



PLIEGO DE CONDICIONES – Observaciones al pliego de condiciones – Postura Consejo de Estado

La tesis sostenida en la Sentencia del Consejo de Estado con radicación 69280 citada en la consulta consiste en otorgar fuerza vinculante a las respuestas de las observaciones y/o aclaraciones que presentan los proponentes al pliego de condiciones definitivo, cuando estas constituyan verdaderas modificaciones a las reglas inicialmente establecidas, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos como lo son: i) la publicación del documento contentivo se efectúe dentro de los términos legalmente consagrados para tal propósito; ii) las modificaciones deben emanar del funcionario competente para expedirlas de acuerdo con las normas del EGCAP; iii) no deben modificar aspectos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto y, iv) se divulgue y publique su contenido a través del mecanismo oficial previsto por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, es decir, el SECOP.

Esta Agencia acoge la postura sostenida por el Consejo de Estado, en la medida en que el pliego de condiciones definitivo es un "acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo", de manera que resulta comprensible que las respuestas que emite la entidad estatal frente a su contenido, se adopten como parte del pliego de condiciones definitivo, en virtud del principio de confianza legítima frente a las actuaciones y decisiones de la administración en su actividad contractual.

PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES – Acto de trámite

El proyecto de pliego de condiciones es un acto previo que no genera manifestación de voluntad de la administración. Es decir, no constituye un acto administrativo propiamente dicho, sino que hace parte de las actuaciones previas a la expedición del acto administrativo mediante el cual se adopta el pliego de condiciones definitivo. En consecuencia, las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones que los interesados formulen al proyecto de pliego de condiciones no son vinculantes, ni constituyen modificaciones a las condiciones, reglas o exigencias para la escogencia del contratista del Estado.

PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES – Obligatoriedad de publicación – Deber de responder

En todo caso, en virtud del artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, en observancia de los principios de publicidad y transparencia, la entidad estatal está en la obligación de publicar los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes en el SECOP, con el propósito de que los interesados conozcan su contenido y formulen las observaciones y/o aclaraciones en los términos del artículo 2.2.1.1.2.1.4. a partir de la efectiva publicación durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.



RESPUESTAS A OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGOS – No vinculantes

No obstante, las observaciones y/o aclaraciones allegadas forman parte de la institución del derecho de petición, de manera que la entidad estatal está en la obligación de recibirlas y darles respuesta de fondo, motivándolas e indicando de manera clara las razones por las cuales las acoge o las rechaza, sin que signifique que el contenido de las mismas constituya una obligación de dar apertura al proceso de selección, ni compromiso diferente distinto a su realización, lo que permite colegir que no opera la fuerza vinculante que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, ha predicado de las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones al pliego de condiciones definitivo, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos legales.



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



Señor

Edwin Villamil Hernández

edhervh@hotmail.com

Villavicencio, Meta

Concepto C-1029 de 2024

Temas: PLIEGO DE CONDICIONES – Observaciones al pliego de condiciones – Postura Consejo de Estado / PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES – Acto de trámite / PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES – Obligatoriedad de publicación – Deber de responder / RESPUESTAS A OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGOS – No vinculantes

Radicación: Respuesta a consulta radicados No. P20241219012679

Estimado señor Villamil Hernández,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde sus solicitudes de consulta de fecha 19 de diciembre de 2024, en la cual manifiesta que:

“[...] Según sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, con número de radicación 25000233600020180085301 (69280), Actor: UNIÓN TEMPORAL BTL COLOMBIA, Demandado: FONDO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES FONTIC; en la que se establece que las respuestas dadas por la Administración a las solicitudes de aclaración a los pliegos de condiciones tienen fuerza vinculante, al

margen de que se hallen contenidas en un documento rotulado como adenda.

Luego de exponer el anterior contexto y habiendo hecho referencia a la jurisprudencia en cita del Consejo de Estado, su consulta es la siguiente:

“[...] las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones al PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES, cuentan con igual fuerza vinculante, al margen de que se hallen contenidas o incluidas en el documento de PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO?” [SIC].

