



80112

Bogotá, D.C.,

Doctor

**ANTONIO OSPINA SERNA**

**Alcalde**

**Alcaldía Carmen del Darién**

[alcaldia@carmendeldarien-choco.gov.co](mailto:alcaldia@carmendeldarien-choco.gov.co)

Barrio Jardín Curbaradó - Palacio Municipal

Carmen del Darién- Choco

**ASUNTO:**–Procedencia de la revocatoria del acto de apertura.

### **1. Solicitud.**

Mediante memorando con radicado ER0060982 recibido el 19 de Junio de 2013 el Alcalde municipal del Carmen del Darién solicita se emita concepto en relación con unos defectos encontrados en proceso de licitación para ejecutar obra pública, para determinar si procede la revocatoria o suspensión de proceso licitatorio en curso.

Debe tenerse en cuenta que las funciones constitucionales y legales, contenidas en el artículo 267 de la Constitución Política establecen que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

La Constitución establece con claridad la función de vigilancia y control fiscal, señalando el organismo encargado de ejercerla, ordenando también que tal facultad se debe realizar conforme a la ley. La función fiscalizadora, no implica una participación en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de ésta, al tiempo o después de su ejecución.

Ahora bien, la misma Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, cuando estipula en el inciso 4º del artículo 267 de la Carta: *“La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.”*

Este mandato es determinante, la Contraloría General de la República, no tiene aptitud legal para acometer las decisiones, de los sujetos pasivos de control fiscal, ni tampoco de quien ejerce dicho control a nivel territorial, con lo cual se procederá a indicar de manera

general las normas aplicables al tema y las fuentes no formales que permitan al consultante solucionar sus interrogantes.

## 2. Consideraciones jurídicas:

### 2.1. Disposiciones ilegales de los pliegos de condiciones.

Establece el principio de transparencia, específicamente en el Numeral 5° del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral.

La Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>1</sup>, ha considerado que los requisitos abiertamente ilícitos del pliego de condiciones, son ineficaces y no deben ser tenidos en cuenta, así las cosas en sentencia 11192 proferida el 23 de abril de 1998, explicó:

*"La Sala entiende que no es permisible a la entidad contratante establecer en el pliego de condiciones, previsiones en virtud de las cuales la entidad se reserve 'el derecho de aceptar o no ofertas que no reúnan la totalidad de requisitos o que presenten defectos en forma (sic.), omisiones o errores significativos y aquéllas que no sean convenientes para la entidad', tal cual lo determinaron los pliegos de condiciones que gobernaron la licitación que ha originado el presente proceso, pues una cláusula con esos alcances riñe abiertamente con elementales principios aplicables al régimen de contratación estatal, por virtud de los cuales, no es permisible a los sujetos involucrados en el proceso de selección y particularmente a la entidad licitante 'reservarse derechos' de que carece y que no son de su resorte por corresponder a la competencia normativa del ordenamiento y no dispositiva de los particulares, como que por esa vía, la entidad podría eludir el cumplimiento de la ley pues claro resulta que las ofertas deben reunir la totalidad de los requisitos que se reputan esenciales como condición sine qua non para poder ser estudiadas y consideradas, de la misma manera que aquéllas que evidencien omisiones o errores significativos, tampoco son hábiles para su consideración, por lo cual, dichas reservas, no pasan de ser cláusulas de estilo sin eficacia alguna, pues absurdo resultaría que frente a mandatos imperativos de orden público como aquél contenido en el art. 33 del anterior estatuto contractual o el preceptuado en el art. 29 de la ley 80 de 1993, ambos consagratorios del principio objetivo que ha de presidir la selección del contratista, pudiera la entidad contratante reservarse una inexistente discrecionalidad y arrogarse el poder sin fundamento legal de ninguna naturaleza de aceptar o no a su antojo las propuestas que contengan deficiencias graves o errores trascendentales y relevantes, pues esta materia es de orden público y el rigor que ha de presidir la consideración de las propuestas así como los parámetros de necesaria observancia están delimitados en la ley, la cual ha disciplinado los criterios objetivos de selección que en manera alguna pueden quedar librados al antojo de la entidad contratante.*

*Quizás por ello el actual estatuto contractual expresa e inequívocamente determinó que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el art. 24 de la ley 80 de 1993 consagratorio del principio de la transparencia "serán ineficaces de pleno derecho", particularmente aquéllas que establezcan reglas de selección por fuera de la objetividad,*

---

<sup>1</sup>Sentencia del Consejo de Estado No. 15963 del (21) de mayo de dos mil ocho (2008), C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

claridad y justicia que debe manifestarse en los pliegos que gobiernan el proceso de selección.

