

CIRCULAR EXTERNA No. 18

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **JHON JAIRO CAMARGO MOTTA**
Director General (E)
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamiento para la prevención del daño antijurídico derivado de la ilegalidad del acto administrativo que adjudica contrato

Fecha: 03 JUL 2024

De conformidad con la Ley 1444 de 2011 y el Decreto-Ley 4085 del mismo año, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) cuenta con competencias en materia de prevención del daño antijurídico y le corresponde impartir lineamientos y recomendaciones para que las entidades públicas adelanten una adecuada defensa de los intereses de la Nación¹.

Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023² creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como el conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, sin importar su naturaleza y régimen jurídico, asignándole a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la coordinación del mismo.

De acuerdo con las anteriores competencias, la Agencia verificó la actividad litigiosa de la Nación relacionada con la causa de ilegalidad del acto administrativo que adjudica contrato. Así, en el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado (eKOGUI) se registra un total de 163 entidades públicas del orden nacional demandadas y 333 procesos activos, cuyas pretensiones ascienden a 1.7 billones de pesos³. El análisis de la información refleja que es necesario promover en las entidades públicas una cultura de prevención de las conductas antijurídicas, para evitar la afectación del patrimonio público y salvaguardar los intereses litigiosos de la Nación.

¹ Ordinal 1°, artículo 6° del Decreto-Ley 4085 de 2011, modificado por el artículo 1° del Decreto 2269 de 2019.

² "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 - Colombia potencia mundial de vida".

³ Reporte de litigiosidad suministrado por el Sistema eKOGUI, con corte al 31 de marzo de 2024.

El presente lineamiento se divide en las siguientes partes:

- I. Consideraciones generales para la adjudicación del contrato.
- II. Recomendaciones para prevenir el daño antijurídico en la etapa de planeación. Elaboración del pliego de condiciones.
- III. Recomendaciones para prevenir el daño antijurídico en la evaluación de las ofertas.
- IV. Recomendaciones para prevenir el daño antijurídico en la expedición del acto administrativo que adjudica el contrato.
- V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

Para la adjudicación de un contrato es necesario observar algunas consideraciones relacionadas con: (i) El pliego de condiciones; (ii) La oferta más favorable para la entidad y (iii) El acto de adjudicación. A continuación, se hacen algunas precisiones sobre los mencionados aspectos:

(i) Pliego de condiciones⁴:

Definición: Es un documento obligatorio en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato, que permite garantizar, entre otros, el cumplimiento

⁴ Respecto de la naturaleza del pliego de condiciones se pueden consultar las siguientes decisiones del Consejo de Estado, Sección Tercera: 1. Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127; 2. Subsección C, sentencia del 23 de septiembre de 2021, radicado 34773. Por su parte, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ordinales 5 y 6, dispone qué debe contener el pliego de condiciones, a saber: Los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección; las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la elaboración de ofertas de la misma índole, que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación; las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato y el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía (El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla lo relativo a los plazos para la liquidación de los contratos). A través de la sentencia C-932-07 la Corte Constitucional declaró exequible el literal b, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en el entendido de que: *que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas*. Lo anterior, por cuanto el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. El artículo 30 de la Ley 80 de 1993 también dispone que en el pliego de condiciones deben detallarse los aspectos relativos al objeto del contrato, "su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes" y los criterios y factores de escogencia, entre otros aspectos. Adicional a los artículos 24 y 30 mencionados previamente, en relación con el pliego de condiciones se pueden consultar las siguientes disposiciones: artículos 2.2.1.1.2.1.3. y 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015

del deber de planeación¹, de selección objetiva¹ e igualdad de las/los proponentes¹.

Con relación al pliego de condiciones es preciso indicar que:

1. Se trata de un conjunto de reglas obligatorias para las partes, elaboradas por la entidad pública que deben sujetarse al ordenamiento jurídico, particularmente a las normas de superior jerarquía, esto es, la Constitución, la ley y los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria⁵.
2. Debe ser intangible, claro y preciso. La intangibilidad consiste en la imposibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez se han entregado y abierto las propuestas, bajo el argumento de que las condiciones allí plasmadas están mal redactadas o elaboradas. Excepcionalmente, antes del cierre de la licitación, a través de adendas⁶, es posible modificarlo para aclarar puntos oscuros o expresiones ambiguas⁷.

Por su parte, la carga de claridad y precisión que debe tener el pliego de condiciones garantiza: (i) a los/las interesados/as la libre concurrencia, toda vez que, pueden conocer con antelación los criterios y las reglas para el estudio de las propuestas y (ii) a las entidades el estudio de las propuestas a partir de reglas que no generen confusión o dudas y que permitan comparar en condiciones de transparencia e igualdad las diferentes propuestas recibidas⁸.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicado 51755.

⁶ El artículo que menciona que las modificaciones al pliego de condiciones se hacen a través de adendas es el 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015.

