CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades

El concurso de méritos es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. ibídem. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. ejusdem. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto.

CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2

[…] el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015. A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». En tal sentido, el informe de evaluación debe dar cuenta de la evaluación completa de las ofertas, lo que incluiría las ofertas económicas. De esta manera, esta disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes, frente a todos los aspectos de la evaluación de las propuestas.

ii) En armonía con lo anterior, a diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». Esto implica que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino

que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

CONCURSO DE MÉRITOS – Calificación de la experiencia – Certificación de la experiencia

Ahora bien, se resalta que la oferta económica en esta modalidad de selección no es un criterio de asignación de puntaje, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007. De igual forma, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, la experiencia y la formación académica del equipo de trabajo son criterios de asignación de puntaje.

Al respecto, es importante señalar que el artículo 12 del Decreto Ley 785 de 2005 dispone lo siguiente: […]

Adicionalmente, el Decreto 1083 de 2015 contempla en su artículo 2.2.2.3.8 una regla de acreditación de experiencia similar a la citada con anterioridad, en el sentido de que ello debe realizarse a través de la presentación de constancias expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.

Por lo tanto, para la calificación de la experiencia de un proponente y su equipo de trabajo en desarrollo de un concurso de méritos, es suficiente con la presentación de las respectivas constancias expedidas por las instituciones oficiales o privadas en las cuales hayan prestado sus servicios o desempeñado algún cargo o empleo. Así, es posible prescindir de la historia laboral para la acreditación de la experiencia.

RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Fundamento – Constitución – Ley – Aplicación – Procesos contractuales

En otras palabras, aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, prima facie, como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva, que establezca la Constitución o la ley, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse. En efecto, el principio o regla general consiste en la máxima publicidad de la información pública y lo excepcional es la reserva, razón por la cual el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 incluso exige la divulgación parcial de la información contenida en un documento, cuando este contenga parte de información sometida a reserva, pero también incluya información que no esté afectada por la reserva. Además, dicha disposición establece que la reserva de acceso a la información opera respecto al contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que el contenido de todo el documento o expediente no deba ser objeto de publicidad por estar amparado de forma íntegra por la reserva, dada su conexión con las causales establecidas en la Constitución o la ley.

Por ello, el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Particularmente, para efectos de su consulta, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 dispone que los documentos y las informaciones que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, como las incluidas en hojas de vida e historias laborales, se encuentran sometidos a reserva.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230221001510
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 21/02/2023 10:14:26

Señor
Lenin Augusto Pardo Porras
Bogotá, D.C.

Concepto C–005 de 2023

Temas: CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 / CONCURSO DE MÉRITOS – Calificación de la experiencia – Certificación de la experiencia / RESERVA DE INFORMACIÓN PÚBLICA – Fundamento – Constitución – Ley – Aplicación – Procesos contractuales

Radicación: Respuesta a consulta P20230111000145

Estimado señor Pardo Porras:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 10 de enero de 2023.

1. Problema planteado

Usted pone de presente los numerales 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, 1 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 y 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, pregunta lo siguiente:

> «[…] si dentro de un proceso de selección de concurso de méritos un oferente solicita que una entidad contratante considere como confidencial su experiencia o la de su equipo, por ser tomadas de historias laborales y aportadas por el proponente para obtener calificación ¿la entidad contratante debe o no debe catalogarlas como confidencial?»

