**PLANEACIÓN – Estudios previos**

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

**ESTUDIOS PREVIOS – Planeación – Análisis del sector – Requisitos habilitantes y ponderables**

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

**PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza jurídica**

Mas allá del cumplimiento de la normativa, *“los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato”,* por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la entidad estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros.

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

**PLIEGO DE CONDICIONES – Contenido – Carácter prevalente – Selección objetiva**

De otra parte, es necesario explicar que, el pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan sobre el cual se diseña, estructura y concreta el proceso de selección de contratistas. El mismo ha sido definido como un “acto jurídico mixto, que nace como un acto administrativo de contenido general y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo”.

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

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

****

Señora

**Laura Alejandra Ríos Carrillo**

alejandrarioc0415@gmail.com

Bucaramanga, Santander

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C – 314 de 2024** |
| **Temas:**  | PLANEACIÓN – Estudios previos / ESTUDIOS PREVIOS – Planeación – Análisis del sector – Requisitos habilitantes y ponderables / PLIEGO DE CONDICIONES – Naturaleza jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES – Contenido – Carácter prevalente – Selección objetiva  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicados No. P20240709006990 y P20240710007000 (acumuladas) |

Estimada señora Ríos:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su solicitud de consulta de fecha 9 de Julio 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“1. Cuando hay una contradicción entre los estudios previos y el pliego de condiciones ¿qué prevalece?*

*2. Cuando hay una contradicción entre estudios previos, pliego de condiciones y contrato ¿qué prevalece?*

*3. ¿Qué pasa si un requisito de ley como el puntaje de mujer se estableció en el estudio previo pero no en el pliego? ¿Se puede dejar de aplicar el puntaje por no incluirlo en el pliego de condiciones?”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el (los) problema(s) jurídico(s) de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente interrogante: ¿Qué debe prevalecer ante las inconsistencias entre el pliego de condiciones y demás documentos contractuales?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| De acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y la doctrina nacional, el carácter normativo del pliego de condiciones dota al mismo de un carácter prevalente respecto de los demás documentos contractuales, en la medida en que los efectos que devienen de él devienen irradian el desarrollo del proceso de selección, la celebración del contrato y su ejecución. Debido a esto, no resulta posible la Entidad Estatal ejerzan la autonomía de la voluntad contraviniendo en la minuta las reglas o elementos del negocio jurídico que debe consolidarse como resultado del Proceso de Contratación. Sin embargo, dicho carácter prevalente del pliego de condiciones no puede servir para transgredir el interés general y la selección objetiva, ni para desconocer las características del negocio jurídico determinadas en el marco de la etapa de planeación, ni requisitos que resultan de obligatoria aplicación en virtud de la ley.  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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

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

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

[…]

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

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

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

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

Lo anterior le permitirá a la entidad estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, “[...] genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales”[[1]](#footnote-2).

Con base en la norma enunciada de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, establece en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

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

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

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

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

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

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

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial”.

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

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

Mas allá del cumplimiento de la normativa, *“los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato”[[2]](#footnote-3),* por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la entidad estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros.

De lo explicado se desprende que los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la entidad estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado[[3]](#footnote-4).

De otra parte, es necesario explicar que, el pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan[[4]](#footnote-5) sobre el cual se diseña, estructura y concreta el proceso de selección de contratistas. El mismo ha sido definido como un “acto jurídico mixto, que nace como un acto administrativo de contenido general y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo”[[5]](#footnote-6).