⁷ El Consejo de Estado ha expresado que: *la intangibilidad consiste en la imposibilidad de modificar el pliego de condiciones una vez han sido entregadas y abiertas las propuestas, so pretexto de que quedó mal redactado o mal elaborado. El pliego, excepcionalmente, se puede modificar antes del cierre de la licitación, únicamente mediante adendas, que tiendan a aclarar puntos oscuros o expresiones ambiguas. Y es por esa carga y por la obligatoriedad del pliego tanto para los proponentes como para la entidad, que ésta debe soportar las consecuencias de la mala elaboración del pliego de condiciones.* Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127.

⁸ En cuanto a la claridad y precisión que se exigen de los pliegos de condiciones el Consejo de Estado ha señalado que: *la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.* Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, radicado 16041. En similares términos fue proferida la sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127 proferida por la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado. En otro pronunciamiento, frente a esta exigencia el Consejo de Estado sostuvo que: *pesa sobre la entidad licitante, conforme a la cual a ésta le corresponde asumir las consecuencias que se deriven de una mala*

3. Debe contener el objeto contractual, la regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas en el proceso de selección, que permitan a los/las proponentes elaborar las ofertas⁹. También deben contener un cronograma¹⁰ con términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas del proceso de selección¹¹.
4. No puede incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. Las reglas que se definan en el pliego de condiciones no deben inducir a error a los/las proponentes y deben impedir la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad¹².
5. Debe incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación¹³.
6. En el proceso licitatorio el contenido y alcance del pliego de condiciones puede ser precisado, cuando alguna de las personas interesadas en este lo solicite, en audiencia que se celebrará dentro de los tres días hábiles posteriores al inicio del plazo para la presentación de las propuestas, de lo cual se levantará acta suscrita por los/las intervinientes¹⁴. En esta misma audiencia también se revisará la asignación de riesgos. De todas formas, el pliego de condiciones debe establecer la fecha de la audiencia asignación de riesgos¹⁵.

planificación, reflejada en errores o deficiencias que queden plasmados en el pliego. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, radicado 44212. También se puede consultar la sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937 de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁹ Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127. Frente al contenido del pliego de condiciones es importante tener en cuenta las precisiones establecidas en el ordinal 1° del artículo 2.2.1.2.1.2.2. (modificado por el artículo 6° del Decreto 1860 de 2021) para la subasta inversa, en el ordinal 2° del artículo 2.2.1.2.1.2.20 para la selección abreviada de menor cuantía y en el ordinal 1° del artículo 2.2.1.2.1.3.2 para el concurso de méritos, todos estos preceptos corresponden al Decreto 1082 de 2015.

¹⁰ El cronograma se puede modificar a través de adenda, una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. Artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015.

¹¹ Con relación a los términos preclusivos y perentorio a que hace referencia el ordinal 1° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, es importante recordar que, ese mismo precepto dispuso que las autoridades deben impulsar de oficio las actuaciones, en aras de poder garantizar el cumplimiento de dichos términos.

¹² Artículo 24 de la Ley 80 de 1993, ordinal 5, literales d y e.

¹³ Consultar el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007.

¹⁴ Lo anterior, sin perjuicio de que cualquier interesado/a pueda solicitar aclaraciones adicionales dentro del plazo de la licitación, las cuales debe atender la entidad a través de comunicación escrita y publicar en el SECOP (ordinal 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012, y artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015).

¹⁵ Esta audiencia se debe realizar antes de la presentación de las ofertas. Al respecto, consultar artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

7. Antes de la adjudicación del contrato, el pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general que rige el desarrollo del proceso de selección. Con la celebración del contrato dicho pliego integra la relación contractual y se convierte en el marco jurídico que determina el contenido y alcance de este¹⁶. En ambos casos es obligatorio y vinculante para los/as destinatarios/as y para la entidad pública¹⁷.
8. La entidad estatal está obligada a publicar en el SECOP el proyecto de pliego de condiciones, con el objetivo de que se puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones¹⁸, y los pliegos de condiciones definitivos.
9. En caso de contradicción entre los pliegos de condiciones y el contrato, prevalecerán los pliegos¹⁹.

(ii) Oferta más favorable para la entidad:

Definición: Es 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, es la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos²⁰. A partir de lo anterior, se tiene que, la adecuada elaboración del pliego de condiciones posibilita la selección de la oferta más favorable²¹ para la entidad, con lo cual se materializa el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva y libre concurrencia dispuestos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como los principios relativos a la función administrativa previstos en la Constitución Política y en la Ley 489 de 1998²².

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de junio de 2022, radicado 60248.

¹⁷ El Consejo de Estado destacó el carácter obligatorio y vinculante que tiene el pliego de condiciones en un caso en el que se pretendía la nulidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato de consultoría, frente al cual los demandantes no habían seguido las reglas establecidas en dicho documento; sin embargo, alegando el principio de la buena fe solicitaban que se presumieran como ciertas las afirmaciones de las partes, pese a que no contaban con los respectivos soportes que dieran cuenta de su veracidad. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicado 51755.

¹⁸ Al respecto consultar: artículos 2.2.1.1.2.1.4 y 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

¹⁹ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, radicado 25642.

²⁰ De conformidad con el ordinal 2º de la Ley 1150 de 2007 Modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.

²¹ Sobre este punto se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicado 51755.

²² Artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937.

Frente a la oferta más favorable se hacen las siguientes precisiones:

1. Debe ajustarse a los fines que la entidad busca y determinarse por los factores contenidos en el pliego de condiciones, no debe responder a factores de afecto, interés o cualquier motivación subjetiva²³.
2. Los elementos de la oferta son: (i) formales, los cuales pueden ser enmendados²⁴ en cualquier momento y no son motivo de rechazo, de conformidad con el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal y (ii) sustanciales, esto es, los necesarios para evaluar las ofertas²⁵.
3. Los elementos formales de la oferta son los requisitos habilitantes, entendidos como las condiciones mínimas que debe cumplir el/la oferente que participa en el proceso de selección, los cuales son de simple verificación, no son necesarios para la comparación de las ofertas y no otorgan puntaje²⁶.

²³ El ordinal 2° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, respecto de la oferta más favorable señala que es la más ventajosa para la entidad, a partir de los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenidos en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Puntualmente, frente a los contratos de obra pública dejó la salvedad de que el menor plazo no es objeto de evaluación.

²⁴ La subsanabilidad de la oferta es excepcional, por lo que, no reemplaza el deber de elaborar en debida forma la propuesta. La subsanabilidad se constituye en un derecho del/la proponente y una obligación de la entidad pública, quien debe indicar los errores que presenta la propuesta para que puedan ser corregidos dentro del plazo fijado en el procedimiento de selección, si este nada dice al respecto se entenderá que es hasta antes de la adjudicación. Si la entidad no advierte del error subsanable, este queda corregido. Al respecto se pueden consultar las siguientes providencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937; Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127; Subsección A, sentencia del 19 de abril de 2018, radicado 54632; Subsección C, sentencia del 29 de junio de 2015, radicado 40660.

²⁵ La jurisprudencia del Consejo de Estado categorizó los elementos de la oferta entre: **i) formales**, que pueden ser enmendados en cualquier momento y, en ningún caso, serán motivo de rechazo, según el principio de primacía del derecho sustancial sobre las formas y **ii) sustanciales**, entendidos como aquellos necesarios para evaluar los ofrecimientos, con un tratamiento diferenciado, según otorguen puntaje o no. Si no otorgan puntaje, pueden ser subsanados, pero si ello no se realiza, se podría rechazar el ofrecimiento. Por el contrario, si son pasibles de ser puntuados en ningún caso pueden ser enmendados, so pena de constituir una mejora extemporánea de la oferta y de vulnerar principios como la libre competencia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937.

²⁶ El artículo 5° de la Ley 1150 de 2011 dispone que: Son requisitos habilitantes la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los/las proponentes. La exigencia de tales requisitos debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de los requisitos habilitantes será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127 señaló: el rechazo de la propuesta no procede, en principio, por el incumplimiento de estos requisitos. Lo que se subsana o sana es aquello que se tiene, pero que no está acreditado en el proceso de selección. No es subsanable aquello de lo que se carece o no existe al momento de presentar la propuesta, toda vez que ello, sería complementar, adicionar o mejorar la propuesta, lo cual está prohibido por el ordinal 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Con respecto a la subsanabilidad de los requisitos habilitantes también se puede consultar a sentencia C-713 de 2009.

Los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje son subsanables, serán solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los/las proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección²⁷, salvo lo dispuesto para los procesos de mínima cuantía y de subasta²⁸.

4. Serán rechazadas las ofertas de aquellos/as proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal en el plazo previsto en el ordenamiento jurídico, esto es, 5 días para el caso de la licitación²⁹ y 3 días para la selección abreviada de menor cuantía y el concurso de méritos³⁰.
5. No es subsanable la no entrega de la garantía de seriedad de la propuesta, por lo tanto, es causal de rechazo de la oferta³¹.
6. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas los/las proponentes no pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso³².
7. Los elementos sustanciales de la oferta, que son los que otorgan puntaje, no pueden ser subsanados porque ello constituiría una mejora extemporánea de la oferta, lo cual violaría principios como la libre competencia³³.

²⁷ Para el caso de la licitación este término es de cinco (5) días, de conformidad con el ordinal 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y de tres (3) días para los casos de la selección abreviada de menor cuantía y del concurso de méritos, de acuerdo con lo señalado por los artículos 2.2.1.2.1.2.20 y 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, respectivamente.

²⁸ En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Parágrafo 4°, artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, parágrafo adicionado por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018.

²⁹ De conformidad con el ordinal 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

³⁰ De acuerdo con lo señalado por los artículos 2.2.1.2.1.2.20 y 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015. El inciso 2° del parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 (parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018) dispone que: *Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.*

³¹ Siguiendo con lo previsto en el parágrafo 3°, artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, este parágrafo fue adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

³² Según lo señalado en el inciso 2°, parágrafo 1°, artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 85° de la Ley 1882 de 2018. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937. Con respecto a la adición de las ofertas en la sentencia mencionada se recordó que: *Al enmendar las propuestas no se pueden acreditar circunstancias posteriores al cierre del procedimiento, como el cumplimiento de los requisitos habilitantes, so pena de adicionarlas y afectar la selección objetiva. Ello porque subsanar se entiende como corregir algo que ya existe, y no como incorporar a la propuesta aquello que no se había realizado.*

³³ El Consejo de Estado también ha indicado que si los requisitos (...) son pasibles de ser puntuados en ningún caso pueden ser enmendados, so pena de constituir una mejora extemporánea de la oferta y de vulnerar principios como la libre competencia. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67937.