La anterior precisión se hace en atención a la postura procesal asumida por el ente demandado quien a manera de defensa invocó frente a la controversia planteada la aplicación de dicha cláusula, que se reitera, en sentir de la Sala, es ineficaz de pleno derecho, esto es, sin necesidad de declaratoria jurisdiccional a propósito, no obstante que del análisis probatorio realizado en la presente providencia los cargos enderezados a la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación no se abren paso por las razones expuestas anteriormente.” (Se subraya)

Igual postura asumió la Sala en sentencia proferida el 3 de mayo de 1999 en la que explicó:

“Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva.

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 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.”<sup>2</sup> (Subraya ahora la Sala).

Que fue reiterada, entre otras, en sentencia 15.235<sup>3</sup>:

“De conformidad con lo expuesto precedentemente, el juez administrativo es competente para inaplicar el pliego de condiciones cuando encuentre que uno de sus preceptos viola la ley y es el sustento legal de cualquiera de las decisiones que tome la entidad contratante durante la actividad contractual y en él se fundamente el vicio de nulidad de aquéllas.

*La mal llamada excepción de ilegalidad<sup>4</sup> se fundamenta en 'la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no la contemple expresamente... resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben*

<sup>2</sup> Expediente 12.344. Actor: GERMAN TORRES SALGADO. CP: Dr. Daniel Suárez Hernández.

<sup>3</sup> Proferida el 24 de junio de 2004.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de enero 26 de 2000

*subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución<sup>6</sup> Dicha facultad está reservada a la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como fue reconocido por la Corte Constitucional (...)<sup>6</sup>*

*La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral.*

*En ese orden de ideas, los pliegos de condiciones que rigieron la licitación 01 de 1994, al prever que la licitación podía ser declarada desierta "cuando no se presenten al menos dos (2) participaciones hábiles" (núm. 3.10 lit. e), desconoció que la ley, en el lit. b. del numeral 5 del artículo 24, exige la definición de reglas objetivas que aseguren la escogencia del contratista y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. La presentación de una sola oferta no la impide, como acaba de señalarse y por tal motivo, no justifica que pueda frustrarse ese procedimiento administrativo.<sup>7</sup>*

*En síntesis, la resolución No. 1204 del 14 de marzo de 1994, por medio de la cual el presidente del IFI declaró desierta la licitación 01 de 1994, por haberse presentado una sola propuesta, está viciada de nulidad, en tanto se expidió con fundamento en una disposición de rango inferior -el pliego de condiciones- que contraría la ley, toda vez que esa circunstancia no impedía la selección objetiva."(Subraya ahora la Sala)*

La Corte Constitucional no ha tratado directamente el tema, sin embargo a la luz del principio de mensurabilidad que supone que las potestades administrativas tienen su propia limitación en la medida que bajo ningún contexto, puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado, lo que va aparejado en la configuración del Estado Social de Derecho<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sentencia C-037 de 2000

<sup>6</sup> La ineficacia, de pleno derecho, en los términos que establece la ley 80 de 1993, permite concluir que no siempre habrá necesidad de demandar directamente el pliego de condiciones. Basta que en él se estipulen disposiciones que contravengan lo que la ley señala para que se le fulmine esa sanción.

<sup>7</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp. 13.792. Actor: Sociedad Henry Lozada Vélez y Cía Ltda. Demandado: INVICALI.

<sup>8</sup> En Sentencia C-318 de 1995, del 19 de julio de 1995, con ponencia del Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, se observa que: "La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues "en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución". En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede".

## 2.2. El criterio experiencia en los procesos de selección.

Este criterio debe ser valorado a través del principio de libre concurrencia que le asiste a los proponentes, dentro del derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, para lo cual se debe garantizar la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Específicamente en el tema de la Licitación Pública, tal libertad está aparejada los principios constitucionales de igualdad (artículo 13 CP) y de libre concurrencia (artículo 333 CP), en tal sentido las personas que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, dispuesta en los pliegos de condiciones, tendrá la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato.

Sin embargo es entendible que dentro del mismo contexto esta libertad contenga implícitamente sus limitaciones, las cuales también se encuentran soportadas en la primacía del interés público, y de manera consecuente, se determina el propósito de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento del contrato.

