

Bogotá D.C., ##FechaActual

N° Radicado: ##Respuesta

Señor
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta #4201813000004001

Temas: Requisitos habilitantes; pliegos de condiciones

Tipo de asunto consultado: Aclaraciones al pliego de condiciones; justificación de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta de 04 de mayo de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

“¿En el desarrollo de un proceso de selección pública un proponente puede solicitar información a una Entidad sobre los argumentos que dan origen a la estipulación de requisitos en sus procesos de contratación?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Sí. Los pliegos de condiciones tienen un efecto vinculante para los partícipes dentro del Proceso de selección, de tal forma que las exigencias y requisitos en ellos contenidas constituyen los criterios conforme a los cuales se valorarán cada una de las ofertas. En este sentido, los proponentes tienen la facultad de realizar cualquier observación o solicitar aclaración frente al pliego de condiciones, más específicamente, respecto a los requisitos que exige la Entidad Estatal a los proponentes.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. De acuerdo con el Consejo de Estado: *“Los pliegos de condiciones contienen, buena parte del contenido negocial que habrá de vincular a las partes del negocio jurídico estatal, así como las reglas propias del mecanismo de selección de los oferentes.”*

2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o





Colombia Compra Eficiente

adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3. Dentro del plazo de la licitación y antes de la adjudicación, cualquier interesado puede presentar observaciones o solicitar aclaraciones frente al pliego de condiciones definitivo, las cuales deben ser atendidas por la Entidad Estatal mediante comunicación escrita, la respuesta dependerá del contenido de la observación.

4. Es derecho de toda persona realizar peticiones o solicitudes respetuosas a la autoridad, por lo cual dicha autoridad está obligada a dar respuesta pronta y de fondo a las peticiones hechas en cualquier momento.

5. Así lo estableció el Consejo de Estado en los siguientes términos: *“Esto resulta lógico si se tienen en cuenta las etapas del procedimiento contractual, donde se presentan dos momentos, sin entrar en mayores detalles: i) la entidad pública los pliegos de condiciones, donde fija las reglas del negocio a celebrar, al igual que los criterios para seleccionar el contratista; y ii) luego se presentan -momento posterior- las aclaraciones al pliego de condiciones, que incluso pueden concretarse en modificaciones del negocio inicialmente previsto, mediante la expedición de adendas, pero no solo estos tienen fuerza vinculante, ya que las demás consideraciones también supeditan a la administración, pues allí, de forma reflexiva, mirando en retrospectiva el pliego de condiciones sobre puntos específicos, logra advertir los malentendidos -incluso errores o incompletitudes, los cuales ameritan más que una simple aclaración la modificación del pliego, mediante adendas-, contenidos oscuros, incoherencias o falta de claridad, que puede advertir motu proprio o por solicitud de aclaración efectuadas por los oferentes, que tienen gran participación en esta actividad, dado su interés en la seguridad jurídica de tener mayor claridad en cuanto a los requisitos y obligaciones fijados por la entidad, y de esta manera no verse sorprendido, en la medida de lo posible, por el comportamiento administrativo.”*

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política de Colombia, artículo 23

Ley 80 de 1993, artículo 24 numeral 2 y artículo 30 numeral 4.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado No. 25642 del 24 de julio de 2013. C.P: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado No. 25341 del 6 de mayo de 2015. C.P: Olga Melida Valle de la Hoz

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

 GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Colombia Compra Eficiente

“¿La entidad puede, establecer requisitos técnicos, jurídicos y financieros, de manera discrecional y sin mediar justificación o argumento? ¿Puede una entidad so pretexto de asegurar la calidad de los bienes o servicios, establecer requisitos, sin ninguna argumentación fáctica o jurídica?”

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE

No. La Entidad Estatal debe definir los requisitos financieros y jurídicos de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato, es decir, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el riesgo asociado al Proceso de Contratación. Por lo tanto, la Entidad Estatal no podrá establecer los mencionados requisitos de manera discrecional y sin mediar ninguna justificación.

Por su parte, los requisitos técnicos de la oferta también deberán establecerse de manera adecuada y proporcional con base en el análisis del sector, el objeto del contrato y las condiciones técnicas del bien, obra o servicio a contratar, reflejado en los estudios previos. En este sentido, las Entidades Estatales se encuentran facultadas para exigir el cumplimiento y la observancia de los requisitos que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. De esta forma, no se podrán establecer criterios superfluos o caprichosos que no medien ninguna justificación.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, señala que “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”.

2. El Decreto 1082 de 2015 establece el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis del Riesgo. El resultado del análisis debe plasmarse en los estudios y documentos previos del Proceso de Contratación.

3. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliego de condiciones, los pliegos de condiciones y el contrato y deben contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (i) La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer; (ii) El objeto a contratar con sus especificaciones; (iii) La modalidad de selección y su justificación; (iv) El valor estimado del contrato y la justificación del mismo; (v) Los criterios para seleccionar la oferta más favorable, (vi) El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo; (vii) Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación y (viii) La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.





Colombia Compra Eficiente

4. Los estudios deben ser proporcionales al objeto contractual, a la modalidad de selección a usar, y al tipo de bien, obra o servicio a adquirir.

5. La Ley 1150 de 2007 señala que, las Entidades Estatales deben definir los requisitos habilitantes de capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia de manera adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

6. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes del Proceso de Contratación luego de haber adelantado el análisis para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación. Este análisis permite conocer las particularidades correspondientes a cada sector económico, como el tamaño empresarial de los posibles oferentes, su modelo de negocio y si es posible que se presenten proponentes plurales. Estas particularidades deben ser tenidas en cuenta para evitar direccionar los requisitos habilitantes hacia un tipo de proponente.

7. Por su parte, el Consejo de Estado señala que : *En otras palabras, en ejercicio de la potestad de configuración de los pliegos de condiciones las entidades estatales contratantes se encuentran facultadas para exigir el cumplimiento y la observancia de los requisitos y condiciones que tanto a la luz de los principios constitucionales y legales que orientan la Contratación Estatal, como de su cometido misional, resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato. En contraposición a la premisa expuesta, se deriva que la amplitud de su facultad no puede extenderse a la fijación de requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios que en nada contribuyan a la selección objetiva del futuro colaborador de la Administración y sí, por el contrario, obstaculicen o impidan la materialización del referido principio.*

8. Conforme a lo anterior, la Entidad Estatal en el ejercicio de la potestad para la configuración de los pliegos de condiciones debe exigir el cumplimiento y la observancia de los principios constitucionales y legales que orientan la Contratación Estatal.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 1150 de 2007, artículo 5.

Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf

Consejo de Estado- Sección Tercera, Expediente No. 28207. Fecha: 29 de mayo de 2014. MP: Hernán Andrade Rincón.

 GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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

Atentamente,

Luisa Fernanda Vanegas Vidal
Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana
Revisó: María Alejandra Estupiñán Forero