8. Está prohibido complementar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas en las etapas como la evaluación de las propuestas³⁴.
9. Las ofertas son evaluadas por el comité evaluador³⁵, quien, a través de informe, que constituye criterio auxiliar, determina cuál es la oferta más favorable para la entidad. Este informe no es obligatorio para el/la funcionario/a que adjudica el contrato, esto es, el/la jefe de la entidad, a menos que el ordenamiento jurídico así lo imponga,³⁶ quien puede apartarse de manera motivada de lo consignado en el informe de evaluación cuando se desconozcan los principios que rigen la contratación estatal y lo definido en el pliego de condiciones.
10. Para escoger la oferta más favorable, la entidad debe comparar los ofrecimientos recibidos, consultar los precios o condiciones del mercado y los estudios de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello³⁷.
11. El precio no es el factor preponderante para la selección de la mejor oferta, por cuanto la normativa previó que en los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad³⁸.
12. En aquellas contrataciones que tienen por objeto la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el precio es el único factor de evaluación³⁹.

³⁴ Ordinal 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

³⁵ Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de julio de 2021, radicado 51910. En esta providencia se definió al comité evaluador como un grupo interdisciplinario integrado por funcionarios públicos o asesores externos, que evalúa las ofertas presentadas en el proceso de selección. La evaluación se realiza con base en las cláusulas del pliego de condiciones, las cuales no puede modificar, ajustar o precisar,

³⁶ Artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que señala: *Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.*

Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007: *En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.*

³⁷ Ordinal 2° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, y artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

³⁸ Artículos 5° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, y 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

³⁹ Ordinal 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007: *Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.*

13. Es preciso resaltar que, para garantizar, entre otros, los principios de libre concurrencia y selección objetiva, así como para satisfacer los fines de la contratación estatal, se debe proscribir la inclusión de condiciones discriminatorias o restrictivas que impidan o dificulten injustificadamente la libre y amplia participación en el proceso de selección y la escogencia de la oferta más favorable⁴⁰.

No obstante, en aplicación de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad se puedan incluir requisitos o condiciones tendientes a asegurar la capacidad legal, técnica, jurídica, económico-financiera y la idoneidad moral de los concurrentes, al tratarse de presupuestos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

(iii) Adjudicación del contrato:

Definición: Es la aceptación por parte de la entidad pública de la propuesta u oferta presentada por alguno/a de los/as participantes en el proceso de selección, con quien se obliga a suscribir el contrato. La adjudicación se materializa a través de acto administrativo⁴¹ y está establecida, entre otros, en los artículos 5° ordinal 3°, 24 ordinales 6° y 7°, 25 ordinal 8°, artículo 30 ordinales 6°, 9°, 10° y 12° y 77 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007.

Con relación a la adjudicación del contrato se hacen las siguientes precisiones:

1. El acto de adjudicación del contrato solo confiere a las partes la obligación y el derecho de suscribir el contrato, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones, y con las previsiones establecidas en dicho documento, sus modificaciones, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (cuando no contradiga aquellos documentos)⁴².

⁴⁰ En todo caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.6. del Decreto 1082 de 2015, hay posibilidad de adjudicar el contrato cuando, pese a garantizarse, a través del pliego de condiciones la libre participación solo se hubiera presentado única oferta, siempre y cuando cumpla con la plenitud de los requisitos exigidos. En relación con la presentación de ofertas se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado en la que señaló que: *no es imperativa la presentación plural de ofertas dentro del procedimiento contractual correspondiente, ya que la obligación de la administración es la de asegurar condiciones que garanticen una libre participación de los interesados, no su efectiva concurrencia: obligar a los entes públicos o privados a participar en un proceso determinado vulnera, en principio, la libertad de empresa y, por ende, de competencia. De ahí que ante la concurrencia de un oferente único, siempre que se garanticen las condiciones dichas, sea factible su selección, cuando su oferta sea la más favorable para la administración por cumplir con los requisitos y condiciones objetivas dispuestas en el acto que regula el proceso.* Sección Cuarta, sentencia del 9 de marzo de 2017, número interno: 22324.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

⁴² Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

2. El acto de adjudicación tiene las siguientes características:

- ✓ Es un acto administrativo que debe ser expedido: (i) por funcionario competente; (ii) con sujeción a las normas aplicables; (iii) con respeto de las formalidades o presupuestos de formación del acto; (iv) con reconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (v) con motivación razonada y suficiente, y (vi) sin desviación de poder⁴³.
- ✓ Es un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la entidad adopta una decisión frente a la futura contratación. Este acto se notifica al/la adjudicatario/a y se comunica a los/las demás proponentes⁴⁴. Contra dicho acto no proceden recursos, pero si es susceptible de control por la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁵.
- ✓ Es un acto administrativo de carácter particular, por lo que, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal⁴⁶.
- ✓ Es irrevocable, salvo que, el/la adjudicatario/a incurra en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato y/o pueda demostrarse que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales⁴⁷.
- ✓ Es de carácter obligatorio para la entidad contratante y para el/la adjudicatario/a⁴⁸.

3. Los contratos derivados de las siguientes modalidades de selección: licitación pública⁴⁹, selección abreviada por subasta inversa⁵⁰, selección abreviada por menor cuantía y concurso de méritos⁵¹, se adjudican por medio de acto administrativo.

⁴³ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que, entre otros, dispone que la nulidad procede por las mismas causales establecidas en el inciso 2° del artículo 137 ibidem.

⁴⁴ Así lo indicó el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

⁴⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 Parágrafo 1°: El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, en concordancia con el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

⁴⁷ De conformidad con el artículo 9° de la Ley 1150 de 2007

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

⁴⁹ Ley 1150 de 2007, **Artículo 9. De la adjudicación.** 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.

⁵⁰ Decreto 1082 de 2015, **Artículo 2.2.1.2.1.2.4. Terminación de la subasta y adjudicación.** *La subasta termina cuando los oferentes no hagan Lances adicionales durante un período para la presentación de Lances. La Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el Lance más bajo. En el acto de adjudicación, la Entidad Estatal indicará el nombre de los oferentes y el precio del último Lance presentado por cada uno de ellos.*

⁵¹ Decreto 1082 de 2015, **Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos.** (...) 3. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto

4. El acto administrativo de adjudicación se debe publicar en SECOP dentro de los tres días siguientes a su expedición, así como los documentos y, en general, todos los actos administrativos del proceso de contratación⁵².
5. El medio de control previsto por el legislador para impugnar el acto administrativo de adjudicación del contrato es el de nulidad y restablecimiento del derecho⁵³.
6. El contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades y la suscripción por las dos partes del documento que contiene las cláusulas o estipulaciones y no con la notificación del acto de adjudicación, debido al carácter solemne del contrato estatal⁵⁴, salvo algunas excepciones, por ejemplo, los contratos suscritos en urgencia manifiesta⁵⁵.

II. RECOMENDACIONES PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN. ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES

En virtud del principio de planeación en la fase precontractual, frente a la elaboración del pliego de condiciones se realizan las siguientes recomendaciones:

1. Construir el pliego de condiciones con sujeción a las disposiciones contenidas en las normas vigentes, por lo que, no se deben incluir cláusulas que contraríen dichas disposiciones⁵⁶.
2. Elaborar el pliego de condiciones de tal manera que responda a criterios y reglas claras, objetivas, completas, justas e imparciales, con el fin de cumplir

administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje".

⁵² Artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

⁵³ Al respecto, se puede revisar el parágrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 y el inciso 2° del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. En los términos del artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 es procedente acumular los medios de control jurisdiccionales de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales en contra del acto de adjudicación y de controversias contractuales para pedir la nulidad absoluta del contrato, siempre que no haya operado la caducidad del primero de ellos. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2023, radicado 60.981.

⁵⁴ Artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 15 de agosto de 2017, radicado 2346.

⁵⁶ A propósito de un pliego de condiciones en el que se indicó que los requisitos habilitantes se verificarían con base en la información consignada en el Registro Único de Proponentes (RUP), el cual debía estar vigente y en firme al momento de presentar la oferta, el Consejo de Estado señaló que (...) *firmeza del acto de inscripción en el Registro Único de Proponentes no podía ser exigido como un requisito que debía ser cumplido a la fecha del cierre del proceso de selección*, por lo tanto, el pliego de condiciones en el que se hacía tal exigencia desconocía las normas en las que debía fundarse. Sección Tercera, Subsección B, sentencia 2 de junio de 2021, radicado 60796.

- los fines de la contratación estatal y los principios que la regulan, tales como, la igualdad, la libre concurrencia, economía y responsabilidad⁵⁷.
3. Elaborar los pliegos de condiciones garantizando la libre concurrencia, la cual busca la más amplia participación en los procesos de selección y excluye la inclusión de condiciones discriminatorias o restrictivas que impidan o dificulten sin justificación la concurrencia de oferentes⁵⁸.
 4. Tener en cuenta al elaborar el pliego de condiciones las particularidades de las modalidades de selección, por ejemplo, en la subasta inversa⁵⁹ o en el concurso de méritos⁶⁰.
 5. Garantizar que el pliego de condiciones materialice el principio de selección objetiva y permita escoger la mejor oferta sin tener en cuenta factores subjetivos⁶¹.
 6. Tener en cuenta las reglas particulares previstas en la normativa vigente que deben incluirse en el pliego de condiciones, por ejemplo, fomentar que los/as contratistas destinen para el cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, personas en situación de desplazamiento por la violencia, entre otros⁶².

4. Tener en cuenta las reglas particulares previstas en la normativa vigente que deben incluirse en el pliego de condiciones, por ejemplo, fomentar que los/as contratistas destinen para el cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, personas en situación de desplazamiento por la violencia, entre otros⁶².

⁵⁷ Ordinal 5°, artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 11 de mayo de 2022, radicado 65.016. Con relación a la carga de claridad que se exige en el pliego de condiciones, el Consejo de Estado expuso que, por ejemplo, si en el pliego de condiciones se introduce una condición de índole temporal, de conformidad con la cual, en los casos en que se hayan realizado trabajos simultáneos (traslapados) este tiempo se contabilizará una vez, así debe expresarse en dicho documento. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de julio de 2023, radicado 69280.

⁵⁸ Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 9 de marzo de 2017, radicado 22324.

⁵⁹ Por ejemplo, en el caso de la subasta inversa el ordinal 1° del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 6° del Decreto 1860 de 2021, indicó que en el pliego de condiciones debía señalarse: (i) la fecha y hora de inicio de la subasta; (ii) la periodicidad de los lances y (iii) el margen mínimo para mejorar la oferta durante la subasta.

⁶⁰ El ordinal 1° del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2° del Decreto 399 de 2021, señala que el pliego 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 del equipo de trabajo.*

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 11 de mayo de 2022, radicado 65.016.

⁶² Al respecto, se puede consultar el artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3° del Decreto 1860 de 2021. Adicionalmente, sobre las reglas particulares que se deben tener en cuenta al momento de elaborar el pliego también se pueden citar: para los procesos de licitación y concurso de méritos, con el objetivo de incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas en situación de discapacidad, las entidades públicas deben otorgar el 1% del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones a quienes acrediten tener vinculados en su planta de personal a trabajadores en la situación mencionada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015. En el caso de las empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, la normativa previó que en los procesos de licitación se les otorgaría el 3% del total de puntos establecidos en el pliego de condiciones, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.4.2.10. ibidem.

7. Definir en el pliego de condiciones, en ausencia de condición especial prevista en la normativa vigente, los términos en que se acreditarán las condiciones de los sujetos de especial protección constitucional⁶³.
8. Tener en cuenta que, salvo en los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, los puntajes adicionales para Mipyme, nunca pueden superar el 0.25% del total de puntos establecidos en el pliego de condiciones⁶⁴.
9. Definir en el pliego de condiciones las reglas y documentos con los que se acreditará el origen nacional del bien o servicio en los procesos en que no aplica el puntaje a que hace referencia el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 816 de 2003⁶⁵, los cuales deben cumplir con la noción de servicio nacional contemplada en los artículos 2.2.1.1.1.3.1 y 2.2.1.2.4.2.9⁶⁶ del Decreto 1082 de 2015, ello como criterio de desempate y no para obtener puntaje.
10. Establecer en el pliego de condiciones un método aleatorio que permita seleccionar al/la oferente en caso de empate⁶⁷.
11. Determinar con precisión en el pliego de condiciones el costo y calidad de los bienes, obras y servicios, así como los demás requisitos previstos en la normativa vigente⁶⁸.
12. No incluir condiciones y exigencias que sean imposibles de cumplir. Tampoco exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, ni reglas que induzcan a error a los/las proponentes y contratistas al momento de la elaboración de ofertas⁶⁹.

⁶³ A los que hace referencia el párrafo 1° del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3° del Decreto 1860 de 2021.

⁶⁴ Consultar: artículo 2.2.1.2.4.2.18. del Decreto 1082 de 2015 "Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas", adicionado por el artículo 3° del Decreto 1860 de 2021.

⁶⁵ El precepto mencionado es del siguiente tenor: *Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.* La recomendación mencionada tiene sustento en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015.

⁶⁶ Modificado por el Decreto 680 de 2021 Por el cual se modifica parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. y se adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.9. al Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en relación con la regla de origen de servicios en el Sistema de Compra

⁶⁷ Ordinal 12, artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015. Este artículo fue adicionado por el artículo 3° del Decreto 1860 de 2021.

⁶⁸ Estos requisitos están previstos en el ordinal 5°, artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Frente a este punto el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de abril de 2022, radicado 50127 se pronunció, indicando que: *uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma clara y precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación, entre los que se encuentran los requisitos habilitantes y los factores de calificación de las propuestas, para poder determinar quién será el adjudicatario del contrato.* Otras sentencias que se pueden revisar son: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2020, radicado 46204.

⁶⁹ Ordinal 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

13. No condicionar la adjudicación del contrato a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte del contratista⁷⁰.
14. Abstenerse de modificar el pliego de condiciones una vez han sido entregadas y abiertas las ofertas, alegando que dicho pliego está mal redactado o elaborado, pues ello está prohibido. Se recuerda que, de manera excepcional el pliego de condiciones se puede modificar antes del cierre de la licitación, únicamente mediante adendas, para aclarar puntos oscuros o expresiones ambiguas⁷¹.

III. RECOMENDACIONES PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS

Para la evaluación de las ofertas presentadas a cargo del Comité Evaluador, se efectúan las siguientes recomendaciones:

1. Aplicar rigurosamente los requisitos de selección de los/las oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de las ofertas de forma precisa, detallada y concreta, que permitan a la entidad seleccionar la propuesta más ventajosa para esta⁷².
2. Requerir a todos/as los/las proponentes para que subsanen los requisitos habilitantes cuando haya lugar a ello⁷³.
3. No rechazar ningún ofrecimiento por la ausencia de requisitos o documentos que no constituyan factores de escogencia establecidos en el pliego de condiciones⁷⁴. En su lugar, solicitar que se subsane la oferta hasta el término de traslado del informe de evaluación previsto para cada modalidad de selección⁷⁵.

⁷⁰ Artículo 5, ordinal 3 de la Ley 80 de 1993.

⁷¹ Consejo de Estado: Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, radicado 16041 y Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127. El artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015 prevé que: *La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.*

⁷² Consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127. Además, en providencial de la Sección Tercera, Subsección A, sentencia 6 de febrero de 2019, radicado 61720 señaló que: *vía acción de controversias contractuales se han anulado contratos que han sido adjudicados con desconocimiento de las reglas previstas en el pliego de condiciones por vulnerar abiertamente los principios de la selección objetiva y el de transparencia.*

⁷³ Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de abril de 2022, radicado 50127. (...) *en cuanto a la acreditación de los requisitos no necesarios para la comparación de las ofertas, la entidad puede y debe solicitarla, permitiendo al proponente subsanar y defenderse luego de la evaluación, en la medida en que son subsanables, dado que nada tienen que ver con la asignación de puntaje.* Con relación a la subsanabilidad se puede consultar la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/adquisicion-bienes-y-servicios/circulares/circular-externa-unica-de-cce.aspx>

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67.937.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de septiembre de 2021, radicado 34773. En esta decisión el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo concluyó que al

4. Verificar, cuando se subsanen las propuestas, que no se mejoren aspectos con los que no se contaba para la presentación de estas, puesto que ello no sería subsanar, sino adicionar, lo cual va en contra de los principios de la contratación estatal⁷⁶.
5. Redactar de forma clara los informes de evaluación y de aclaración de las propuestas, de tal manera que, no haya lugar a diferentes interpretaciones⁷⁷.
6. No dar por cumplidos los requisitos de un proponente sin la debida acreditación documental exigida para todos, pues ello se opondría a la lealtad exigida a las entidades estatales e infringiría las reglas del proceso de contratación y, además, el ordenamiento jurídico⁷⁸.
7. Dar a conocer entre los/as aspirantes las preguntas formuladas en el proceso de selección y las respuestas emitidas por la entidad. Con respecto a las respuestas a observaciones⁷⁹ y aclaraciones se mantiene el deber de cumplir con las cargas de claridad y precisión, incluso con mayor exigencia que la requerida para la elaboración del pliego de condiciones⁸⁰.
8. El comité evaluador debe tener en cuenta para la evaluación de las ofertas y la escogencia de la más favorable las modificaciones al pliego de condiciones realizadas a través de adendas y todas las precisiones realizadas en respuesta a las observaciones de los/as proponentes por ser vinculantes⁸¹.

no permitir que se subsanara la oferta frente a requisitos que no era objeto de comparación de las propuestas se incurrió en la causal de nulidad de expedición irregular del acto administrativo de adjudicación.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67.937.

⁷⁷ Es relevante porque se conoció una demanda en la que el demandante alegaba que la entidad pública rechazó su propuesta, pese a que, en una parte del informe preliminar había indicado que sí cumplía con los requisitos técnicos. Lo que concluyó el Consejo de Estado es que, en efecto, esa falta de claridad se presentó, pero de la lectura integral del documento se entendía que el demandante no estaba habilitado. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2022, radicado 67.937. Si bien en el caso referenciado no hubo una condena si es un litigio que se pudo prevenir al redactar sin lugar a equívocos el informe preliminar.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2022, radicado 51755. Con respecto al principio de buena fe lo que sostuvo la providencia citada es que: *A lo que obliga el principio de la buena fe es precisamente al respeto de los actos propios, a ajustar la conducta al orden jurídico aplicable y vigente y a proceder acatando las reglas, pautas y parámetros fijados para el acto o procedimiento en cuestión, por lo que no podía la sociedad JAHV MCGREGOR S.A. excusarse en sus propias omisiones para solicitar, so pretexto de la buena fe, que se admitieran unas certificaciones que claramente desconocían las bases expresamente dadas en el concurso de méritos.*

⁷⁹ Al respecto, el Consejo de Estado en decisión proferida por la Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, radicado 69280 advirtió que: *la respuesta dada a las observaciones al pliego en el aludido documento no fue la más afortunada en términos de claridad y precisión.*

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, radicado 69280.

⁸¹ Ordinal 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, radicado 69280 abordó un punto importante y es el relacionado con la fuerza vinculante que tienen las respuestas a las observaciones que modifican el pliego de condiciones, pero que no se hacen a través de adendas como lo estipula el artículo 2.2.1.1.2.2.1. del Decreto 1082 de 2015. Al respecto, lo que señaló el Consejo de Estado en la sentencia mencionada es que *cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta*

9. Revisar de manera detallada y con base en soportes si es procedente la exclusión de un/a proponente del proceso de selección. Si existen dudas frente a algún punto se puede solicitar el concepto de algún experto antes de la expedición del correspondiente acto administrativo⁸².
10. Resolver las cuestiones que planteen los/las proponentes durante el trámite del proceso con base en lo contenido en el pliego de condiciones y en los principios de la contratación estatal previstos en la Ley 80 de 1993, entre ellos, transparencia, selección objetiva e igualdad⁸³.
11. Abstenerse de modificar en la fase de evaluación el pliego de condiciones, alegando la necesidad de interpretar su espíritu, por ser violatorio, entre otros, de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad⁸⁴.
12. Motivar de manera detallada y precisa los informes de evaluación⁸⁵.
13. Requerir al/la oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido, cuando se encuentre que el valor de la oferta parece artificialmente bajo ⁸⁶. El comité evaluador recomendará rechazar la oferta cuando analizadas las explicaciones del/la proponente se encuentre que el valor de la oferta es artificialmente bajo⁸⁷.
14. Evaluar la oferta con base en la regla de origen de los bienes y servicios prevista en el Decreto 680 de 2021, en aquellos casos en que en la oferta no se indique la regla de origen que se debe aplicar.

observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo. (...) En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones. Esta posición ya había sido expuesta en las siguientes sentencias de dicho Tribunal: Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, radicado 30.571; sentencia del 1 de octubre de 2014, radicado 30614; sentencia del 26 de enero de 2022, radicado 54719.

⁸² El Consejo de Estado conoció el caso de un proponente que fue excluido de una licitación, por presuntamente estar incurso en una inhabilidad que, con posterioridad, se demostró que nunca existió. De no haberse excluido dicho proponente hubiera sido el adjudicatario del contrato por tener la mejor oferta. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, radicado 65.016.

⁸³ Así lo indicó el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, radicado 25642.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de julio de 2021, radicado 51910.

⁸⁵ Ordinal 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

⁸⁶ Artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015.

⁸⁷ Artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015. Con respecto a las propuestas artificialmente bajas, el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que, en virtud del principio de responsabilidad: ordinal 6º: *Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.*

IV. RECOMENDACIONES PARA PREVENIR EL DAÑO ANTIJURÍDICO EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ADJUDICA EL CONTRATO

En relación con el acto administrativo por medio del cual se adjudica el contrato, en aras de evitar que se pueda demandar su ilegalidad, es preciso tener en cuenta que:

1. Es un acto administrativo que debe expedirse con las formalidades previstas en la normativa, entre otras, motivarse en forma razonada y suficiente, con base en el pliego de condiciones y en el informe de evaluación⁸⁸.
2. Es obligatorio la suscripción del contrato para la entidad, a menos que, el adjudicatario incurra en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y/o pueda demostrarse que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales⁸⁹.
3. Cuando quien haya resultado adjudicatario/a no suscriba el contrato dentro del término previsto para el efecto, la entidad contratante debe expedir acto administrativo debidamente motivado en el que se adjudique el contrato al/la proponente calificado/a en el segundo lugar, siempre que su propuesta sea favorable para la entidad⁹⁰.
4. Se debe publicar en el SECOP dentro de los tres días a su expedición, así como todos los documentos y, en general, todos los actos administrativos del proceso de contratación⁹¹.
5. El acto de adjudicación y el contrato no se pueden someter a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores o a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en los demás preceptos contractuales vigentes.

V. CONCLUSIONES

1. La prevención de la causa de ilegalidad del acto administrativo que adjudica contrato se da, principalmente, en la fase de planeación con la elaboración del pliego de condiciones, documento en el que se consignan las reglas del proceso de selección y garantiza el principio de selección objetiva.

⁸⁸ Se recuerda que el/la representante legal se puede apartar del informe de evaluación por ser un criterio auxiliar, pero debe estar suficientemente motivado.

⁸⁹ Artículo 9º Ley 1150 de 2007.

⁹⁰ Ordinal 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

⁹¹ Artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

2. En relación con la elaboración del pliego de condiciones es necesario que cumpla con la carga de claridad y precisión prevista en el ordenamiento jurídico, pues de esta manera se garantiza que se formulen ofertas que respondan a los requerimientos de las entidades públicas para la satisfacción de los fines del Estado.
3. Frente a la evaluación de las propuestas presentadas, es indispensable que esta etapa se realice con apego a lo previsto en el pliego de condiciones, sus adendas, sus anexos, y permitir la subsanabilidad de las ofertas cuando haya lugar a ello, con el fin de seleccionar la oferta más favorable para la entidad.
4. El acto administrativo de adjudicación, como resultado final de este proceso, debe estar debidamente motivado, ser expedido por la autoridad competente, fundarse en la normativa vigente, no desconocer el derecho de audiencia y defensa so pena de encontrarse viciado de nulidad.

JHON JAIRO CAMARGO MOTTA
Director General (E)

Aprobó: Lilibiana Palacio Alvarez
Revisó: María Fernanda Suárez / Yuliana Falla Castellanos / Alexandra Forero
Forero / Marcela Morales Calderón
Proyectó: Yosira Daza Gullo