Estas limitaciones se concretan en cada caso particular, de acuerdo al proceso de selección que deba utilizar, ya que cada modalidad revista mecanismos propios para identificar la propuesta más favorable a la entidad, con lo cual vale la pena citar:

**Artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.** *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

*1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009*

*2. Modificado por el art. 88, Ley 1474 de 2011. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de*

*condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*3. 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.*

*4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.*

*En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.*

*Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.*

*Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2008<sup>9</sup>*

**Decreto 734 de 2012. Artículo 2.2.9.** *Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, se determinará de la siguiente manera:*

*1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.*

*2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente*

---

<sup>9</sup> Esta disposición modificó lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

*decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.*

*3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, 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;*

*b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:*

*I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.*

*II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.*

*III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, servicios o bienes adicionales a los presupuestados por la entidad y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.*

*IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.*

*Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.*

*La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.*

*Parágrafo 1º. En caso de que el pliego de condiciones permita la presentación de ofertas en varias monedas, para efectos de evaluación y comparación, la entidad*

*convertirá todos los precios a la moneda única indicada en el pliego, utilizando los parámetros señalados para tal efecto en los mismos.*

*Parágrafo 2º. Para la evaluación de las propuestas o de las manifestaciones de interés en procesos de selección por licitación, selección abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía, la entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4.2.5.1 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones o en la invitación pública, según el caso.<sup>10</sup>*

En ese orden de ideas, no sería dable por ejemplo en un concurso de méritos ponderar el precio ofertado cuando lo que se pretende es elegir la oferta que mejor calidad le ofrezca a la entidad, y por supuesto supeditado al presupuesto oficial estimado.

El tema específico de la experiencia en los procesos de selección, tiene una connotación especial tanto en la ley como en su reglamento, bajo los supuestos del proceso de selección específico.

---

<sup>10</sup>Este Decreto fue derogado conforme al artículo 163 del Decreto 1510 de 2013, el cual comenzará a regir a partir del 15 de agosto de 2013 o 31 de diciembre de 2013 según corresponda, manteniéndose la aplicación del Decreto 734 de 2012 para aquellos procesos cuyo Auto de Apertura de Licitación se expidiera dentro de su vigencia. Sobre el tema particular establece el artículo 26 lo siguiente: “Artículo 26. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista. En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe de-terminar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

*La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.*

*La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.*

Como lo anota el solicitante, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, dentro del principio de selección objetiva se determinó que la capacidad jurídica, las condiciones de la experiencia, la capacidad financiera y de organización del proponente serán objeto de verificación exclusivamente como requisitos habilitantes, con lo cual podrán otorgar puntaje, exceptuando la selección de consultores, en cuyo caso se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, como criterios de ponderación.

### 2.3. Principio de publicidad.

De acuerdo con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público tal y como lo establece el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

La Ley 1150 de 2007, en el párrafo 2° del artículo 2, establece que en ejercicio del principio de publicidad “se dará publicidad a todos los procedimientos y actos” de cada uno de los procesos de selección.

Por su parte, el literal c del artículo 3 de la mencionada Ley, establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, “*contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos*”.

Específicamente el Decreto 734 de 2012, en su artículo 2.2.5 como lo cita el consultante, establece que *los estudios y documentos previos – incluyendo los anexos técnicos y la matriz de riegos<sup>11</sup>- se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones*”. Situación que se ve aún mayor soportada, dentro del contexto del párrafo 3° del artículo 2.1.1. del mismo Decreto, por cuanto allí se establece que se “*entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones o de la suscripción del contrato*”, concluyendo que “*En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección*”<sup>12</sup>.

### 2.4. La figuras de revocatoria y suspensión de los proceso de selección<sup>13</sup>.

De la suspensión, el Decreto 734 de 2012, en el párrafo 1° del artículo 2.1.1., particularmente que:

---

<sup>11</sup> Como lo dispone los numerales 2° y 6° del artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012.

<sup>12</sup> En el nuevo decreto 1510 de 2013, específicamente en los artículos 22 y 23, se elimina la afirmación que se le otorga de definitivos a los documentos que acompañan el proyecto de pliego de condiciones, y se mantiene la exigencia mencionada en la nota de pie anterior.

<sup>13</sup> En el Decreto 1510 de 2013, no se observa disposición que trate la revocatoria del acto de apertura de licitación y la suspensión a los procesos de selección como lo disponía tal artículo del Decreto 734 de 2012.

*“El proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles, señalado en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación del proceso. Este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que lo señale”.*

Así las cosas, y atendiendo a la naturaleza misma de la figura, se podrá utilizar cuando a juicio de la entidad – determinación unilateral, con lo cual deberá efectuarse a través de un acto administrativo debidamente motivado-, ante circunstancias de interés público o general (i) y que puedan llevar a la normal culminación del proceso, la entidad necesite contar con un tiempo para efectuar un análisis a fondo de esas situaciones, lo que implica que tales circunstancias eventualmente puedan sean susceptibles de sanearse , caso contrario deberá analizar si procede la siguiente figura.