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

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

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el interrogante: En virtud de la tesis sostenida en la Sentencia del Consejo de Estado con radicación 69280 citada en la consulta, donde otorga fuerza vinculante a las respuestas de las observaciones y/o aclaraciones al pliego de condiciones definitivo luego de cumplidos ciertos presupuestos de ley ¿también tendrían fuerza vinculante y constituirían verdaderas modificaciones las



respuestas a las observaciones y/o aclaraciones al *proyecto de pliego de condiciones*, tal y como sucede con las hechas al pliego de condiciones definitivo?

2. Respuesta:

En primer lugar, es fundamental resaltar que, durante todo el proceso de contratación, debe prevalecer el principio de confianza legítima, tal como lo ha señalado el alto tribunal. Este principio se refiere a la expectativa genuina que tiene el particular respecto a que las reglas establecidas por el Estado para el ejercicio de una actividad o el reconocimiento de un derecho no sean modificadas de manera intempestiva o arbitraria.

Así, el principio de confianza legítima se ve vulnerado cuando la administración realiza un cambio abrupto en sus actuaciones, decisiones o lineamientos, lo cual destruye la esperanza legítima que el administrado ha depositado en las decisiones previas.

Sin embargo, para el caso puntual es necesario traer a colación la Sentencia del Consejo de Estado con radicación 69280 citada en la consulta consiste en otorgar fuerza vinculante a las respuestas de las observaciones y/o aclaraciones que presentan los proponentes al *pliego de condiciones definitivo*, cuando estas constituyan verdaderas modificaciones a las reglas inicialmente establecidas, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos como lo son: i) la publicación del documento contentivo se efectúe dentro de los términos legalmente consagrados para tal propósito; ii) las modificaciones deben emanar del funcionario competente para expedirlas de acuerdo con las normas del EGCAP; iii) no deben modificar aspectos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto y, iv) se divulgue y publique su contenido a través del mecanismo oficial previsto por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, es decir, el SECOP.

En este sentido, esta Agencia adopta la postura sostenida por el Consejo de Estado, en la medida en que el pliego de condiciones definitivo es un "acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y la suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo". Así, resulta comprensible que las respuestas emitidas por la entidad estatal frente al contenido del pliego se adopten como parte del mismo, en virtud del



principio de confianza legítima respecto a las actuaciones y decisiones de la administración en su actividad contractual.

Lo anterior, resalta que la tesis del Consejo de Estado se encuentra relacionada específicamente con el pliego de condiciones definitivo y no con el proyecto de pliego, el cual no constituye un acto administrativo propiamente dicho, sino que hace parte de las actuaciones previas a la expedición del pliego de condiciones definitivo.

En consecuencia, las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones que los interesados formulen al proyecto de pliego de condiciones no podrían adquirir la misma connotación que aquellas hechas al pliego de condiciones definitivo, en la medida en que: i) No goza de la misma naturaleza jurídica y ii) existe una etapa posterior -observaciones al pliego de condiciones definitivo- en la que los proponentes que no vean reflejada su observación en el contenido del pliego de condiciones, tendrán la facultad y el derecho de reiterarla y exigir que lo que se resolvió en su momento, influya en los términos de referencia definitivos.

No obstante lo anterior, no exime a la entidad estatal de cumplir la obligación de recibir y dar respuesta de fondo y dentro del término a las observaciones presentadas en el marco del proceso, motivándolas e indicando de manera clara las razones por las cuales las acoge o las rechaza, sin que signifique que el contenido de las mismas constituya una obligación de dar apertura al proceso de selección, ni compromiso diferente distinto a su realización, lo que permite colegir que no opera la fuerza vinculante que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, ha predicado de las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones al pliego de condiciones definitivo, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos legales.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

En palabras del tribunal: *"la confianza legítima consiste en la expectativa que el particular tiene de que las normas o decisiones adoptadas por la administración pública no serán alteradas de forma inesperada, generando un ambiente de incertidumbre o perjuicio."*

Este principio tiene un impacto directo en el buen desarrollo de los procesos administrativos y de contratación, ya que fomenta la transparencia y

la previsibilidad en las acciones del Estado. En consecuencia, cualquier modificación súbita o injustificada de las condiciones previamente establecidas en el proceso de contratación podría interpretarse como un quebrantamiento de este principio, afectando no solo la seguridad jurídica de los participantes, sino también la integridad del propio proceso.

Por lo tanto, es indispensable que las decisiones de la administración pública se mantengan dentro del marco de coherencia y estabilidad, respetando las expectativas legítimas de los contratistas y evitando alteraciones que puedan generar perjuicios o malentendidos, y que, en última instancia, puedan comprometer la confianza en las instituciones y en el sistema de contratación pública. El pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan¹ sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas, y ha sido definido como un "acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo"².

De conformidad con lo anterior, la Administración tiene la facultad de configurar las reglas y exigencias de los pliegos de condiciones de manera libre, dentro de los parámetros y límites establecidos por el ordenamiento jurídico³, con fundamento en los estudios realizados en la fase de planeación. Además, tiene la carga de elaborarlos de manera idónea, objetiva, clara, precisa y completa, tal como se deduce de la disposición recién citada.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que surja la necesidad de efectuar correcciones, aclaraciones o modificaciones, bien sea porque las mismas tienen origen en necesidades identificadas por la entidad contratante o como consecuencia de observaciones realizadas por los interesados en el proceso, de manera que, pese a la planeación previa y el cumplimiento de las disposiciones aplicables, es posible que sea necesario modificar el pliego de condiciones, como se explicará.

De esta forma, una vez publicados los pliegos de condiciones definitivos, las entidades pueden modificar su contenido, como consecuencia de las

¹ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alier Hernández Enríquez.

³ Lo anterior, sin perjuicio de los casos en que resulten aplicables los documentos tipo –o pliegos tipo– de que trata el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020.

observaciones recibidas por parte de los interesados o por iniciativa de la misma entidad, cuando quiera que evidencie la necesidad de modificar, ajustar o aclarar algún aspecto o condición, modificación que se realiza mediante *adendas*.

Sin perjuicio de lo anterior, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, dichas modificaciones pueden realizarse por medio de cualquier otro documento que contenga la manifestación de voluntad de la entidad de aclarar, añadir, adicionar, reemplazar o cambiar un aspecto o condición, incluida en los documentos del procedimiento de contratación, independientemente que a dicho documento se le titule como *adenda*, siempre que mediante dicho documento se modifiquen los pliegos de condiciones⁴.

Justamente, y de cara a la jurisprudencia que usted cita en su consulta⁵, la postura que esgrime como argumento el alto tribunal se basa en los reiterados pronunciamientos que señalan que el rótulo que pueda llegar a tener el documento que contenga la modificación es simplemente una formalidad que no varía la intención de la Administración de reformar alguna condición inicial del pliego de condiciones y que, por lo tanto, tendrá fuerza obligatoria para las partes en el proceso de selección.

Sin embargo, de acuerdo con las normas del Estatuto General que regulan la materia y en virtud de los pronunciamientos que ha hecho el Consejo de Estado en torno a las adendas y su trámite, vale la pena señalar que la fuerza vinculante de las modificaciones al pliego de condiciones que se materializan producto de las respuestas que emita la entidad contratante ante las observaciones y/o solicitudes de aclaración, dependerá siempre del

⁴ En la sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, el Consejo de Estado se pronunció sobre la fuerza vinculante que tienen las respuestas a las observaciones y solicitud de aclaración a los pliegos de condiciones:

“5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

[...]

Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

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”.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. 4 de julio de 2023. Rad. (69280).



cumplimiento de presupuestos que lo que buscan es dotar de seguridad y confianza a los partícipes en el proceso de selección e irradiarlo con los principios de transparencia y selección objetiva, como lo son: i) la publicación del documento contentivo se efectúe dentro de los términos legalmente consagrados para tal propósito; ii) las modificaciones deben emanar del funcionario competente para expedirlas de acuerdo con las normas del EGCAP; iii) no deben modificar aspectos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto y, iv) se divulgue y publique su contenido a través del mecanismo oficial previsto por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, es decir, el SECOP.

Sin embargo, en el caso de las respuestas al proyecto de pliego de condiciones, la tesis sostenida por el Consejo de Estado no tiene recibo, como se pasará a explicar:

El artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 extendió el alcance del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 a las actuaciones administrativas que preceden la expedición de los actos administrativos precontractuales como lo son el pliego de condiciones y el acto de apertura del proceso de selección de contratistas.

El artículo 8 citado establece lo siguiente:

“Artículo 8°. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

Parágrafo. No es obligatorio contar con disponibilidad presupuestal para realizar la publicación del proyecto de Pliego de Condiciones”.

De la norma transcrita se pueden señalar diferentes aspectos: el artículo quiso desarrollar de manera específica y especial las actuaciones administrativas que consagraba el derogado Código Contencioso administrativo y que prevalecen en la Ley 1437 de 2011 o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- que exigen de la administración el cumplimiento de principios orientadores, incorporando actuaciones que anteceden la expedición de los actos administrativos precontractuales como el pliego de condiciones definitivo y el acto de apertura. En ese sentido, el legislador abrió la posibilidad de que cualquier interesado en participar en el proceso de selección, presentara las observaciones y opiniones luego de examinar los documentos publicados por la entidad estatal contratante, con el fin de sujetar las actuaciones precontractuales a los principios que actualmente consagran en los numerales 6, 8 y 9 del CPACA⁶.

Por otro lado, las observaciones y/o aclaraciones a los documentos y estudios previos y al proyecto de pliego de condiciones que presenten los interesados en los procesos de selección forman parte de la institución del derecho de petición, con una regulación especial en cuanto a los plazos de respuesta, de la misma manera en que se conciben las observaciones que se efectúen para el contenido del pliego de condiciones y los informes de evaluación que publica la entidad contratante.

Esto supone un avance, si se quiere, con la reforma que hace la Ley 1150 de 2007, por cuanto garantiza una etapa previa al proceso precontractual, que parte desde el inicio de la convocatoria pública y la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, con el propósito de que se mejoren en los aspectos más sustanciales del proyecto contractual, de cara al conocimiento y la experiencia

⁶ Artículo 3 Artículo 3º. *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

[...]

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

[...]

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

[...]"



que tienen los interesados en participar, quienes son los idóneos para complementar circunstancias que pudieron omitirse a la hora de su construcción o que quedaron afuera del análisis que se efectúa con los estudios previos. Justamente, es por ese motivo que la entidad estatal contratante tiene la exigencia de publicar de tales documentos en el SECOP como medio oficial para dar a conocer su actividad contractual.

Sin embargo, los actos preparatorios como el proyecto de pliego de condiciones o la elaboración y publicación de los estudios previos no son actos que obligan a la entidad estatal a dar apertura al proceso contractual, en contraste con lo que ocurre con los verdaderos actos administrativos que contienen una manifestación de la voluntad de la administración y la virtualidad de crear obligaciones y derechos, como lo es el acto de apertura del proceso de selección, el pliego de condiciones definitivo e incluso, el acto de adjudicación del contrato.

Para entender mejor lo dicho, es importante abordar el concepto de *acto administrativo* que, aunque no existe una definición legal, la doctrina y la jurisprudencia⁷ viene dando algunas definiciones que permiten extraer elementos comunes y esenciales: i) la manifestación unilateral de la voluntad de la administración dirigida a una o varias personas; y ii) la potencialidad de dicha manifestación de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. En otras palabras, el acto administrativo puede definirse como la manifestación de la voluntad de la administración hacia sus administrados con la virtualidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

De otro lado, existen múltiples clasificaciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido desarrollando, dependiendo del *contenido del acto*, donde se ubican: i) actos de trámite, ii) actos de fondo o sustanciación y iii) actos de ejecución; o *según el procedimiento para su formación*: i) simple o unipersonal, ii) complejo o pluripersonal; o *en razón al alcance o destinatarios*: i) general y abstracto y ii) particular y concreto⁸.

Precisado el concepto de acto administrativo, el artículo 24, numeral 7 de

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., 13 de agosto de 2020. Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00109-01(1997-16):

"El acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares."

⁸ ORTEGA, Luis. El acto administrativo en los procesos y procedimientos. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.



la Ley 80 de 1993⁹ permite dilucidar la manera en que el legislador divide en dos las etapas más sustanciales del contrato estatal: la etapa precontractual y la etapa contractual, consagrando la exigencia de que las entidades estatales motiven en forma detallada y precisa: i) *los informes de evaluación*, ii) *el acto de adjudicación* y iii) *la declaratoria de desierto del proceso de escogencia*, sin que pueda entenderse estos como los únicos que se originan, en razón a que los distingue de aquellos producidos con ocasión de la actividad contractual propiamente dicha, como lo son el i) *acto de liquidación contractual*, ii) *el acto que declara el incumplimiento contractual* o iii) *el acto que declara la caducidad del contrato*, es decir, los que se expiden a partir del perfeccionamiento del contrato estatal, hasta su liquidación, por cuanto las decisiones manifestadas en los primeros actos enlistados son de naturaleza precontractual.

Sin embargo, el *proyecto de pliego de condiciones* al que se refiere la presente consulta no hace parte de los actos administrativos precontractuales o separables del contrato, ni mucho menos de los contractuales o posteriores al perfeccionamiento del contrato. En esa medida, al no ser una declaración unilateral de voluntad de la administración, ni comporta la virtualidad de producir efectos jurídicos, se debe entender como un acto de trámite previo al inicio del verdadero proceso precontractual, y lo que busca es poner en conocimiento a los partícipes del sistema de compra pública el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, para recibir de quienes se interesen, todas las observaciones, reclamaciones, sugerencias y solicitudes de aclaraciones, de tal forma que exista veracidad, imparcialidad y perfeccionamiento del acto que contendrá las condiciones y reglas de todo el proceso contractual.

Incluso, la doctrina nacional ha entendido que el proyecto de pliego de condiciones no inicia el proceso precontractual propiamente dicho, al indicar que: "es una actuación previa, que como tal no genera manifestación de voluntad de la administración, ni compromiso alguno distinto de su realización¹⁰". Lo anterior ayuda a fijar la idea de que el proyecto de pliego de condiciones no comporta ni constituye un acto administrativo.

⁹ Artículo 24. *Del Principio de Transparencia*. En virtud de este principio:
[...]

7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

¹⁰ GONZALEZ LOPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Primera Edición. Junio de 2010. Pág. 55.

No obstante, en virtud de que las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones hacen parte de la institución del derecho de petición como herramienta fundamental para la convergencia entre los administrados y las autoridades administrativas en la gestión de lo público, deben estar motivadas y fundadas en razones objetivas, garantizando que su contenido es el resultado de los estudios previos y la aplicación estricta del deber de planeación, de manera que la participación que se presente en esta etapa previa a la precontractual refuerce la intención del cumplimiento de los fines de la contratación estatal y la protección de los principios inmersos en el deber de selección objetiva.

Por lo que las entidades estatales deben asegurarse de dar respuestas de fondo y claras, incluso cuando se trate de actos de trámite como el caso del proyecto de pliego de condiciones, en el sentido de que la exposición de las razones por las cuales acepta o rechaza las observaciones legitima el proceso, para impedir que su ausencia o una falsa motivación conduzca a la invalidez de lo actuado, atentando contra los principios de transparencia y debida contradicción fundamentales en las actuaciones administrativas.

Surtida esta etapa preliminar de publicación de los estudios y documentos previos y el proyecto de pliego de condiciones, la entidad estatal estará lista para decidir si inicia el proceso de selección, y la expedición de los actos administrativos propiamente dichos, es decir, acto de apertura del proceso contractual y el pliego de condiciones definitivo, que a su vez, y como se explicó en la Sentencia del Consejo de Estado que usted cita en su consulta, tendrá también la posibilidad de ser observado y ajustado.

Ahora bien, como se expresó, el principio de publicidad obliga a que todos los documentos que se produzcan en el marco de la actividad contractual deban publicarse. De manera que los documentos y actos de trámite también deben darse a conocer mediante el SECOP, tal y como lo exige el Decreto reglamentario que regula la materia. Sobre lo dicho, el Decreto 1082 de 2015 señala:

“Artículo 2.2.1.1.1.7.1. *Publicidad en el SECOP.* La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.



La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del presente decreto."

[Énfasis por fuera de texto legal]

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.1.4. del mismo cuerpo normativo dispone que:

"Artículo 2.2.1.1.2.1.4. *Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones.* Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos".

Aquí se identifican dos normas que reglamentan: por un lado, la obligación en cabeza de las entidades estatales de publicar entre otros, el proyecto de pliego de condiciones para que los interesados verifiquen y examinen su contenido y formulen sus observaciones y, por otro lado, el término con el que cuentan dichos interesados para que formulen esas observaciones, dependiendo de la modalidad de selección por medio de la cual se surte el proceso de selección.

Dichas reglas están orientadas a permitir que se ajusten los yerros y las inconsistencias, o se complementen las condiciones o se clarifiquen los aspectos oscuros, entre otras posibilidades de mejora del proyecto, en la medida en que las entidades publican su contenido original para que los interesados cuenten con un término para examinarlos y observarlos y, posteriormente, tales elementos se vean reflejados en el pliego de condiciones definitivo, pliego que constituye la hoja de ruta o plan¹¹ sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas.

Ante ese panorama, no es dable que la tesis sostenida por el Consejo de Estado en la Sentencia en la Sentencia del Consejo de Estado con radicación 69280 citada en la consulta, aplique para las respuestas a las observaciones y/o

¹¹ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383.



aclaraciones al *proyecto de pliego de condiciones*, tal y como sucede con las hechas al pliego de condiciones definitivo, por las razones que se sintetizan así:

i) En el caso de las respuestas al *pliego de condiciones* (supuesto de la sentencia en cita), esta Agencia comparte la postura del Consejo de Estado, y le halla razón a la fuerza vinculante de aquellas respuestas cuando el documento que las contiene introducen verdaderas modificaciones al pliego de condiciones y contengan la manifestación de voluntad de la entidad estatal contratante, de manera que son vinculantes para la administración y los partícipes del proceso de selección, siempre y cuando la publicación del documento contentivo se efectúe dentro de los términos legalmente consagrados para tal propósito; las modificaciones emanen del funcionario competente para expedirlas de acuerdo con las normas del EGCAP; no se modifiquen aspectos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto y, se divulgue y publique su contenido a través del mecanismo oficial previsto por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, es decir, el SECOP. Sin embargo, las respuestas a las observaciones que se efectúen al contenido del *proyecto de pliego de condiciones* no pueden tener la misma fuerza vinculante, en la medida en que lo que contiene el proyecto de pliego es una mera expectativa; es decir, el mismo proyecto de pliegos carece de fuerza vinculante. Entonces, si el proyecto de pliego no tiene la fuerza vinculante por no comportar un acto administrativo precontractual, mucho menos podría predicarse de las respuestas a las observaciones tal facultad obligante o vinculante.

ii) De otro lado, si la entidad estatal otorga una respuesta que tenga la virtualidad de modificar el contenido del proyecto de pliego de condiciones, y la entidad estatal no incluye tal modificación en el pliego de condiciones definitivo, habiéndose superado el término de observaciones al proyecto de pliego de condiciones del artículo 2.2.1.1.2.1.4., dicha modificación omitida podrá tener recibo en la etapa para observar el pliego de condiciones definitivo, hasta antes del término para presentar ofertas, a través de adendas, por lo que quien elevó inicialmente la observación cuenta con tiempo para reiterarla y asegurar que la entidad estatal se pronuncie al respecto.

Con base en las consideraciones expuestas, resulta posible concluir que el proyecto de pliego de condiciones es un acto previo que no genera manifestación de voluntad de la administración. Es decir, no constituye un acto administrativo propiamente dicho, sino que hace parte de las actuaciones previas a la expedición del acto administrativo mediante el cual se adopta el pliego de condiciones definitivo. En consecuencia, las respuestas a las

observaciones y/o aclaraciones que los interesados formulen al proyecto de pliego de condiciones no son vinculantes, ni constituyen modificaciones a las condiciones, reglas o exigencias para la escogencia del contratista del Estado.

Sin embargo, para el caso puntual es necesario traer a colación la Sentencia del Consejo de Estado con radicación 69280 citada en la consulta consiste en otorgar fuerza vinculante a las respuestas de las observaciones y/o aclaraciones que presentan los proponentes al *pliego de condiciones definitivo*, cuando estas constituyan verdaderas modificaciones a las reglas inicialmente establecidas, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos como lo son: i) la publicación del documento contentivo se efectúe dentro de los términos legalmente consagrados para tal propósito; ii) las modificaciones deben emanar del funcionario competente para expedirlas de acuerdo con las normas del EGCAP; iii) no deben modificar aspectos sustanciales como el objeto del contrato, el mecanismo de selección o el presupuesto y, iv) se divulgue y publique su contenido a través del mecanismo oficial previsto por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, es decir, el SECOP.

En todo caso, en virtud del artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, en observancia de los principios de publicidad y transparencia, la entidad estatal está en la obligación de publicar los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes en el SECOP, con el propósito de que los interesados conozcan su contenido y formulen las observaciones y/o aclaraciones en los términos del artículo 2.2.1.1.2.1.4. a partir de la efectiva publicación durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.

No obstante, las observaciones y/o aclaraciones allegadas forman parte de la institución del derecho de petición, de manera que la entidad estatal está en la obligación de recibirlas y darles respuesta de fondo, motivándolas e indicando de manera clara las razones por las cuales las acoge o las rechaza, sin que signifique que el contenido de las mismas constituya una obligación de dar apertura al proceso de selección, ni compromiso diferente distinto a su realización, lo que permite colegir que no opera la fuerza vinculante que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, ha predicado de las respuestas a las observaciones y/o aclaraciones al pliego de condiciones definitivo, bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos legales.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:



- Ley 80 de 1993, artículos 12, 24.5 y 30.5
- Ley 1150 de 2007, artículos 2 parágrafo 7, 3, 21 y 32
- Decreto 1082 de 2015, artículos 2.2.1.1.2.1.3., 2.2.1.1.2.2.1., 2.2.1.2.1.5.2. y 2.2.1.1.1.7.1.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alíer Hernández Enríquez.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A, del 16 de septiembre de 2013, expediente No. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Exp. 28.342. M.P Stella Conto Diaz Del Castillo.
- CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. 4 de julio de 2023. Rad. (69280).
- Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-705 del 25 de octubre de 2022.
- OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Séptima Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 266.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Pág. 433.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Sobre la facultad que tienen las entidades estatales para modificar los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se pronunció esta Subdirección en los conceptos con radicado No. 2201913000006236 de 26 de agosto de 2019, C-465 del 27 de julio de 2020, C-500 del 3 de agosto de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-674 del 18 de noviembre de 2020, C-419 del 12 de agosto de 2021, C-744 del 4 de febrero de 2022, C-647 del 5 de octubre de 2022, C-788 de 2022, C-817 del 5 de diciembre de 2022, C-888 del 21 de diciembre de 2022, C-705 del 25 de octubre de 2022, C-393 del 9 de septiembre de 2024, C-782 del 18 de noviembre de 2024, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>

Nos complace informarle que ya están disponibles las nuevas versiones de los Documentos Tipo para Infraestructura de Transporte, recuerde que es de



obligatoria observancia por TODAS las entidades sometidas al EGCAP y entidades de régimen especial, con las excepciones de ley, a partir del 3 de febrero de 2025:

- **Documentos tipo para los procesos de selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3:** [03. Documentos tipo para los procesos de selección de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3 | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)
- **Documentos tipo para los procesos de selección de consultoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2:** [02. Documentos tipo para los procesos de selección de consultoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2. | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

También, le contamos que ya publicamos **la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**. Esta guía es un instrumento clave para integrar buenas prácticas en la contratación estatal, promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a través de criterios y obligaciones ambientales y sociales en todas las etapas del proceso. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: [Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

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

Twitter: [@colombiacompra](#)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](#)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](#)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](#)

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

Atentamente,



Agencia Nacional
de Contratación Pública
Colombia Compra Eficiente

original firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Sergio Enrique Caballero Lesmes
Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Martha Alicia Romero Vargas
Gestor T1 -15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE