oficiosamente a falta de norma especial.

La Subdirección no comparte la idea del párrafo precedente, ya que la audiencia no implica una fase adicional del procedimiento, pues tiene como objeto la adjudicación de contrato, es decir, una etapa existente dentro del concurso de méritos conforme al citado numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015. Por lo anterior, la realización de *audiencias públicas* en los términos del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 no implica una violación del principio de economía, pues no agrega una etapa adicional al procedimiento de selección: lo único que cambia es la forma de adjudicar los contratos en el concurso de méritos, garantizando la participación de los proponentes y demás interesados, lo cual no sólo es compatible con los fines de la contratación pública –art. 3 de la Ley 80 de 1993– sino también con los principios de la función administrativa –art. 209 de la Constitución Política de 1991–.

**INFORME DE EVALUACIÓN – Comité evaluador – Selección objetiva – Discrecionalidad – Ausencia**

El comité evaluador, en los términos del artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015, realiza el análisis jurídico, técnico y económico necesario para la verificar y comparar las propuestas. El resultado de estas actividades es el *informe de evaluación*, acto que no solo define la admisión de las ofertas en el procedimiento de selección sino también el orden de elegibilidad de los proponentes. Conforme al principio de selección objetiva, este comité tiene una potestad reglada para evaluar las ofertas, pues tanto la verificación como asignación de puntaje se sujeta a los términos dispuestos en la ley y el pliego de condiciones.

[…]

De esta manera, la ley proscribe el ejercicio de potestades discrecionales en la fase de evaluación. Naturalmente, la Administración conserva autonomía para definir los factores de verificación y ponderación antes de la apertura del proceso selección e, incluso, para modificarlos de oficio o a petición de parte, esto último conforme a las observaciones que presenten los proponentes al pliego definitivo. Sin embargo, estos factores son inmodificables con la presentación de las propuestas, por lo que el comité debe tenerlos en cuenta para la evaluación de las ofertas como elementos reglados para motivar informe, el cual no solo es un acto de trámite sino también una recomendación para la adjudicación del contrato. De esta manera, la jurisprudencia considera que cualquier margen de discrecionalidad sobre el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la asignación de puntaje desconoce el principio de selección objetiva.

**INFORME DE EVALUACIÓN – Corrección – Errores – Factores – Asignación puntaje**

Aunque el citado artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «[…] El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones […]», puede suceder que el informe contenga errores porque el comité no aplica todos los factores de asignación de puntaje dispuestos en las bases del concurso. En este caso, además de que los proponentes pueden formular observaciones, el artículo 49 de la Ley 80 de 1993 permiten corregir las irregularidades del procedimiento de selección, ya que «Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio». Bajo este fundamento, el comité de evaluador puede corregir oficiosamente el informe de evaluación inicial.

Esta idea concuerda con el artículo 41 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, pues prescribe que «La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla». Esta atribución es importante, ya que, si el código no permite formular incidentes de nulidad durante el procedimiento administrativo, este es el medio dispuesto por la ley para corregirlo. Incluso, la norma se inspira en el principio de eficacia, pues de conformidad con este se podrán sanearse las irregularidades procedimentales para garantizar la efectividad de los derechos materiales objeto de la actuación administrativa –art. 3.11 de la Ley 1437 de 2011–. En esta medida, el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 también se integra al procedimiento contractual en virtud del artículo 23 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**INFORME DE EVALUACIÓN – Traslado adicional**

Con independencia de que los proponentes adviertan el error a través de las observaciones o que la Administración lo corrija de oficio, lo importante es que se pondera un criterio de evaluación que no estaba contenido en el informe inicial, por lo que es necesario publicar nuevamente las modificaciones de la calificación técnica y del orden de elegibilidad por tres (3) días hábiles, es decir, aplicando numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Al respecto, la doctrina considera que las modificaciones del informe deben ponerse en conocimiento de los proponentes para que formulen observaciones sobre los aspectos nuevos contenidos en él […]

[…]

Para la Subdirección esta idea se fundamenta en el respeto del debido proceso en las actuaciones contractuales, pues si los proponentes tienen un término para ejercer el derecho de contradicción frente a los criterios ponderados inicialmente, no es razonable que la entidad –con fundamento en el pliego– califique un criterio adicional, cambie el orden de elegibilidad y, pese a esto, no otorgue un término para controvertir las modificaciones o lo haga por un plazo menor al previsto en el reglamento. En esta medida, el comité asesor deber ser cuidadoso al evaluar los factores de asignación de puntaje, pues si falta alguno, la Administración debe corregir el informe y hacer un nuevo traslado a los proponentes para que formulen observaciones al respecto, expidiendo la adenda para ampliar el cronograma del procedimiento de selección.

Bogotá D.C., **30/06/2020 Hora 13:22:41s**

**N° Radicado: 2202013000005535**

Señor

**Fabián Darío Romero**

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C – 388 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Audiencia pública – Analogía – Inaplicable / CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Principio de publicidad – Procedimiento administrativo general – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Ausencia de regulación / CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Compatibles / INFORME DE EVALUACIÓN – Comité evaluador – Selección objetiva – Discrecionalidad – Ausencia / INFORME DE EVALUACIÓN – Corrección – Errores – Factores de asignación de puntaje / INFORME DE EVALUACIÓN – Traslado adicional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000004242  |
|  |  |

Estimado señor Romero:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de mayo de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Es posible para una entidad estatal en desarrollo de un proceso de selección Concurso de Méritos, establecer dentro del pliego de condiciones y para el desarrollo del proceso, una audiencia pública adicional para la “adjudicación del contrato”, ya sea esta parte o no de la audiencia pública propia de este tipo de procesos de selección de contratistas, que son las audiencias de comunicación del orden de elegibilidad y apertura del sobre económico?» y ii) «Si la entidad de forma posterior a la publicación del informe de evaluación que contiene la calificación técnica y el orden de elegibilidad, aplica un criterio adicional de ponderación de los ofrecimientos que esté contenido en los pliegos, como a una formula la aplicación de trm del día anterior a la realización de la audiencia pública. y esto puede alterar la calificación y por consiguiente el orden de elegibilidad, ¿debe nuevamente la entidad dar el requerido traslado de tres (3) días que exige [el artículo numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015] al orden de elegibilidad?» (Corchetes fuera de texto).

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se analizarán los siguientes temas: i) audiencia de adjudicación en el concurso de méritos y ii) modificaciones del informe de evaluación por la ausencia de ponderación de todos los criterios del pliego de condiciones

 Recientemente esta Subdirección expidió el Concepto C-124 del 25 de marzo de 2020, donde se explicó que la audiencia de adjudicación únicamente es obligatoria en la licitación pública o, lo que es lo mismo, dicha diligencia es potestativa en otros procedimientos de selección. La tesis propuesta en este concepto se expone a continuación:

**2.1. Carácter potestativo de la audiencia pública de adjudicación en el concurso de méritos**

Uno de los principios que rige la contratación estatal es el de transparencia, cuya máxima expresión se traduce en la litación pública, procedimiento que, a su vez, constituye la regla general para la selección de contratistas y en el que sus etapas se desarrollan mediante convocatoria pública en igualdad de condiciones, con libre concurrencia y orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la Administración. Esta modalidad de selección de la Ley 80 de 1993, así como las demás previstas con la expedición de la Ley 1150 de 2007, especialmente, la selección abreviada y el concurso de méritos, culminan con el acto de adjudicación, decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor oferente[[1]](#footnote-1).

En concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política, el artículo 30.10 de la Ley 80 de 1993, dispone que los procedimientos de licitación se adjudicaran en *audiencia pública* en los casos previstos en la norma superior[[2]](#footnote-2). Lo anterior se reitera en el artículo 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007, pues «En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia». Para la Corte Constitucional la disposición citada es exequible, en la medida que –además de desarrollar una norma superior– las audiencias garantizan la transparencia de las decisiones[[3]](#footnote-3).

En lo que respecta al concurso de méritos, si bien la etapa de adjudicación es obligatoria, no existe una norma que obligue a realizarla por *audiencia pública*. *Por un lado*, aunque el artículo 2.3 de la Ley 1150 de 2007 no se refiere expresamente a este aspecto del procedimiento, el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el pliego de condiciones contiene información sobre «Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato»[[4]](#footnote-4). En consecuencia, pese a que el reglamento dispone reglas especiales para el concurso de méritos, no es posible prescindir de la expedición de este acto administrativo.

*Por otra parte*, en la medida que –conforme al inciso segundo del citado artículo 273 superior– las audiencias públicas solo son exigibles en los supuestos expresamente regulados por la ley, no es posible la aplicación analógica el artículo 30.10 de la Ley 80 de 1993 ni el artículo 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007. Aunque tanto la licitación como el concurso son «[…] una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable» –par. del art. 30 del Estatuto General–, la analogía es inaceptable, ya que se trata de procedimientos de selección completamente diferentes, razón por la cual en la medida que no se adelantan de la misma manera, es incorrecto aplicar las normas de la primera al segundo.

Aunque las *audiencias públicas* no son obligatorias en el concurso de méritos, cabe preguntarse si son *potestativas*. La respuesta positiva a esta inquietud se fundamenta en dos (2) argumentos. *En primer lugar*, el principio de publicidad permitiría su realización eventual, ya que este tiene un carácter transversal y multifacético en las actuaciones estatales. Conforme al artículo 209 superior es un eje rector de la función administrativa, por lo que despliega sus efectos en las mas diversas esferas de la actividad estatal, incluidas las actuaciones contractuales. Además, entre otras manifestaciones, no se agota en el deber de publicar la información de la entidad, permitir su acceso al público, comunicar el inicio de las actuaciones administrativas a terceros ni en la obligación de notificar o publicar los actos administrativos, ya que las audiencias también desarrollan este principio.

*En segundo lugar*, teniendo en cuenta que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 remite al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, aplicaría el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que «Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella».

En esta medida, las audiencias son una garantía para los principios de la función administrativa como el de publicidad, participación, contradicción y eficiencia, por lo que –mas allá de la sujeción estricta al principio de legalidad– contribuyen a la legitimación de las decisiones públicas[[5]](#footnote-5). De hecho, el literal a) del artículo 32 de la Ley 489 de 1998 refuerza esta tesis, ya que permite la realización de *audiencias públicas*[[6]](#footnote-6). Pese a lo anterior, la aplicación del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 no está exenta de problemas, pues la remisión a las normas del Código de Procedimiento Administrativo supone un vacío legal en los procedimientos contractuales y, además, la realización de audiencias no previstas en el Estatuto General podría violar el principio de economía.

*Por un lado*, si bien el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone la aplicación de la Ley 1437 de 2011 en los aspectos que sean compatibles con la finalidad y los principios del Estatuto General de Contratación, el inciso final del artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo prescribe que «Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. *En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código*» (Cursivas fuera de texto). De esta manera, la posibilidad de realizar audiencias con fundamento en el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 supone que la Ley 80 de 1993 no haya regulado este aspecto.

El tema es controvertido, pues si bien el Estatuto General regula *audiencias obligatorias* como la de adjudicación en la licitación pública –art. 30.10 de la Ley 80 de 1993 y art 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007–, la de asignación de riesgos en el mismo procedimiento de selección –art. 4 de la Ley 1150 de 2007– o la de imposición de sanciones contractuales –art. 86 de la Ley 1474 de 2011–, la ausencia de regulación en otros aspectos del procedimiento significa una de las siguientes situaciones: i) la prohibición tácita de realizar audiencias que no estén presamente reguladas o ii) la existencia de vacío legal que exige la integración del ordenamiento jurídico para llenarlo.

Para esta Subdirección no existe la prohibición tácita de realizar *audiencias potestativas* en otros procedimientos de selección, ya que los supuestos mencionados en el párrafo precedente se refieren a las *audiencias obligatorias*. En este último punto, es decir, sobre las *audiencias obligatorias*, el Estatuto General de Contratación tiene pretensiones de exhaustividad, pues si son un elemento reglado del procedimiento, la falta de realización implica un vicio de nulidad. En consecuencia, existe una prohibición tácita de adelantar *audiencias obligatorias* fuera de los casos previstos en la ley, por lo que es posible integrar el vacío legal sobre la procedencia de las *audiencias potestativas* con el citado inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, en la medida que estas últimas no se regularon en las normas que conforman el Estatuto General.

Sin embargo, *por otra parte*, las *audiencias potestativas* del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 deben ser compatibles con los principios de la actividad contractual –art 77 de la Ley 80 de 1993–. El asunto también es problemático, porque el artículo 25.2 de la Ley 80 de 1993 dispone que conforme al principio de economía «Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias». De esta manera, podría sostenerse que en la medida que la ley no reguló audiencias para procedimientos de selección distintos a la licitación pública, las entidades no podrían adelantarlas oficiosamente a falta de norma especial.

La Subdirección no comparte la idea del párrafo precedente, ya que la audiencia no implica una fase adicional del procedimiento, pues tiene como objeto la adjudicación del contrato, es decir, una etapa existente dentro del concurso de méritos conforme al citado numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015. Por lo anterior, la realización de *audiencias públicas* en los términos del inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 no implica una violación del principio de economía, pues no agrega una etapa adicional al procedimiento de selección: lo único que cambia es la forma de adjudicar los contratos en el concurso de méritos, garantizando la participación de los proponentes y demás interesados, lo cual no sólo es compatible con los fines de la contratación pública –art. 3 de la Ley 80 de 1993– sino también con los principios de la función administrativa –art. 209 de la Constitución Política de 1991–.

De esta manera, se concluye que la Administración –a través del pliego de condiciones– puede disponer la realización de *audiencias públicas* para la adjudicación de los contratos derivados de los concursos de méritos. Lo anterior con fundamento en i) el principio de publicidad como eje rector de las actuaciones administrativas y ii) la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del procedimiento administrativo general, en virtud de la cual aplica el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011.

**2.2.** **Modificaciones al informe de evaluación** **por la ausencia de ponderación de todos los criterios del pliego de condiciones**

El comité evaluador, en los términos del artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015, realiza el análisis jurídico, técnico y económico necesario para la verificar y comparar las propuestas[[7]](#footnote-7). El resultado de estas actividades es el *informe de evaluación*, acto que no solo define la admisión de las ofertas en el procedimiento de selección sino también el orden de elegibilidad de los proponentes. Conforme al principio de selección objetiva, este comité tiene una potestad reglada para evaluar las ofertas, pues tanto la verificación como asignación de puntaje se sujeta a los términos dispuestos en la ley y el pliego de condiciones. Al respecto, el artículo 5, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente:

*La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos* […]. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. (Énfasis fuera de texto)

 De esta manera, la ley proscribe el ejercicio de potestades discrecionales en la fase de evaluación. Naturalmente, la Administración conserva autonomía para definir los factores de verificación y ponderación antes de la apertura del proceso selección e, incluso, para modificarlos de oficio o a petición de parte, esto último conforme a las observaciones que presenten los proponentes al pliego definitivo. Sin embargo, estos factores son inmodificables con la presentación de las propuestas, por lo que el comité debe tenerlos en cuenta para la evaluación de las ofertas como elementos reglados para motivar informe, el cual no solo es un acto de trámite sino también una recomendación para la adjudicación del contrato. De esta manera, la jurisprudencia considera que cualquier margen de discrecionalidad sobre el cumplimiento de los requisitos habilitantes o la asignación de puntaje desconoce el principio de selección objetiva[[8]](#footnote-8).

 Aunque el citado artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «[…] El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones […]», puede suceder que el informe contenga errores porque el comité no aplica todos los factores de asignación de puntaje dispuestos en las bases del concurso. En este caso, además de que los proponentes pueden formular observaciones, el artículo 49 de la Ley 80 de 1993 permiten corregir las irregularidades del procedimiento de selección, ya que «Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio». Bajo este fundamento, el comité de evaluador puede corregir oficiosamente el informe de evaluación inicial.

 Esta idea concuerda con el artículo 41 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, pues prescribe que «La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla». Esta atribución es importante, ya que si el código no permite formular incidentes de nulidad durante el procedimiento administrativo, este es el medio dispuesto por la ley para corregirlo. Incluso, la norma se inspira en el principio de eficacia, pues de conformidad con este se podrán sanearse las irregularidades procedimentales para garantizar la efectividad de los derechos materiales objeto de la actuación administrativa –art. 3.11 de la Ley 1437 de 2011–. En esta medida, el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 también se integra al procedimiento contractual en virtud del artículo 23 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[9]](#footnote-9).

 Con independencia de que los proponentes adviertan el error a través de las observaciones o que la Administración lo corrija de oficio, lo importante es que se pondera un criterio de evaluación que no estaba contenido en el informe inicial, por lo que es necesario publicar nuevamente las modificaciones de la calificación técnica y del orden de elegibilidad por tres (3) días hábiles, es decir, aplicando numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Al respecto, la doctrina considera que las modificaciones del informe deben ponerse en conocimiento de los proponentes para que formulen observaciones sobre los aspectos nuevos contenidos en él. En esta medida, precisa lo siguiente:

[…] una vez corregido el informe de evaluación, este debe ser puesto nuevamente en conocimiento de los interesados para que se defiendan de sus conclusiones, pero ello no implica en forma alguna que los proponentes y terceros tengan una nueva oportunidad para volver a discutir los mismos puntos que hicieron parte de las observaciones iniciales al informe de evaluación, es decir, no se trata de una nueva etapa para reabrir discusiones ya resueltas por el comité, así no se compartan las conclusiones del órgano asesor. Aceptar lo contrario es atentar contra los fines de la contratación estatal y de paso con la preclusividad de los plazos en los procesos de selección de contratistas del Estado.

El interés para cuestionar el documento de respuesta a las observaciones solo surge a partir de una decisión que contenga un aspecto nuevo, que no haya sido conocido por quien lo objeta o sobre el cual no haya podido ejercer su derecho de defensa […][[10]](#footnote-10).

Para la Subdirección esta idea se fundamenta en el respeto del debido proceso en las actuaciones contractuales, pues si los proponentes tienen un término para ejercer el derecho de contradicción frente a los criterios ponderados inicialmente, no es razonable que la entidad –con fundamento en el pliego– califique un criterio adicional, cambie el orden de elegibilidad y, pese a esto, no otorgue un término para controvertir las modificaciones o lo haga por un plazo menor al previsto en el reglamento. En esta medida, el comité asesor deber ser cuidadoso al evaluar los factores de asignación de puntaje, pues si falta alguno, la Administración debe corregir el informe y hacer un nuevo traslado a los proponentes para que formulen observaciones al respecto, expidiendo la adenda para ampliar el cronograma del procedimiento de selección.

1. **Respuesta**

i) «¿Es posible para una entidad estatal en desarrollo de un proceso de selección Concurso de Méritos, establecer dentro del pliego de condiciones y para el desarrollo del proceso, una audiencia pública adicional para la “adjudicación del contrato”, ya sea esta parte o no de la audiencia pública propia de este tipo de procesos de selección de contratistas, que son las audiencias de comunicación del orden de elegibilidad y apertura del sobre económico?».

La Administración –a través del pliego de condiciones– puede disponer la realización de *audiencias públicas* para la adjudicación de los contratos derivados de los concursos de méritos. Lo anterior con fundamento en i) el principio de publicidad como eje rector de las actuaciones administrativas y ii) la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del procedimiento administrativo general, en virtud de la cual aplica el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011.

 A diferencia de las audienciasprevistas en el artículo 30.10 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 9, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007 para la licitación pública, estas no forman parte necesaria del concurso de méritos, pero se integran discrecionalmente al procedimiento conforme a lo explicado en el párrafo anterior, porque las audiencias públicas –sin crear una etapa nueva, es decir, acatando el artículo 25. 2 del Estatuto General– no sólo son compatibles con los fines de la contratación pública –art. 3 de la Ley 80 de 1993– sino también con los principios de la función administrativa –art. 209 de la Constitución Política de 1991–.

ii) «Si la entidad de forma posterior a la publicación del informe de evaluación que contiene la calificación técnica y el orden de elegibilidad, aplica un criterio adicional de ponderación de los ofrecimientos que esté contenido en los pliegos, como a una formula la aplicación de trm del día anterior a la realización de la audiencia pública. y esto puede alterar la calificación y por consiguiente el orden de elegibilidad, ¿debe nuevamente la entidad dar el requerido traslado de tres (3) días que exige [el artículo numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015] al orden de elegibilidad?» (Corchetes fuera de texto).

Con independencia de que el error lo advierta la entidad o los oferentes, como se pondera un factor de evaluación que no está contenido en el informe inicial, la observancia del debido proceso exige publicar nuevamente las modificaciones de la calificación técnica y del orden de elegibilidad por tres (3) días hábiles, aplicando numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. En esta medida, el comité asesor deber ser cuidadoso al evaluar los factores de asignación de puntaje, pues si falta alguno, la Administración debe corregirlo y hacer un nuevo traslado a los proponentes para que formulen observaciones al respecto, expidiendo la adenda para ampliar el cronograma del procedimiento de selección. Esto como garantía del derecho a controvertir los puntos nuevos incluidos en las modificaciones del informe inicial.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. En efecto, «La adjudicación es una etapa previa al contrato. No es el contrato sino un acto administrativo pre-contractual que declara la propuesta aceptable y por el cual el licitante se obliga a efectuar los actos integrativos del procedimiento y formalización contractual» (DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 390). [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto, el artículo 273 de la Constitución Política de 1991 dispone lo siguiente: «A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

»Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley».

En este sentido, el artículo 30.10 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prescribe que «En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participaran el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

»De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido». [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-380 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-3)
4. El artículo 2.3 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el concurso de méritos «Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

»De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado». [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, «[…] las audiencias públicas dan, facilitan o aseguran una mayor participación, optimizando […] el procedimiento administrativo previo a la emisión de las medidas de alcance general o medidas de potencial amplio espectro, tornándolo éticamente aceptable. No olvidemos que una medida, general, dictada con la posibilidad de participación previa, siempre quedará revestida de mayor legitimidad democrática que en el supuesto que esa posibilidad haya estado ausente. Además, dar lugar a esa participación implica reconocer la dignidad en los participantes. Y, […] con sentido práctico, aquella mayor legitimidad democrática puede tener, como efecto, “blindar” a la medida general, acotándose o restringiéndose el margen para la revisión judicial» (SACRISTÁN, Estela. Participación en el procedimiento administrativo: las audiencias públicas. En: Procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional. Astrea: Buenos Aires, 2015. p. 24).

 [↑](#footnote-ref-5)
6. En concordancia, el artículo 33 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente: «Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.

»Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.

»En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada». [↑](#footnote-ref-6)
7. El artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 dispone lo siguiente: «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. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión.

»Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley.

»La verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural». [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Rad. 13.790. C.P. Nora Cecilia Gómez Molina. En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil explica que la selección es objetiva cuando «[…] cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión […]. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo […] un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva» (CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Rad. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo). Por ello, el artículo 26.3 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos […] cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos». [↑](#footnote-ref-8)
9. De conformidad con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993: «*Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán* con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y *de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa*. *Igualmente, se aplicarán* en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, *los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-9)
10. TAMAYO RODRÍGUEZ, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R LTDA, 2016. pp. 239-240. [↑](#footnote-ref-10)