Para el caso específico de la revocatoria del acto de apertura de licitación, establece con precisión el Decreto 734 de 2012, en el párrafo 2º del artículo 2.1.1 lo siguiente:

*“El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o norma legal que lo modifique, adicione o sustituya, y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura”.*<sup>14</sup>

Se observa que la disposición citada determina que en el evento en que se requiera modificar los estudios y documentos previos, que impliquen cambios fundamentales (i), se podrá revocar el acto administrativo de apertura, condicionado además a que ello permita proteger el interés público o social (ii), y para lo cual la entidad deberá expedir el respectivo acto administrativo motivado.

### **3. CONCLUSIÓN.**

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000 y Circular No. 017 de noviembre 21 de 2006, se permite dar respuesta así:

Como se anotó en la primera parte de este concepto, no le es dable a éste órgano de control tomar decisiones como lo pretende el consultante frente a cada uno de sus interrogantes, de lo contrario se estaría no solo extralimitando las funciones que nos

---

<sup>14</sup>En el Decreto 1510 de 2013, no se observa disposición específica que permita la revocatoria especial como lo disponía tal artículo del Decreto 734 de 2012.

competen, sino también se estaría incurriendo en la figura prohibida por la constitución de co-administración.

De otro lado con los datos remitidos en la consulta y advirtiendo que no suponen la solución a cada caso específico, se conceptúa lo siguiente:

- La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, bajo el principio de publicidad y transparencia, con lo cual deberá publicarse con el proyecto de pliegos los estudios y documentos previos del proceso de selección, para que con ello se permita a los proponentes y eventual contratista, valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad así como la distribución de riesgos. (numeral 3 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, artículos 2 y 3 de la Ley 1150 de 2007 y 2.1.1 y 2.2.5 del Decreto 734 de 2012).
- El principio de libre concurrencia de los oferentes, no se limita por el solo hecho de exigir un mínimo de tiempo de experiencia al proponente como requisito habilitante, pues si la Entidad cuenta con el sustento suficiente que justifique tal limitación, podría ser válida, siempre y cuando tal limitación no se encuentre prohibida en la normatividad aplicable y resulte un requisito objetivo necesario para participar en el proceso específico
- En el contexto del principio de transparencia, que encuentra un grado de expresión en el N° 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, es necesario desde el inicio de proceso de selección, incluir las *“reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole”* del mismo modo la Entidad debe velar para dichas reglas *“no induzcan a error a los proponentes y contratistas”*.
- En desarrollo del mismo principio, se determina que la consecuencia de omitir dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, acarrea la ineficacia de pleno derecho para aquellas disposiciones del pliego de condiciones.
- La condiciones de experiencia, solo podrán ser tenidas como requisitos habilitantes, sin que sea permitido su ponderación para puntaje, exceptuando el caso de la selección de consultantes – concursos de méritos-, en donde es posible utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo como criterios de ponderación (artículo 5° de la Ley 1150 de 2007).
- Si la entidad requiere modificar los estudios y documentos previos, que impliquen cambios fundamentales (i), se podrá revocar el acto administrativo de apertura, condicionado además a que ello permita proteger el interés público o social (ii), y para lo cual la entidad deberá expedir el respectivo acto administrativo motivado (parágrafo 2° del artículo 2.1.1. del Decreto 734 de 2012).
- Así mismo, previo al análisis que se efectuó en cada caso, ante circunstancias de interés público o general (i) y que puedan llevar a la normal culminación del proceso (ii), la entidad necesite contar con un tiempo para efectuar un análisis a fondo de esas situaciones, podrá suspender el proceso de selección, a través de

un acto administrativo debidamente motivado (parágrafo 2º del artículo 2.1.1. del Decreto 734 de 2012).

#### **4. – ALCANCE DEL CONCEPTO.**

En virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, al interior de la Contraloría General de la República sus conceptos fijan la posición jurídica de la entidad; mientras que respecto de terceros, sus conceptos tienen el carácter que les atribuye el Art. 28 de la Ley 1437 de 2011, es decir que carecen de fuerza vinculante.

Cordialmente,

**LIGIA HELENA BARRERO RESTREPO.**  
Directora Oficina Jurídica (E).

Proyectó. Diego Rodríguez.  
N. R. 2013ER0060982