



20118010377681

Bogotá D.C., viernes, 08 de Julio de 2011

Doctora
Luz Angélica Álvarez Daza
lalvarez@transmetro.gov.co
TRANSMETRO S.A
Barranquilla – Atlántico

Asunto: Expedición de adendas y saneamiento de vicios

Respetada Doctora:

Por medio del presente oficio se da respuesta a la consulta No. 20116630180312, recibida por correo electrónico.

En ella, formula algunas inquietudes respecto de la oportunidad para expedir adendas y la posibilidad de sanear un proceso contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la respuesta a dicha consulta será tramitada por esta dependencia en los siguientes términos:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación según las funciones atribuidas por el Decreto 3517 de 2009 y los documentos Conpes 3248 y 3249 de 2003, tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

En este sentido, esta dependencia NO es competente para atender consultas específicas y concretas relacionadas con el caso particular propuesto por usted, sobre las cuales no se pronunciará al respecto.

No obstante lo anterior, se hará una breve exposición de la normativa que rige la materia, desde una perspectiva en abstracto, para que adopte la posición que considere más conducente conforme la situación particular y concreta, así:

1. Modalidades de selección¹

En atención a las modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, introducidas por medio de la Ley 1150 de 2007, las modalidades de selección del contratista se deben adecuar al objeto contractual.

¹ Suárez Beltrán, Gonzalo. "Comentarios al artículo 2.º—De las modalidades de selección". En *La nueva Contratación Pública en Colombia: Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis, 2009. 4 – 50.

Así, como regla general la escogencia del contratista debe realizarse por medio de **Licitación Pública**, salvo que el objeto contractual respectivo se adecue a las disposiciones previstas para las demás modalidades de selección; con lo cual, se privilegia el uso de esta modalidad para la adquisición de objetos contractuales complejos (aquellos que no son ni de características técnicas uniformes y de común utilización, ni consultoría) y objetos de mayor valor.

La **Selección Abreviada**, la cual recoge aquellas circunstancias que ameritan un procedimiento sumario, reuniendo en sus disposiciones varias de las causales previstas para la Contratación Directa en la Ley 80 de 1993, entre ellas la menor cuantía, la prestación de servicios de salud, la contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos, las cuales hoy en día deben adelantarse haciendo uso del procedimiento previsto para la Selección Abreviada; así como, la inclusión de causales nuevas como lo son la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y de común utilización, y, la enajenación de bienes del Estado; entre otras.

El **Concurso de Méritos**, por medio de la cual se seleccionan consultores o proyectos, premiando el talento y la experiencia en la contratación de consultoría por encima del precio.

Y, la **Contratación Directa**, reducida a aquellas causales excepcionales en las que no se requiere o no se puede adelantar un proceso de selección mediante convocatoria pública, como en el caso de la urgencia manifiesta, el empréstito y los contratos interadministrativos.

Adicionalmente, le informamos que actualmente el Congreso de la República aprobó el Plan Nacional de desarrollo (Ley 1450 de 2011) y se encuentra para sanción presidencial el proyecto de Ley denominado **Proyecto de Ley Anticorrupción** No.174/10 Cámara; 142 Senado “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública*”, en los cuales hay una regulación de la contratación cuya cuantía es inferior al 10% de la menor cuantía denominada **Mínima Cuantía**.

2. Pliego de Condiciones y planeación contractual

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece como finalidades de la contratación:

“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”

“[Asimismo, frente a los particulares, establece que] tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

En este sentido, y en atención al cumplimiento de los fines del Estado y las finalidades de la contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **en los estudios previos a que se refiere el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008** deberán establecer entre otros: la

descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar; los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección; y, la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable.

Por su parte, respecto del contenido mínimo del pliego de condiciones, el artículo 6 del Decreto 2474 de 2008 establece que deberá contener, entre otros: “los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y **las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas** así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato”.

Así, en los casos en que una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública requiera celebrar un contrato para cumplir con las funciones a su cargo, podrá establecer objetivamente criterios para la presentación y aceptación de ofertas, así como los factores de selección en razón a las características y naturaleza del bien o servicio a contratar.

Las entidades estatales para proteger el interés público y los fines del Estado, tienen como deber el exigir unos requisitos mínimos que aseguren la escogencia objetiva del mejor contratista. Al respecto, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 consagró:

“5o. En los pliegos de condiciones:

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

“b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación.

“d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;

“e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.” (Negritas fuera de texto)

La Corte Constitucional, al hacer el análisis del literal b) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, (Sentencia C-932/07, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) fue clara en advertir: “Como se vio en precedencia, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículo 209 de la Constitución), por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado”.

Por tal motivo, cualquier exigencia que se haga en desconocimiento de un trato igualitario y proporcional así como que desconozca la finalidad y objetivos perseguidos con el proceso contractual, constituirá una desviación de poder como lo señala el num. 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993²

De acuerdo con lo anterior, **el servidor público tiene el derecho y el deber de establecer en los pliegos de condiciones, las reglas claras, objetivas y justas, que aseguren una escogencia objetiva del contratista, se cumpla con los principios de la función pública y a su vez con los fines del Estado.** Es por esto, que el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al desarrollar el principio de selección objetiva de los contratistas, define los requisitos de verificación de su cumplimiento con los cuales el proponente se entiende habilitado y los diferenció de las condiciones de comparación para la selección de la oferta más favorable.

3. Modificación del pliego mediante Adenda

El artículo 7º del Decreto 2474 de 2008 modificado por el artículo 2º del Decreto 2025 de 2009 establece la posibilidad de modificar los Pliegos de Condiciones Definitivos mediante Adenda únicamente en los siguientes términos:

*“La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas, **Salvo en el evento previsto en el segundo inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 para la prórroga del plazo en la licitación pública, en ningún otro caso podrán expedirse y publicarse adendas el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello.**”*

Parágrafo 1. *En el evento en el que se modifiquen los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá incluir el nuevo cronograma, estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.*

Parágrafo 2. *Para efecto de lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones, o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.”* (subrayas y negritas fuera de texto)

Vale anotar que el proyecto de Ley No.174/10 Cámara; 142 Senado “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública”, establece en el texto conciliado para sanción presidencial una modificación importante al artículo 30 de la Ley 80 de 1993 el cual regirá una vez sea Ley de la República, en el sentido de modificar el plazo de expedición de adendas **para la Licitación Pública** en los siguientes términos:

² Num. 8. Art. 24 Ley 80 de 1993: Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

“Artículo 89. Expedición de adendas. El inciso 2° del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

*Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. **En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales**”* (subrayas y negritas fuera de texto)

Así las cosas, sobre la oportunidad de la expedición de adendas, tenemos lo siguiente:

- a. En la Licitación pública, con la normativa vigente actual, de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, sólo es posible expedir adendas el mismo día de cierre únicamente para prórroga del plazo de la Licitación.
- b. En los demás procesos contractuales, **solo podrán expedirse adendas en el término previsto en el pliego de condiciones, inclusive para prórroga del plazo, el cual en todo caso, deberá ser a más tardar hasta un día antes del cierre del proceso.**
- c. Una vez entre en vigencia el Estatuto Anticorrupción, deberá observarse la regla establecida para la licitación pública en este sentido, vale decir, que la expedición de adendas sea dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, **inclusive para plazo**, en días hábiles y horarios laborales.

Sobre el alcance de las adendas y la expedición de las mismas, la doctrina ha manifestado lo siguiente:

*“Tal vez el punto más importante que de las adendas sea la limitación que se deriva de su correlación con el artículo 3° - del decreto 2474 de 2008-. En efecto, este último **pretende que exista identidad en el proceso desde los mismos prepliegos a los que se acompaña la disponibilidad de los estudios y documentos previos definitivos. En este sentido, si la adenda afecta sustancialmente los elementos allí consignados, la entidad estatal deberá reflexionar sobre si ello comporta la necesidad de revocar el acto de apertura y volver a iniciar el proceso.** Tal medida será sin duda necesaria cuando la respuesta sea positiva. **Esta rigidez intencional en la nueva configuración busca fortalecer la etapa de planeación en la actividad contractual, y por esa vía aminorar las causas de conflicto en la ejecución de los contratos que encuentran explicación en deficiencias en esa actividad preparatoria.**”* (negritas y subrayas fuera de texto)

En vista de lo anterior, solo mediante la expedición de adendas es posible modificar el pliego de Condiciones, el cual vincula a los participantes del proceso contractual, y en esa medida, el alcance de las adendas debe ser delimitado habida cuenta que si afecta aspectos sustanciales, podría ameritar la revocatoria del proceso contractual.

Es importante señalar que una adecuada planeación aminora la necesidad de expedir adendas, motivo por el cual, la expedición de las mismas solo procede por una situación plenamente justificada.

4. Saneamiento de vicios

La Ley 80 de 1993, consciente de que en desarrollo de un proceso contractual pueden presentarse circunstancias que afecten la validez de la actuación administrativa, establece la posibilidad de sanear mediante acto administrativo motivado, aquellos **vicios de forma o de procedimiento** ante cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad
- b) Cuando las necesidades del servicio lo exijan, o
- c) Cuando las reglas de la buena administración lo aconsejen

Así dispone la norma legal en mención:

“Art. 49. Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma. Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.”

De esta manera, cuando en desarrollo del proceso contractual se presenten tales circunstancias, el Jefe de la entidad o en quien haya delegado esta función podrá sanear el correspondiente vicio retrotrayendo la actuación contractual al momento previo en que éste hubiera ocurrido para que de esa manera satisfaga la exigencia legal ignorada que ocasionó el vicio. Este concepto es diferente al de subsanabilidad contenido en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, referido a la posibilidad del oferente de corregir, o de la entidad de pedir la corrección de la ausencia de requisitos o la falta de documentos de la propuesta, que no sirvan para comparar las propuestas ni afecten la asignación del puntaje.

5. Conclusiones

En atención a las modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, introducidas por medio de la Ley 1150 de 2007, las modalidades de selección del contratista se deben adecuar al objeto contractual. En este sentido, se encuentran hoy en día como modalidades de selección del contratista la Licitación Pública, la Selección Abreviada, el Concurso de Méritos, la Contratación Directa y la Mínima Cuantía, siendo la Licitación Pública la regla general, salvo lo previsto para las demás modalidades de selección.

Siendo así, le corresponde a las entidades sometidas a sus disposiciones en la etapa de planeación contractual, establecer además de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar; la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar y, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, entre otros.

La expedición de adendas debe ser utilizada de manera responsable y delimitada a modificar aquellos aspectos del pliego no sustanciales, porque si éste fuera el caso, debería revocarse el proceso contractual. Adicionalmente, el término de su expedición esta señalado en la Ley y en el reglamento, cuyo desconocimiento puede acarrear responsabilidades, para lo cual, las entidades deberán observar lo



dispuesto para la licitación pública y demás modalidades de selección en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 2474 de 2008 modificado por el Decreto 2025 de 2009. De la misma manera, deberán tener en cuenta la modificación que introduzca el Estatuto Anticorrupción una vez sea Ley de la República, para la Licitación.

Cuando ocurre un vicio de forma o de procedimiento, la administración puede retrotraerse al momento del vicio y sanearlo mediante acto administrativo motivado en los términos del artículo 49 de la Ley 80 de 1993.

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública
Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación

P: Jorge Hernán Beltrán Pardo
R: Diana Bernal Pinzón