De este modo, el pliego es un instrumento en el cual se materializa el principio de transparencia, pues en ese documento se fijan las reglas de escogencia del contratista del Estado, para la selección objetiva de la mejor oferta, la adjudicación y la posterior celebración y ejecución del contrato, lo cual lo convierte en una reglamentación de todo el *iter* contractual. Su contenido[[6]](#footnote-7) está previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece algunas directrices que deben tenerse en cuenta en su elaboración:

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

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

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

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado, frente a la selección objetiva, que la entidad no puede establecer reglas subjetivas, sino que deben ser razonables, de acuerdo con las normas que rigen la actividad contractual[[7]](#footnote-8); y en otro pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que la autonomía que tienen las entidades frente a la configuración de los pliegos de condiciones y los criterios de selección de los procedimientos de contratación no es absoluta, y debe tener relación con los fines de la contratación estatal:

“Si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato”[[8]](#footnote-9).

También, el Consejo de Estado ha determinado que el pliego de condiciones es ley para las partes, y en él se debe establecer la regulación del procedimiento de contratación, conforme a la ley, garantizando la selección objetiva del contratista[[9]](#footnote-10). El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, el cual debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y manejo de las ofertas, v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato[[10]](#footnote-11).

En todo caso, sin perjuicio de la discrecionalidad de las Entidades Estatales para determinar las reglas de participación y escogencia que resulten más razonables para el objeto a contratar, estas deben configurar el pliego de condiciones garantizando la selección objetiva, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto supone establecer requisitos habilitantes y ponderables, adecuados y proporcionales para el objeto del contrato, así como la aplicación de la normativa que resulte relevante para los procesos de contratación, como, por ejemplo, la referente a criterios diferenciales adoptados por la Ley 2069 de 2020 –arts. 31 y 32– o el Decreto 392 de 2018, cuestiones que son temas de los estudios previos y el análisis del sector, razón por la cual el pliego de condiciones debe reflejar el contenido de dichos documentos precontractuales.

En consideración a esto, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, fuera de la potestad exorbitante de interpretación unilateral establecida en el artículo 14, el componente del principio de economía referido por el numeral 2° del artículo 25[[11]](#footnote-12) y la regla general de interpretación consagrada en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-13), no establece una disposición que prevea la posibilidad de interpretar discrepancias entre los documentos precontractuales, el pliego de condiciones y la minuta del contrato documentos precontractuales.

No obstante, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido enfática en reconocer el carácter prevalente del pliego de condiciones respecto de los demás documentos del contrato. Al respecto, en providencia del 29 de enero de 2004 la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó lo siguiente:

“[…] los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. *Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes*”[[13]](#footnote-14) [Énfasis fuera de texto].

En el mismo sentido, la referida corporación judicial realizó las siguientes consideraciones en sentencia del 10 de marzo de 2011:

“El contenido del contrato fruto de un proceso licitatorio como el que es objeto de la presente litis, debe coincidir con los términos anunciados en el respectivo pliego de condiciones, el cual constituye no solo la ley del proceso de selección, por establecer todas las normas de participación, evaluación y adjudicación de la respectiva licitación o concurso, sino también la ley del futuro contrato, en la medida en que debe establecer el contenido del negocio jurídico que se celebrará como resultado de la licitación y especificar los derechos y obligaciones que surgirán para las partes del contrato a adjudicar. Así lo ha considerado la jurisprudencia de la corporación, para la cual, *una vez suscrito el contrato, las disposiciones del pliego hacen parte integral de su clausulado y se imponen sobre las pactadas en el contrato mismo*”[[14]](#footnote-15). [Énfasis fuera de texto].

 Tal prevalencia otorgada al pliego de condiciones respecto de los demás documentos contractuales tiene que ver con el carácter normativo de este acto, el cual condiciona la relación contractual que surge del proceso de selección que regula. Sobre el particular la doctrina nacional ha señalado:

“Las sentencias de la Sección Tercera, en múltiples oportunidades ha destacado la característica fundamental del pliego de condiciones, esto es su carácter prevalente respecto del mismo contenido contractual.

La razón es evidente: si la mejor oferta para ejecutar el contrato es seleccionada con fundamento en los requisitos ponderables y habilitantes exigidos en el pliego de condiciones, una vez perfeccionado el mismo, las condiciones de su ejecución deben corresponder al cumplimiento de esos requisitos iniciales exigidos en el pliego, tanto sobre las calidades del contratista y de su grupo de trabajo, como las derivadas del objeto y las condiciones de tiempo, lugar y modo para su cumplimiento.

Si tales condiciones variaran sin una razón justificable y sobreviniente, dejaría sin razón de ser el pliego y el mismo proceso de selección, pues la ejecución del contrato no correspondería a las reglas sobre las cuales se edificó el procedimiento y el mismo pliego.

*Cuando se presenten contradicciones entre el pliego de condiciones y el contrato, es necesario afirmar la prevalencia del primero, independiente de las menciones que se hagan en el mismo cuerpo contractual, pues su obligatoriedad y preeminencia no dependen del acuerdo de voluntades, sino de su carácter normativo que se impone como orientador del acuerdo entre ellas*”[[15]](#footnote-16) [Énfasis fuera de texto].

 Conforme a lo anterior, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar la prevalencia del pliego de condiciones respecto de los demás documentos contractuales, en la medida en que los efectos que devienen de su naturaleza normativa irradian el desarrollo del proceso de selección, la celebración del contrato y su ejecución. Debido a esto, no resulta posible la Entidad Estatal ejerzan la autonomía de la voluntad contraviniendo en la minuta las reglas o elementos del negocio jurídico que debe consolidarse como resultado del Proceso de Contratación.

Sin embargo, el carácter prevalente del pliego de condiciones no puede alegarse con la finalidad de transgredir el interés general o el ordenamiento. Sobre este punto el Consejo de Estado ha indicado:

“Se ha sostenido que, en lo que al contenido respecta, las cláusulas de los pliegos de condiciones admiten una suerte de categorización, en tanto un grupo o categoría de cláusulas cumplen la función práctico-jurídica de determinar las reglas generales con arreglo a las cuales el contrato habrá de ejecutarse, en tanto otro grupo o categoría está orientado a disciplinar el reglamento que habrá de regir el proceso de selección del oferente.
*Pues bien, sea que se trate de las cláusulas cuya función es disciplinar el procedimiento de selección exclusivamente, ya se trate de aquellas que se integran al contenido del contrato estatal, es lo cierto que la Administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico -v. gr., contravención de norma de orden público-, o de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato*, quien por la vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal”[[16]](#footnote-17). [Énfasis fuera de texto].

De acuerdo con lo anterior, es importante tener en cuenta que el pliego de condiciones definitivo es un acto que surge como resultado de una fase previa de planeación en el marco de la cual se establece su contenido. Tal planeación se expresa en el análisis del sector, ejercicio en el marco del cual, de acuerdo el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, se deben determinar los requisitos habilitantes, así como en los estudios y documentos previos, dentro de los cuales se deben establecer los criterios para seleccionar la oferta más favorable, según lo indicado en el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. En ese sentido, sin perjuicio de las modificaciones que puedan realizarse en respuesta a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, es claro que los requisitos de participación y adjudicación que deben expresarse en el mismo deben guardar relación con lo establecido en los documentos precontractuales expedidos el marco de la planeación, garantizando la selección objetiva.

Esto significa que, el carácter prevalente del pliego de condiciones no puede servir para desconocer las características del negocio jurídico determinadas en el marco de la etapa de planeación, ni requisitos que resultan de obligatoria aplicación en virtud de la ley, como, por ejemplo, los requisitos habilitantes diferenciales y puntajes adicionales para emprendimientos y empresas de mujeres, regulados en los artículos 32 de la Ley 2069 de 2020 y 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015, los cuales son de obligatoria aplicación en los procesos de selección adelantados en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos.

Con todo, corresponde a las Entidades Estatales contratantes analizar en cada caso concreto si en efecto se presentan contradicciones entre el contenido de los diferentes los Documentos del Proceso, en aras de determinar el tratamiento interpretativo del que deben ser objeto las mismas en aras de preservar la legalidad del Proceso de Contratación.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 25, numeral 2.
* Ley 1150 de 2007, artículo 5.
* Ley 2069 de 2020, artículo 32.
* Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.1.6.2, 2.2.1.1.2.1.1, 2.2.1.1.2.1.3 y 2.2.1.2.4.2.15.
* Decreto 1860 de 2021, artículo 3.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.* CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. No. 12344, C.P. Daniel Suarez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. No. 10.779. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alier Hernández Enríquez.CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17.366. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. No. 15.666. * CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. No. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Exp. 25.642. C.P. Enrique Gil Botero. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, Juritextos Ediciones, 2019.OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020.GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar, Los contratos estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ed. Tirant lo Blanch, 2023. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre los estudios previos, planeación en los procesos de contratación pública, pliego de condiciones, su naturaleza, claridad y precisión de su contenido se pronunció esta Subdirección en los conceptos C-218 de 13 julio del 2023, C-274 de 14 julio del 2023, C-309 de 28 julio del 2023, C-344 de 18 agosto del 2023, C-346 de 25 agosto del 2023, C-297 de 3 octubre del 2023, C-201 de 26 octubre de 2023, C-144 de 6 diciembre del 2023, C-440 de 12 diciembre del 2023, C-001 de 25 enero del 2024, C-030 de 9 abril del 2024, C-053 de 7 mayo del 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual. Accede a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919569564%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=dxd5A4gL5eWAFf8ZLcaVWYdH0y65hi6R6J0wtaeazGQ%3D&reserved=0) . Te invitamos también a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919586336%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=3OWqvX2vNeq0sJlIbcVLjxHBJmXZsckuX8h9xNnXvRQ%3D&reserved=0) ".

De otra parte, te informamos que entre el 15 al 29 de agosto de 2024 estará disponible para comentarios la Guía para Promover la Participación de las MIPYMES en los Procesos de Compra y Contratación Pública. Esta nueva versión desarrolla lineamientos para la aplicación de los incentivos regulados por normas como la Ley 2069 de 2020 y los decretos 1860 de 2021, 142 de 2023 y el 874 de 2024. Te invitamos a participar dejando tus observaciones en los siguientes enlaces: [https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=17363](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.sucop.gov.co%2Fentidades%2Fcolombiacompra%2FNormativa%3FIDNorma%3D17363&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919594874%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=krqmE8%2FpYqPCPNeHY4Zy3Kwu7RqL9pAwK1dRj5ceqss%3D&reserved=0) y [https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fconvocatorias&data=05%7C02%7Cjose.garcia%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527919601958%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=4xNNmjXVrn1b4lp%2FsmoDY7vqjg1pT00Z2lkIbUY6uwE%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sergio Andrés Rivera CanoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-2)
2. “Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (…)”. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, Exp. No. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”. [↑](#footnote-ref-4)
4. OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-6)
6. Sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 sobre el contenido del pliego de condiciones, donde se desarrolla de forma más exhaustiva cada uno de sus componentes mínimos. [↑](#footnote-ref-7)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis: “De dichos textos (artículos 24 y 29 derogado de la Ley 80 de 1993) se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual”. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17.366. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 24 de julio de 2013. Exp. 25.642. C.P. Enrique Gil Botero: “Concreta o materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar”. [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

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

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

14. El Cronograma”. [↑](#footnote-ref-11)
11. “Artículo 25. del Principio de economía. En virtud de este principio:

  […]

2o. 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”.  [↑](#footnote-ref-12)
12. “Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.  [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. No. 10.779. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. No. 15.666. [↑](#footnote-ref-15)
15. GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar, Los contratos estatales. El proceso de selección y la modificación de los contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 813-814. [↑](#footnote-ref-16)
16. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. No. 12344, C.P. Daniel Suarez Hernández. [↑](#footnote-ref-17)