2. Consideraciones

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) el procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado; ii) la reglamentación de esta modalidad de selección en el Decreto 399 de 2021, y iii) la reserva de información pública como límite al deber de divulgación proactiva de la información en la contratación estatal

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió los conceptos C-124 del 25 de marzo de 2020, C-406 y C-477 del 13 de julio de 2020, C-612 del 2 de octubre de 2020, C-761 del 5 de enero de 2021, C- 297 del 17 de junio de 2021, C-339 del 14 de junio de 2021, C-367 del 26 de julio de 2021, C-408 del 13 de agosto de 2021 y C-739 del 2 de febrero de 2022, en los cuales analizó el concurso de méritos. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

2.1. Procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[1] y del 20 de febrero de 2019[2], suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 399 del 13 de abril de 2021– y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición, en su redacción original. Las normas suspendidas regulaban el concurso de méritos abierto o sin precalificación. El texto de estos numerales disponía lo siguiente:

> «Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:
>
> 1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.
>
> 2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.
>
> *3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*
>
> *4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*
>
> *5. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*
>
> *6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación»*. (Énfasis fuera de texto)

---

[1] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[2] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Los citados numerales 3, 4 y 5 disponían la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigían que estuviera dentro del presupuesto disponible y que este aspecto fuera producto del acuerdo entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar. Por otro lado, el numeral 5 disponía el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no llegaran a un acuerdo sobre el precio del contrato. Además, el numeral 6 solo permitía negociar el precio con el proponente que ocupara el segundo orden de elegibilidad, por lo que si no era posible llegar a un acuerdo con este, procedía la declaración de desierto.

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]». En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección[3]. En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista[4].

---

[3] Sobre este aspecto, «[…] los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «[…] precio ofrecido […]» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

»Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «[…] trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

[4] En efecto, «[…] cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 original del Decreto 1082 de 2015, esto es, antes de la modificación realizada por el Decreto 399 de 2021, al que se hará referencia en el numeral siguiente. Por lo tanto, *siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial*, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

2.2. Reglamentación del concurso de méritos abierto o con precalificación en el Decreto 399 de 2021

El artículo 2 del Decreto 399 de 2021 modificó el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

> «Artículo 2. Modificación del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Modifíquese el artículo 2.2.1.2.1.3.2. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual quedará así:
>
> "Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:
>
> 1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica del equipo de trabajo.
>
> 2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje.
>
> 3. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje».

segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

Como se observa, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015[5]. A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». En tal sentido, el informe de evaluación debe dar cuenta de la evaluación completa de las ofertas, lo que incluiría las ofertas económicas. De esta manera, esta disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes, frente a todos los aspectos de la evaluación de las propuestas.

ii) En armonía con lo anterior, a diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». Esto implica que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la

[5] En efecto, dentro de las consideraciones que motivan el Decreto 399 de 2021 se lee la siguiente: «Que teniendo en cuenta que el Auto del 20 de febrero de 2019 Exp. 61.463 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional y que el Auto del 25 de julio de 2018 Exp. 56.165 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente el numeral 6 de la misma disposición, los cuales están relacionados con las reglas aplicables al procedimiento de concurso de méritos, es necesario modificar dicho artículo para establecer las reglas aplicables a esta modalidad de selección».

adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

Un aspecto igualmente importante que introduce el Decreto 399 de 2021 y que incide sobre el trámite del concurso de méritos, tiene que ver con el contenido de los estudios y documentos previos que soportan el proceso de contratación. Recuérdese que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establecía que la entidad estatal no debía «[…] publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos». Pues bien, el artículo 1 del Decreto 399 de 2021 elimina esta prohibición, para garantizar que los interesados conozcan la información relacionada con el valor estimado del contrato en los concursos de méritos y potenciar la garantía de los principios de publicidad y transparencia. En efecto, así lo justifica el gobierno nacional en las consideraciones de dicho Decreto:

> «Que en consideración a la importancia de conocer los valores y criterios utilizados por las entidades estatales que sirvan de soporte para definir el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos, y ante la inexistencia de una reserva legal de esta información, es necesario eliminar la restricción respecto al deber de publicación de dichos análisis.
>
> Que se considera conveniente dar publicidad a la forma como se calcula el valor del contrato en los concursos de méritos, con la finalidad de garantizar al máximo los principios de publicidad y transparencia. Además, para que los interesados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, puedan realizar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que debe incluir el valor estimado del contrato».

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 399 de 2021, las entidades estatales deben incluir en los estudios previos del concurso de méritos la información correspondiente a las variables empleadas para calcular el valor estimado del contrato, determinando así el presupuesto oficial. Además, los interesados pueden formular observaciones al proyecto de pliego de condiciones sobre este tema. Adicionalmente, en el pliego de condiciones deben establecerse con claridad los requisitos habilitantes y criterios de calificación con fundamento en los cuales la entidad estatal elaborará el informe de evaluación respectivo. Al

respecto, se aclara que el Decreto 399 de 2021 en ningún caso contradice lo establecido en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007; norma que dispone que «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 […]» y que «En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores». El hecho de que desaparezca la etapa en la cual la entidad estatal debía intentar un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no significa que se esté introduciendo el precio como factor de escogencia. Lo que se deduce del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 es que en el pliego de condiciones debe quedar claramente establecido el presupuesto oficial, así como la prohibición de superarlo como requisito habilitante dentro del concurso de méritos.

Dicho de otro modo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes –entre los cuales está no superar el presupuesto oficial– y de ponderar los factores de calificación, se deberá elaborar el informe de evaluación respectivo –el cual es susceptible de observaciones– y solo se podrá adjudicar el contrato a quien ocupe el primer orden de elegibilidad según los criterios de calificación. Esto significa que luego de resolver las observaciones al informe de evaluación y de quedar en firme este, ya la entidad estatal no puede revisar la conformidad de la oferta económica con el presupuesto oficial –pues esto debió hacerlo antes de publicar el informe de evaluación–, ni intentar un acuerdo sobre el precio, como sí lo permitían los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 en su redacción inicial. Lo que procede una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación es la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta, si ninguno de los oferentes cumple los requisitos habilitantes.

De lo explicado previamente, surge el siguiente interrogante: ¿el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, normativa que modifica el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082, varía el momento en el cual las entidades estatales evalúan las ofertas económicas? En la regulación inicialmente prevista por el Decreto 1082 de 2015, la revisión de las ofertas económicas se realizaba luego de publicar el informe de evaluación que contenía la calificación técnica y el orden de elegibilidad[6].

[6] Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento de Concurso de méritos. […]
«1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: (a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo; y (b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.
»2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.
»3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.
»4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: (i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; (ii) la consultoría y el precio ofrecidos; y (iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso

En este sentido, vencido el plazo de la fecha del cierre del proceso se evaluaban los documentos referidos a la calificación técnica, cuyo análisis y revisión quedaba contenido en el informe de evaluación. Publicado este informe en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–, se procedía a revisar la oferta económica para determinar que el valor de esta estuviera acorde con el valor del presupuesto estimado por la Entidad.

Por su parte, con fundamento en el Decreto 399 de 2021, la apertura de las ofertas se realiza al momento del cierre del proceso, esto es, vencido el plazo para presentar las ofertas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad estatal debe evaluar en el informe respectivo los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluidos los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje. Una vez resueltas las observaciones presentadas al informe, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo. Por tanto, se entiende que en este informe se evaluará el cumplimiento de todas las exigencias previstas en el pliego de condiciones, esto es, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y las ofertas económicas.

Ahora bien, se resalta que la oferta económica en esta modalidad de selección no es un criterio de asignación de puntaje, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007. De igual forma, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, la experiencia y la formación académica del equipo de trabajo son criterios de asignación de puntaje.

Al respecto, es importante señalar que el artículo 12 del Decreto Ley 785 de 2005 dispone lo siguiente:

> «Artículo 12. Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.[…]»

Adicionalmente, el Decreto 1083 de 2015 contempla en su artículo 2.2.2.3.8 una regla de acreditación de experiencia similar a la citada con anterioridad, en el sentido de que ello debe realizarse a través de la presentación de constancias expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.

