

CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación Territorial – Carácter discrecional

[...] lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 ibídem, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”. No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a Mipymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Documentos del proceso – Observaciones

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios aplicables a las actuaciones contractuales adelantadas por las entidades estatales. Entre otros, allí se estableció el principio de transparencia de la actividad contractual, objeto de regulación expresa en el artículo 24 ibídem. Este principio guarda estrecha relación con el de publicidad, que rige el ejercicio de la función administrativa. Por ello, el numeral 2º dispone la facultad de los interesados para realizar y/o presentar observaciones, como un mecanismo para controvertir algunas de las decisiones adoptadas por las entidades estatales.

OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS – Rechazo – Principio de economía – Términos preclusivos y perentorios

Conforme a las normas generales del sistema de compras pública, la formulación de observaciones por parte de los interesados se sujeta al principio de economía. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. *Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones*” (Énfasis fuera de texto).



Por ello, si bien tanto a los interesados como a la ciudadanía en general les asiste el derecho a realizar observaciones, este derecho debe ejercerse dentro de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico y por el cronograma del proceso de contratación, so pena de perder tal facultad por la preclusividad y perentoriedad de los términos que rigen el proceso de contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, una vez agotada cada fase de este, la entidad estatal –en principio– no puede volver sobre aquella.

A modo de ejemplo, carece de sentido realizar observaciones sobre los factores de evaluación durante el término de traslado de los informes de evaluación, especialmente, cuando han vencido los plazos para observar tanto el proyecto de pliego de condiciones como el pliego de condiciones definitivo. Si bien la entidad estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder las observaciones extemporáneas, no lo es menos que esa respuesta debe limitarse al rechazo de la solicitud, precisamente, por realizarse fuera del plazo previsto en los documentos del proceso.

OBSERVACIONES – Manifestación del derecho de petición – Derecho a pedir – Derecho a lo pedido – Distinción

La entidad no está obligada a aceptar las observaciones formuladas oportunamente. Para estos efectos, conforme al inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, “Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición [...] sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”.

Dado que las observaciones son una manifestación de la garantía prevista en el artículo 23 superior en el ámbito contractual, es necesario distinguir entre el “derecho a pedir” y el “derecho a lo pedido”. Como explica la Corte Constitucional, “[...] es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno, derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que él busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a [...] lo pedido. La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente estudiar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella en un tiempo prudencial, y asegurarse de poner la respuesta en conocimiento del peticionario, de tal modo que éste no tenga que esperar de manera indefinida [...]” (Énfasis fuera de texto).

En consecuencia, así los factores de evaluación se observen durante la publicación del proyecto de pliego o después de la expedición del acto de apertura, únicamente subsiste la posibilidad de los interesados en realizarlas y el deber a cargo de la entidad contratante de resolverlas. Sin embargo, estas pueden rechazarse de manera motivada, pues “[...] el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal”.

Bogotá D.C., 08 de Septiembre de 2023



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230908009792
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 08/09/2023 17:58:54



Señora
Milena Quintero
Bogotá D.C.

Concepto C – 366 de 2023

Temas: CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación Territorial – Carácter discrecional / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Documentos del proceso – Observaciones / OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS – Rechazo – Principio de economía – Términos preclusivos y perentorios / OBSERVACIONES – Manifestación del derecho de petición – Derecho a pedir – Derecho a lo pedido – Distinción

Radicación: Respuesta a la consulta P20230727013713

Estimada señora Quintero:

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 la consulta realizada el 27 de julio de 2023.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) “Es obligación de la entidad limitar a Mipymes territoriales (departamento y municipio) cuando se reciban mínimo dos solicitudes para hacerlo? o es facultativo de la entidad?” y ii) “Puede la entidad estatal negar una observación en la que soliciten el cambio de factores de evaluación dentro de un proceso de licitación” (SIC).

2. Consideraciones



En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos 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 de la contratación estatal.

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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de alguna gestión contractual en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública –en el ámbito de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier circunstancia particular y concreta en torno a la pregunta 2– resolverá la petición conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Para estos efectos, se analizarán los siguientes temas: i) convocatorias limitadas a Mipymes en el sistema de compras públicas y ii) principio de transparencia en la contratación estatal con énfasis especial en el régimen de observaciones a los documentos del proceso de selección.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos 216130003241 el 30 de junio de 2016, 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020, C-700 de 1 de diciembre de 2020, C-705 del 7 de diciembre de 2020, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-438 del 27 de septiembre de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021, C-001 del 17 de febrero de 2022, C-041 del 2 de marzo de 2022, C-293 del 12 de mayo de 2022, C-340 del 26 de mayo de 2022, C-395 del 17 de junio de 2022, C-539 del 29 de agosto de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-206 del 20 de junio de 2023 y C-207 del 20 de junio de 2023, se pronunció sobre las convocatorias limitadas.

Por otro lado, en los conceptos 4201614000005342 del 8 de noviembre de 2016, 4201714000002354 del 5 de junio de 2017, 4201714000006628 del 17 de enero de 2018, 4201713000007273 del 5 de febrero de 2018, 4201814000001007 del 20 de marzo de 2018, 4201814000006367 del 27 de agosto de 2018, 4201912000002664 del 5 de junio de 2019, C-201 del 13 de abril de 2020, C-323 del 4 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-418 del 12 de agosto de 2021, C-512 del 22 de septiembre de 2021, C-310 del 16 de mayo de 2022, se pronunció sobre el régimen de observaciones². La tesis desarrollada en estos conceptos en lo pertinente se reitera a continuación:

2.1. Convocatorias limitadas a Mipymes en el sistema de compras públicas

En desarrollo del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 –modificado por el Decreto 1860 de 2021– establece los requisitos que se deben acreditar en las “convocatorias limitadas a Mipymes”. El inciso primero de la referida norma exige que las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los requisitos señalados allí. Al respecto indica lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a Mipyme. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurran los siguientes requisitos:

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

Parágrafo. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo.

Según se evidencia, el numeral primero limita cuantitativamente los procesos contractuales para las convocatorias limitadas a Mipyme, puesto que el valor del proceso de contratación debe ser “menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”. Esto de acuerdo con la tasa que determine cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Por su parte, el numeral segundo establece que al menos dos (2) Mipymes colombianas presenten a la entidad la solicitud de limitar el proceso contractual y, por el otro, que hagan la solicitud por lo menos un día (1) hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación. Asimismo, la norma señala que, tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar la Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual. Por lo demás, este artículo incluye a las cooperativas y demás entidades de economía solidaria dentro de los sujetos que pueden solicitar y participar en las convocatorias limitadas a Mipyme, siempre que estas cumplan con las condiciones señaladas en el artículo.

En relación con las limitaciones territoriales de las convocatorias a Mipyme, a la luz del antiguo artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia –en los Conceptos 4201714000006924 del 29 de enero de 2018, C-045 del 17 de marzo de 2020, C-162 del 16 de abril de 2020, C-214 del 21 de abril de 2020, C-258 del 17 de abril de 2020, C-364 del 4 de junio de 2020, C-413 del 30 de junio de 2020, C-492 del 24 de julio de 2020, C-523 del 11 de agosto de 2020, C-610 del 14 de septiembre de 2020 y C-700 de 1 de diciembre de 2020– había sostenido que, para que se permitiera la participación de una Mipyme en uno de estos procesos, era necesario que esta demostrara estar domiciliada en el municipio



o departamento en el que se ejecutaría el contrato. La tesis se expuso en los siguientes términos:

Es de resaltar que *estas normas se refieren a las Mipymes nacionales genéricamente y, particularmente, a las Mipymes nacionales “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato”*. En ambos casos se refiere a Mipymes nacionales, distinguiéndolas de las empresas extranjeras. Del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no se deriva que existan Mipymes del orden territorial. Esta categoría no existe en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipymes del orden nacional. Otra cosa es que las normas de contratación permitan que las Mipymes nacionales con “domicilio” en un municipio o departamento puedan beneficiarse en la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”. De todos modos, las Mipymes domiciliadas en un municipio o departamento son Mipymes nacionales. En consecuencia, no es procedente distinguir entre Mipymes nacionales y Mipymes municipales o departamentales, habida cuenta que estas últimas no existen como categoría dentro del ordenamiento normativo.

Igualmente, se debe precisar que *el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 se refiere a las “Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” “cursivas propias”, esto es, al “domicilio” y no a las “sucursales”. Esta distinción es importante porque el beneficio normativo únicamente aplica en el lugar en el que la Mipyme tiene su “domicilio”, y no en donde tiene sucursales³. (Énfasis fuera de texto)*

Como se aprecia, la postura sostenida por esta Agencia en vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 no contemplaba la posibilidad de que una Mipyme domiciliada en un departamento o municipio diferentes al lugar de ejecución del contrato, en atención al cual se realiza la limitación territorial, participara en un proceso de selección por el hecho de tener una sucursal en este, puesto que lo relevante es el domicilio de la Mipyme.

Ahora bien, el texto del actual artículo 2.2.1.2.4.2.3, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, no cambia la tesis adoptada en conceptos anteriores de Colombia Compra Eficiente. Lo anterior en la medida en que, respecto al domicilio de las Mipyme en el departamento o municipio donde se ejecuta el contrato, la reglamentación no tuvo cambios. Así se desprende del texto de la norma que es del siguiente tenor:

³ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-045 del 17 de marzo de 2020. Radicado de salida No. 2202013000001974.



ARTÍCULO 5. Modificación de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Modifíquense los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, los cuales quedarán así:

[...]

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.3. Limitaciones territoriales. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo.

La norma reglamentaria coincide con la redacción del párrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, “En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato”. En tales términos, la norma citada solo contempla la posibilidad de limitar convocatorias a Mipymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.

En ese sentido, toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada Mipyme nacional. Además, las normas de contratación permiten que las Mipyme nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”.

No puede perderse de vista que la decisión de limitar “a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato”, aunque es facultativa de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del precitado artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a Mipyme, no puede *motu proprio* proceder con la “limitación territorial” de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la “limitación a Mipymes colombianas”, lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.

Cumplidos los dos requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 *ibidem*, la entidad estatal, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos,



pueden —sin estar obligadas— decidir si limitan la convocatoria a las Mipyme colombianas domiciliadas en el municipio o departamento en el que se ejecutará el contrato. Esto de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015 modificado por el Decreto 1860 de 2021, norma que se refiere a la facultad de la administración con el verbo infinitivo “poder”, no “deber”.

Colombia Compra Eficiente ha sostenido que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria a Mipyme es discrecional, y ha precisado que, de todos modos, esta debe justificarse con fundamento en los correspondientes “estudios del sector”. Así lo consideró en la consulta No. 216130003241, resuelta el 30 de junio de 2016. Igualmente, en la consulta resuelta en el radicado No. 2201813000008184 del 7 de septiembre de 2019, se explicó que, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, las Mipyme beneficiadas deben tener su domicilio principal en el municipio o departamento donde se ejecutará el contrato para participar en una convocatoria limitada territorialmente. Esta tesis sigue vigente, puesto que el nuevo contenido del artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, mantiene la facultad de la Administración para limitar territorialmente la convocatoria teniendo en cuenta el domicilio de ejecución del contrato, lo cual es congruente como el verbo “podrán” del párrafo primero del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento.

En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibidem*, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”⁴. No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

⁴ Al respecto, de acuerdo con el Concepto C-089 del 28 de abril de 2023, la Agencia estima que “el debido ejercicio de la referida potestad discrecional exige que converjan unos mínimos presupuestos de adecuación, para que resulte adecuada la decisión de limitar una convocatoria a la participación exclusiva de mipymes. Es por esto por lo que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria solo puede resultar razonable si la información recolectada en el marco del análisis del sector indica que en el lugar de ejecución del contrato existe un número significativo de mipymes allí domiciliadas, cuyo objeto social les permitiría desarrollar el contrato o que estén interesadas en participar en el respectivo proceso de contratación. Adicionalmente, se torna relevante determinar que tantas de esas mipymes tendrían la posibilidad de participar en el respectivo proceso de contratación en consideración en atención a las aptitudes e idoneidad requerida. De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de mipymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.

En atención a lo anterior, situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a mipymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los

El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a Mipymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla⁵. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

2.2. Principio de transparencia en la contratación estatal: régimen de observaciones a los documentos del proceso de selección

La contratación estatal tiene como propósito el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades estatales en la consecución de dichos propósitos⁶. En cumplimiento de ese objetivo, el legislador determinó que las

proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica”.

⁵ La doctrina explica que “[...] la discrecionalidad hace referencia a una decisión o disposición administrativa adoptada dentro un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico (es decir, hay varias soluciones válidas en Derecho, entre las que la administración puede elegir libremente, aunque justificando su decisión). Cualquiera de las soluciones adoptadas dentro del ámbito de legítima discrecionalidad son igualmente admisibles en Derecho, y todas ellas tienen el mismo valor jurídico. Siempre que no desborde el ámbito de discrecionalidad, la Administración puede decidir utilizando criterios de conveniencia u oportunidad (por lo que la discrecionalidad es la puerta de entrada en la pirámide del ordenamiento de consideraciones de política administrativa o de carácter metajurídico)” (BLANQUER, David. Derecho administrativo: el fin, los medios y el control. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 191).

⁶ Ley 80 de 1993: “Artículo 3º. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el



actuaciones adelantadas por las entidades estatales se llevan a cabo, entre otros, en cumplimiento de los principios que gobiernan los procesos de contratación pública.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios aplicables a las actuaciones contractuales adelantadas por las entidades estatales⁷. Entre otros, allí se estableció el principio de transparencia de la actividad contractual, objeto de regulación expresa en el artículo 24 *ibidem*. Este principio guarda estrecha relación con el de publicidad, que rige el ejercicio de la función administrativa. Por ello, el numeral 2º dispone la facultad de los interesados para realizar y/o presentar observaciones, como un mecanismo para controvertir algunas de las decisiones adoptadas por las entidades estatales:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

[...]

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

[...]

Conforme a lo anterior, el conocimiento y la motivación de las decisiones tomadas por la administración son un presupuesto necesario para controvertirlas. Así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º previamente citado, la doctrina considera que “[...] en los procesos de selección en los cuales el ordenamiento jurídico no indique de manera expresa una etapa tal para esos fines, los pliegos de condiciones deben introducir y reglar una instancia en donde los oferentes puedan expresar sus opiniones y observaciones [...]”⁸.

Este principio está desarrollado el Decreto 1082 de 2015, el cual establece los plazos dentro de los cuales los interesados podrán realizar observaciones en las

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

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

⁷ Ley 80 de 1993: “Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

⁸ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Editorial Legis, Bogotá, 2016, p. 304.



actuaciones adelantadas a instancia de las entidades estatales en sus procesos de contratación. Dichos plazos podrán ampliarse, más no restringirse por las entidades, dependiendo del procedimiento de selección. En cuanto a la importancia del principio de transparencia que rige las actuaciones contractuales de las entidades estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado explica lo siguiente:

El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diaphanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N)”.

Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado⁹.

En conclusión, el principio de transparencia garantiza la participación tanto de los interesados como de la ciudadanía en general en las actuaciones contractuales adelantadas por las entidades estatales¹⁰. Esta participación se materializa en la oportunidad concedida para presentar observaciones en las distintas etapas o fases del

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Concepto con radicado número 4201912000006639 del 29 de noviembre de 2019 “Tipo de asunto consultado: Sujetos que pueden hacer observaciones al informe de evaluación en un procedimiento contractual mediante la modalidad de licitación pública”.

proceso que culmina con la celebración del contrato estatal, lo cual busca salvaguardar también el ejercicio del derecho de contradicción en las actuaciones administrativas¹¹. Por ello, es necesario distinguir las etapas o fases del proceso contractual, a efectos de establecer el término o plazo para presentar observaciones por parte de los interesados y el plazo para responderlas por parte de las entidades estatales:

i) *Publicación del proyecto de pliego de condiciones*. La Ley 1150 de 2007 estableció en el artículo 8 la obligación de las entidades estatales de publicar el proyecto de pliego de condiciones o su documento equivalente, con el propósito de que el público en general pueda presentar las observaciones que estime pertinentes¹². Esa misma disposición consagra la obligación de las entidades estatales de pronunciarse sobre las observaciones presentadas, las cuales deberán motivarse ya sea para acogerlas o para rechazarlas.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 precisó que “[...] 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 [...]” (Cursiva fuera texto). Respecto al plazo o término para presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, el artículo 2.2.1.1.2.1.4 *ibidem* agrega que “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”.

En relación con la respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones, el ordenamiento jurídico no contempló un término para tal efecto. Sin embargo, esa circunstancia de ninguna manera implica la inexistencia de un límite, ya que de conformidad con lo establecido en las disposiciones que rigen el procedimiento de

¹¹ Al respecto, el artículo 3.1 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”.

¹² Ley 1150 de 2007: “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.

[...]

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”.



contratación, este se realiza por fases o etapas. Así las cosas, si bien no existe un término expreso para responder las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, no lo es menos que impera un límite para que la entidad estatal profiera la respuesta a esas observaciones, el cual está determinado por la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de selección. Esto significa que antes que la entidad estatal profiera dicho acto administrativo y publique el pliego de condiciones definitivo, deberá responder las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones.

ii) Apertura del proceso de selección. Esta fase o etapa inicia con la expedición del acto administrativo de apertura del proceso de selección, momento en el cual se publica el pliego de condiciones de definitivo, documento respecto al cual también pueden presentarse observaciones y/o solicitudes de aclaraciones.

El ordenamiento jurídico no estableció un término para la presentación de las observaciones al pliego de condiciones definitivo, salvo en la licitación pública, proceso en el cual a petición o solicitud de parte o de al menos uno de los interesados, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del término para la presentación de propuestas se realizará una audiencia con el propósito de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones¹³. Este asunto, de conformidad el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, se abordará y resolverá en la audiencia de asignación de riesgos de que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, las observaciones presentadas o solicitudes de aclaraciones realizadas al pliego de condiciones en la audiencia de asignación de riesgos deberán ser resueltas por la entidad estatal en esa misma diligencia.

Pese a lo anterior, es preciso señalar que las entidades estatales con la apertura del proceso de selección están en la obligación de publicar el cronograma del mismo, el cual es definido como el “Documento en el cual la Entidad Estatal establece las fechas, horas y plazos para las actividades propias del Proceso de Contratación y el lugar en el que estas deben llevarse a cabo”¹⁴. En el cronograma, la entidad estatal debe contemplar un término o plazo para la presentación de observaciones y/o aclaraciones al pliego de condiciones definitivo, al igual que un plazo para responder esas solicitudes, inclusive en el proceso de licitación.

¹³ Ley 80 de 1993: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

4º. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva”.

¹⁴ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.3.1.”



Ahora bien, en esta fase o etapa del proceso de contratación el ordenamiento jurídico tampoco contempló un término para responder las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones; sin embargo, también existe un límite para que la entidad estatal pueda pronunciarse sobre esas solicitudes. Así las cosas, el pronunciamiento sobre las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones al pliego de condiciones definitivo debe efectuarse antes del vencimiento del plazo establecido en el cronograma para la presentación de las propuestas u ofertas por parte de los interesados.

Esto en consideración a que, conforme al numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la propuesta debe ajustarse a todos los puntos determinados en el pliego de condiciones¹⁵. *Contrario sensu*, si la respuesta a las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones al pliego de condiciones definitivo se realiza de forma posterior al vencimiento del término para presentar las propuestas, en el evento que se acoja alguna de esas observaciones y/o solicitudes de aclaraciones, se impedirá la presentación de propuestas que se ajusten al pliego de condiciones, circunstancia esta que atenta contra el principio de transparencia que rige la actividad contractual del Estado.

De esta manera, las observaciones o aclaraciones que sean presentadas frente al proyecto de pliego de condiciones deberán ser resueltas por la entidad antes de publicar el pliego de condiciones definitivo, lo cual implica que la entidad no podrá seguir adelante con la siguiente etapa del correspondiente proceso de contratación, si antes no se ha pronunciado sobre las observaciones presentadas. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente aclarar que no todas las observaciones o aclaraciones que se presenten en virtud del control ciudadano conllevarán a una modificación del pliego de condiciones.

De otro lado, incluso frente al pliego de condiciones definitivo es posible que se presenten observaciones adicionales, correspondiéndole a la entidad estatal pronunciarse motivadamente frente a cada una de ellas y, de ser el caso, indicar expresamente si con ocasión del análisis de las observaciones es necesario modificar, ajustar o aclarar algún aspecto o condición del pliego. En este evento, la modificación debe realizarse por acto administrativo –adenda–, sin que necesariamente se deba titular o rotular de esta manera, como requisito para que esta produzca efectos. En todo caso, en cada procedimiento de selección deberá dilucidarse cuál es la intención de la entidad estatal al pronunciarse frente a las observaciones recibidas, en el sentido de si mediante su respuesta realizará alguna modificación y en qué consistirá. Lo anterior no obsta para señalar que, en todo caso, para evitar discrepancias lo recomendable frente a las entidades estatales consiste en que el

¹⁵ Ley 80 de 1993: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

6°. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”.



documento se identifique claramente como adenda y se señale de forma precisa qué contenido se modificará del pliego de condiciones.

iii) Informes de evaluación. El informe de evaluación de las propuestas en los procesos de licitación pública debe permanecer en la Secretaría General de la entidad estatal contratante por el un término de cinco (5) días hábiles¹⁶. En los procesos de selección de concurso de méritos y de selección abreviada de menor cuantía, las entidades estatales están en la obligación de publicar el informe de evaluación por un término de tres (3) días hábiles, mientras que en los procesos de selección de mínima cuantía ese informe de evaluación deberá publicarse al menos por el término de un (1) día hábil¹⁷.

El propósito de la publicidad del informe de evaluación de las propuestas en cada uno de los procesos de selección citados es que los oferentes puedan realizar las observaciones que a su juicio consideren pertinentes. No obstante, el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa un término para que las entidades estatales se pronuncien sobre las observaciones presentadas al informe de evaluación. Sin embargo, existe un momento límite para responder esas observaciones, el cual está determinado por el acto de adjudicación del respectivo contrato. Es decir, la entidad estatal contratante está en la obligación de responder las observaciones presentadas al informe de evaluación de las propuestas como condición previa para la expedición del acto de adjudicación.

¹⁶ Ley 80 de 1993: "Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

^{8º} Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas".

¹⁷ Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.2.20. Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía. Además de las normas generales establecidas en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía:

[...]

4. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles".

"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:

[...]

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".

"Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

[...]

6. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante mínimo un (1) día hábil, para que durante este término los oferentes presenten las observaciones que deberán ser respondidas por la Entidad Estatal antes de realizar la aceptación de la oferta seleccionada".



Es de resaltar que, en los procesos de licitación, la respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación deberá efectuarse antes de la realización de la audiencia de adjudicación, puesto que en esta “[...] los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación”¹⁸.

Así, en relación con los términos con que cuentan las entidades estatales para responder las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones en las distintas etapas o fases del proceso de contratación, se precisa que el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa dichos plazos. Estos se encuentran establecidos de forma tácita, en tanto que, no es posible avanzar en las fases o etapas del proceso de contratación, si la entidad estatal, previamente, no ha resuelto las observaciones presentadas y/o solicitudes de aclaraciones realizadas en cada una de las etapas analizadas.

Respecto a la formulación de observaciones por parte de los interesados, estas se sujetan al principio de economía. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. *Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones*” (Énfasis fuera de texto).

Por ello, si bien tanto a los interesados como a la ciudadanía en general les asiste el derecho a realizar observaciones, este derecho debe ejercerse dentro de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico y por el cronograma del proceso de contratación, so pena de perder tal facultad por la preclusividad y perentoriedad de los términos que rigen el proceso de contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, una vez agotada cada fase de este, la entidad estatal –en principio– no puede volver sobre aquella.

A modo de ejemplo, carece de sentido realizar observaciones sobre los factores de evaluación durante el término de traslado de los informes de evaluación, especialmente, cuando han vencido los plazos para observar tanto el proyecto de pliego de condiciones

¹⁸ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación.

[...]

La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado”.



como el pliego de condiciones definitivo. Si bien la entidad estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder las observaciones extemporáneas, no lo es menos que esa respuesta debe limitarse al rechazo de la solicitud, precisamente, por realizarse fuera del plazo previsto en los documentos del proceso.

Sin embargo, esto no significa que la entidad esté obligada a aceptar las observaciones formuladas oportunamente. Para estos efectos, conforme al inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, “Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición [...] sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”.

Dado que las observaciones son una manifestación de la garantía prevista en el artículo 23 superior en el ámbito contractual, es necesario distinguir entre el “derecho a pedir” y el “derecho a lo pedido”. Como explica la Corte Constitucional, “[...] es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno, derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que él busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a [...] lo pedido. *La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente estudiar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella en un tiempo prudencial, y asegurarse de poner la respuesta en conocimiento del peticionario, de tal modo que éste no tenga que esperar de manera indefinida [...]*”¹⁹ (Énfasis fuera de texto).

En consecuencia, así los factores de evaluación se observen durante la publicación del proyecto de pliego o después de la expedición del acto de apertura, únicamente subsiste la posibilidad de los interesados en realizarlas y el deber a cargo de la entidad contratante de resolverlas. Sin embargo, estas pueden rechazarse de manera motivada, pues “[...] el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal”²⁰.

3. Respuestas

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-108 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-007 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- i) “Es obligación de la entidad limitar a Mipymes territoriales (departamento y municipio) cuando se reciban mínimo dos solicitudes para hacerlo? o es facultativo de la entidad?”.

De acuerdo con la explicación anterior, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 *ibídem*, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”. No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a Mipymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

- ii) “Puede la entidad estatal negar una observación en la que soliciten el cambio de factores de evaluación dentro de un proceso de licitación”.

Conforme a las normas generales del sistema de compras pública, la formulación de observaciones por parte de los interesados se sujeta al principio de economía. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. *Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y*



perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones” (Énfasis fuera de texto).

Por ello, si bien tanto a los interesados como a la ciudadanía en general les asiste el derecho a realizar observaciones, este derecho debe ejercerse dentro de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico y por el cronograma del proceso de contratación, so pena de perder tal facultad por la preclusividad y perentoriedad de los términos que rigen el proceso de contratación. Lo anterior teniendo en cuenta que, una vez agotada cada fase de este, la entidad estatal –en principio– no puede volver sobre aquella.

A modo de ejemplo, carece de sentido realizar observaciones sobre los factores de evaluación durante el término de traslado de los informes de evaluación, especialmente, cuando han vencido los plazos para observar tanto el proyecto de pliego de condiciones como el pliego de condiciones definitivo. Si bien la entidad estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder las observaciones extemporáneas, no lo es menos que esa respuesta debe limitarse al rechazo de la solicitud, precisamente, por realizarse fuera del plazo previsto en los documentos del proceso.

Sin embargo, esto no significa que la entidad esté obligada a aceptar las observaciones formuladas oportunamente. Para estos efectos, conforme al inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, “Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición [...] sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”.

Dado que las observaciones son una manifestación de la garantía prevista en el artículo 23 superior en el ámbito contractual, es necesario distinguir entre el “derecho a pedir” y el “derecho a lo pedido”. Como explica la Corte Constitucional, “[...] es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno, derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que él busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a [...] lo pedido. *La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente estudiar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella en un tiempo prudencial, y asegurarse de poner la respuesta en conocimiento del peticionario, de tal modo que éste no tenga que esperar de manera indefinida [...]*” (Énfasis fuera de texto).

En consecuencia, así los factores de evaluación se observen durante la publicación del proyecto de pliego o después de la expedición del acto de apertura, únicamente subsiste la posibilidad de los interesados en realizarlas y el deber a cargo de la entidad contratante de resolverlas. Sin embargo, estas pueden rechazarse de manera motivada, pues “[...] el

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-13

Versión: 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una contestación para la misma, en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal”.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1 – 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE

