**CONCURSO DE MÉRITOS – Noción**

El concurso de méritos es una modalidad que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para la celebración de contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo establecido en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 .

**CONCURSO DE MÉRITOS – Modalidades**

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015 regula el concurso de méritos. Allí se establecen sus distintas modalidades: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado decreto.

**DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional – Selección de consultores**

[…] la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018 y el 20 de febrero de 2019, suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición. Las normas suspendidas regulan el concurso de méritos abierto o sin precalificación.

[…]

El Consejo de Estado considera que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señala que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] 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 […]». En este sentido, explica que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconoce el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección. En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista.

**CONCURSO DE MÉRITOS­ – Procedimiento – Audiencia – Orden de elegibilidad – Suspensión provisional – SECOP II**

Si bien esta Agencia –conforme al Concepto C-124 del 25 de marzo de 2020– considera que las entidades deben verificar que la propuesta económica se ajuste al presupuesto oficial conforme al artículo 25.6 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, con los autos de suspensión provisional el concurso de méritos abierto se desarrolla aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que la entidad dispone los criterios de evaluación en el pliego y que, tanto con la verificación como con la ponderación de las propuestas económicas, se publica el informe por tres (3) días hábiles.

Aunque el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 no dispone que la calificación técnica y el orden de elegibilidad se determinen obligatoriamente en audiencia pública, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informa que el SECOP II exige programar la fecha de la «Audiencia de comunicación del orden de elegibilidad» y de «Apertura del sobre económico» en el cronograma del proceso de selección. Sin embargo, estas no deben conducir a la aplicación de alguno de los numerales suspendidos por el Consejo de Estado, ya que conforme a los autos citados *ut supra*, resueltas las observaciones al informe de evaluación no es posible acordar el precio con los oferentes. Por lo tanto, siempre que esté dentro del presupuesto oficial, la entidad deberá adjudicar el contrato al proponente que ocupe el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**CONCURSO DE MÉRITOS­ – Adjudicación – Audiencia pública – Analogía – 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 – Adjudicación – 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 – Adjudicación – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Compatibles**

[…] 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–.

Bogotá D.C., **02/10/2020**

**N° Radicado: 2202013000009491**

Señora

**Viviana Rozo**

Ciudad

**Concepto C ‒ 612 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONCURSO DE MÉRITOS – Noción / CONCURSO DE MÉRITOS – Modalidades / DECRETO 1082 DE 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional – Selección de consultores / CONCURSO DE MÉRITOS – Procedimiento – Audiencia – Orden de elegibilidad – Suspensión provisional – SECOP II / CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Audiencia pública – Analogía – Inaplicable / CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Procedimiento administrativo general –Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Ausencia de regulación / CONCURSO DE MÉRITOS – Adjudicación – Audiencias potestativas – Estatuto general de contratación – Compatibles. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000007721  |

Estimada señora Rozo:

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

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente pregunta, en relación con el concurso de méritos abierto: «¿[…] cómo se está llevando a cabo la audiencia para el orden de elegibilidad y la adjudicación, […] cómo se están llevando en la plataforma; teniendo en cuenta que los numerales 4, 5 y 6 del decreto 1082 no están habilitados?».

1. **Consideraciones**

Para responder la pregunta planteada, se analizarán los siguientes temas: i) cambios del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado y ii) posibilidad de realizar audiencias de adjudicación en este procedimiento de selección.

 Recientemente esta Subdirección expidió el concepto C-477 del 13 de julio de 2020, que analizó un interrogante similar. Igualmente, profirió el concepto C-124 del 25 de marzo de 2020, donde se explicó no solo la forma de analizar el precio en el concurso de méritos, sino también 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. Las tesis expuestas en dichos conceptos se exponen a continuación:

**2.1. Procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado**

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015 regula el concurso de méritos. Allí dispone las distintas modalidades: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[[1]](#footnote-2) y del 20 de febrero de 2019[[2]](#footnote-3), suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición. Las normas suspendidas regulan el concurso de méritos abierto o sin precalificación. El texto de estos numerales dispone lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

*3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*

*4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*5. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación*. (Énfasis fuera de texto)

Los citados numerales 3, 4 y 5 disponen la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigen que esté dentro del presupuesto disponible y que este aspecto sea producto del acuerdo entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar. Por otro lado, el numeral 5 dispone el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no lleguen a un acuerdo sobre el precio del contrato. Además, el numeral 6 solo permite negociar el precio con el proponente que ocupe en segundo orden de elegibilidad, por lo que si no es posible llegar a un acuerdo con este, procedería la declaración de desierta.

El Consejo de Estado considera que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señala que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] 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 […]». En este sentido, explica que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconoce el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección[[3]](#footnote-4). En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista[[4]](#footnote-5).

Si bien esta Agencia –conforme al Concepto C-124 del 25 de marzo de 2020– considera que las entidades deben verificar que la propuesta económica se ajuste al presupuesto oficial, conforme al artículo 25.6 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, con los autos de suspensión provisional el concurso de méritos abierto se desarrolla aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que la entidad dispone los criterios de evaluación en el pliego y que, con la evaluación de las propuestas económicas se publica el informe por tres (3) días hábiles.

Aunque el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 no dispone que la calificación técnica y el orden de elegibilidad se determinen obligatoriamente en audiencia pública, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informa que el SECOP II exige programar la fecha de la «Audiencia de comunicación del orden de elegibilidad» y de «Apertura del sobre económico» en el cronograma del proceso de selección. Sin embargo, estas no deben conducir a aplicar alguno de los numerales suspendidos por el Consejo de Estado, ya que conforme a los autos citados *ut supra*, resueltas las observaciones al informe de evaluación no es posible acordar el precio con los oferentes. Por lo tanto, siempre que esté dentro del presupuesto oficial, la entidad deberá adjudicar el contrato al proponente que ocupe el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

Pese a que con los autos del Consejo de Estado la «Audiencia de comunicación del orden de elegibilidad» y de «Apertura del sobre económico» no pueden desarrollar alguna de las etapas suspendidas provisionalmente, vale la pena reflexionar sobre la adjudicación del concurso de méritos a través de audiencia pública. El tema se analizará en el siguiente apartado.

**2.2. 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[[5]](#footnote-6).

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[[6]](#footnote-7). 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 en que –además de desarrollar una norma superior– las audiencias garantizan la transparencia de las decisiones[[7]](#footnote-8).

En lo que respecta al concurso de méritos, si bien la etapa de adjudicación es obligatoria, no existe una norma que obligue a realizarla en *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»[[8]](#footnote-9). 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 en 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 aplicar 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 en 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 a esta inquietud es positiva, y 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 más 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[[9]](#footnote-10). 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*[[10]](#footnote-11). 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 expresamente reguladas o ii) la existencia de un 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 en 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 en 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 solo 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 –siempre que lo disponga en el pliego de condiciones– puede realizar *audiencias públicas* para adjudicar 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.

**3. Respuesta**

«¿[…] cómo se está llevando a cabo la audiencia para el orden de elegibilidad y la adjudicación, […] cómo se están llevando en la plataforma; teniendo en cuenta que los numerales 4, 5 y 6 del decreto 1082 no están habilitados?»

Si bien esta Subdirección considera que, conforme al artículo 25.6 de la Ley 80 de 1993 y al artículo 71 del Decreto 111 de 1996, las entidades deben verificar que la propuesta económica se ajuste al presupuesto oficial, con los autos de suspensión provisional el concurso de méritos abierto se desarrolla aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que la entidad dispone los criterios de evaluación en el pliego y que, con la evaluación de las propuestas económicas se publica el informe por tres (3) días hábiles.

 Aunque el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 no dispone que la calificación técnica y el orden de elegibilidad se determinen obligatoriamente en audiencia pública, la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informa que el SECOP II exige programar la fecha de la «Audiencia de comunicación del orden de elegibilidad» y de «Apertura del sobre económico» en el cronograma del proceso de selección. Sin embargo, estas no deben conducir a aplicar alguno de los numerales suspendidos por el Consejo de Estado, ya que conforme a los autos citados *ut supra*, resueltas las observaciones al informe de evaluación no es posible acordar el precio con los oferentes. Por lo tanto, siempre que esté dentro del presupuesto oficial, la entidad deberá adjudicar el contrato al proponente que ocupe el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

En todo caso, la Administración –siempre que lo disponga en el pliego de condiciones– puede realizar *audiencias públicas* para la adjudicación de los contratos derivados de los concursos de méritos, pues son compatibles con numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. 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.

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 DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre este aspecto, «[…] los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «… precio ofrecido …» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

»Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «… trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos …» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-4)
4. En efecto, «[…] cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico). [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-380 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-9)
9. 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-10)
10. 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-11)