Por lo tanto, para la calificación de la experiencia de un proponente y su equipo de trabajo en desarrollo de un concurso de méritos, es suficiente con la presentación de las respectivas constancias expedidas por las instituciones oficiales o privadas en las cuales hayan prestado sus

---

de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia de este y firmarán el contrato.
»[…]»

servicios o desempeñado algún cargo o empleo. Así, es posible prescindir de la historia laboral para la acreditación de la experiencia.

2.3. La reserva de información pública como límite al deber de divulgación proactiva de la información en la contratación estatal

El artículo 74 de la Constitución Política establece que «Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley». Esta disposición constitucional consagra el derecho fundamental de acceso a la información y a la documentación pública, salvo causal de reserva expresamente prevista en la Ley. Tal derecho se regula integralmente en la Ley 1712 de 2014 «Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional». Esta Ley establece el *deber de divulgación proactiva de la información* e indica que las entidades estatales deben publicar su información contractual (artículos 9, literales c, e y f; 10 y 11, literal g). El Decreto 1081 de 2015, en los arts. 2.1.1.2.1.5. al 2.1.1.2.1.10., reglamenta el deber de las entidades estatales de publicar su información contractual en el SECOP, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007[7].

No obstante, vale la pena aclarar que el cumplimiento del deber de publicación de la documentación contractual debe armonizarse con las normas aplicables al tipo de información que estas contienen. Lo anterior significa que respecto de la información sometida a reserva o de la cual proceda un tratamiento especial que impida su publicidad, las entidades deberán proceder de conformidad con el tratamiento que impongan tales normas, absteniéndose, de ser el caso, de publicar los documentos del proceso, algunos de ellos o algunos apartes de dichos documentos en los que se evidencie este tipo de información.

En otras palabras, aunque el artículo 74 de la Constitución establezca que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hagan parte de la actividad contractual puedan catalogarse, *prima facie,* como información pública, cuando dicha documentación contenga información sometida a alguna reserva, que establezca la Constitución o la ley, operan algunas restricciones a su publicidad. Sin embargo, esto no necesariamente convierte el documento completo en reservado, es decir, en un documento que no puede publicarse. En efecto, el principio o regla general consiste en la máxima publicidad de la información pública y lo excepcional es la reserva, razón por la cual el artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 incluso exige la divulgación parcial de la información contenida en un documento, cuando este contenga parte de información sometida a reserva, pero también incluya información que no esté afectada por la reserva. Además, dicha disposición establece que la reserva de acceso a la

[7] Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

información opera respecto al contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia[8]. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que el contenido de todo el documento o expediente no deba ser objeto de publicidad por estar amparado de forma íntegra por la reserva, dada su conexión con las causales establecidas en la Constitución o la ley.

Por ello, el artículo 74 de la Constitución, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, establecen que el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Particularmente, para efectos de su consulta, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 dispone que los documentos y las informaciones que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, como las incluidas en hojas de vida e historias laborales, se encuentran sometidos a reserva.[9]

Así mismo, hay información que goza de protección especial y no puede divulgarse. La información pública que contiene datos semiprivados o privados, definidos en los literales g) y h) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008; clasificados o reservados, según los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014; o datos personales o sensibles, según lo previsto en los artículos 3° y 5° de la Ley 1581 de 2012 y en el artículo 2.2.2.25.1.3., numeral 3 –que compiló al Decreto 1377 de 2013 (art. 3)–, solo podrá divulgarse según las reglas establecidas en dichas normas.

Cuando el documento contractual tenga información sensible, clasificada o reservada, para proteger la reserva de información, las autoridades deben abstenerse de publicar en el SECOP la información que tiene protección especial o está sometida a reserva. Sin embargo, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011 «La restricción por reserva

[8] «Artículo 21. DIVULGACIÓN PARCIAL Y OTRAS REGLAS. En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia.

»Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener acceso a la información.

»Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones».

[9] Ley 1437 de 2001: «Artículo 24. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

»[…]

»3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

»[…]».

legal no se extenderá a otras piezas del respectivo expediente o actuación que no estén cubiertas por ella». Por ello, la entidad estatal puede dejar de publicar algún documento del proceso o aparte del mismo que contenga datos sensibles, clasificados o reservados, para no divulgarla, pero debe publicar los demás documentos o los apartados de estos, en caso de que estos no gocen de reserva. Lo anterior, sin perjuicio de que dependiendo de la información en específico todo el documento o expediente deba dejar de publicarse, por ampararse en su integridad en alguna causal de reserva, dada la conexión de su contenido con la información que el constituyente o el legislador decidió limitar en cuanto a su publicidad.

De igual forma, nada obsta para que los particulares, en desarrollo de procesos de contratación, pongan de presente la existencia de información sensible o sometida a reserva, a efectos de que las entidades públicas adopten las medidas necesarias para brindar un adecuado tratamiento de estos datos, una vez que se analice cada situación.

En efecto, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de las altas cortes, la reserva de información pública solo puede crearla el constituyente o el legislador. Además, como se viene explicando, las Leyes estatutarias 1712 de 2014 y la 1755 de 2015 –que sustituyó los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011– establecen reservas particulares de información pública, coincidiendo ambas en establecer la reserva relacionada con la «defensa y seguridad nacional»[10]. En armonía con lo anterior, cabe reiterar lo que se afirmó anteriormente en el sentido de que la creación de reservas de información pública es un asunto reservado al constituyente o al legislador.

3. Respuesta

> «[…] si dentro de un proceso de selección de concurso de méritos un oferente solicita que una entidad contratante considere como confidencial su experiencia o la de su equipo, por ser tomadas de historias laborales y aportadas por el proponente para obtener calificación ¿la entidad contratante debe o no debe catalogarlas como confidencial?»

[10] Ley 1712 de 2014. «Art. 19 Información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional:
«a) La defensa y seguridad nacional;».
De otro lado, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015 establece: «Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:
»1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales».

En los procesos de concurso de méritos, se resalta que la oferta económica no es un criterio de asignación de puntaje, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007. De igual forma, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, la experiencia y la formación académica del equipo de trabajo son criterios de asignación de puntaje.

Por otra parte, de acuerdo con los artículos 12 del Decreto Ley 785 de 2005 y 2.2.2.3.8 del Decreto 1083 de 2015, la experiencia se acredita mediante la presentación de constancias expedidas por las autoridades competentes de las respectivas instituciones oficiales o privadas en las que se haya prestado un servicio o desempeñado algún cargo o empleo. En consecuencia, la historia laboral no es el documento idóneo para la calificación de la experiencia en un proceso de selección como el concurso de méritos.

Sin perjuicio de lo anterior, es bueno señalar que el artículo 74 de la Constitución establece que la información pública debe ser dada a conocer a la ciudadanía y así los documentos que hacen parte de la actividad contractual pueden catalogarse, *prima facie,* como información pública. No obstante, en armonía con los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014 y los artículos 24 y 25 de la Ley 1437 de 2011 –de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 1755 de 2015–, el derecho de acceso a la información o documentación pública no es absoluto, sino que puede exceptuarse cuando se configuren causales de reserva. Particularmente, para efectos de su consulta, el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 dispone que los documentos y las informaciones que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, como las incluidas en hojas de vida e historias laborales, se encuentran sometidos a reserva.[11]

En este sentido, si bien la historia laboral no es el documento idóneo para acreditar la experiencia, sobre la información sensible contenida en esta opera una reserva de carácter legal. Por lo tanto, las autoridades deben darte el tratamiento adecuado a este tipo de datos, garantizando su confidencialidad.

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

Atentamente,

[11] Ley 1437 de 2001: «Artículo 24. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:
»[…]
»3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
»[…]».

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Kevin Arlid Herrera Santa Analista T2-04 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE