



Bogotá D.C., 30 de Enero de 2023



Colombia Compra Eficiente

Rad No: RS20230130000642

Anexos: No Con copia: No

Fecha: 30/01/2023 17:22:59



Señor

William Alberto Rodríguez Díaz

licitaciones@vipcol.com

Armenia

Concepto C-962 de 2022

Temas: FACTORES DE SELECCIÓN – Las entidades estatales tienen el deber de verificar la veracidad de la información para evitar vicios en la adjudicación y en el contrato y rechazar las que contengan información inexacta o espuria /DECRETO 1279 DE 2021- El deber de verificación de la veracidad de la información es independiente del requisito legalmente establecido para su acreditación en la evaluación

Radicación: Respuesta a consulta P P20221216012305

Estimado señor:

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 19 de septiembre de 2022.

En su consulta, usted plantea los siguientes interrogantes: «[M]e permito respetuosamente presentar solicitud de emisión de concepto frente a la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1279 de 2021, en virtud a que actualmente hay un vacío que se presta para practica y/o maniobras ventajosas en los procesos de selección pública». Para el efecto, se presenta el siguiente contexto a la consulta elevada:

«1. Si bien es cierto el inciso primero del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1279 de 2021, establece puntualmente que se debe cumplir con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, no obstante en los requisitos puntuales determinados de manera taxativa por el parágrafo 1, No se exige la acreditación inherente al pago de seguridad social que efectivamente demuestre la vinculación garante en materia laboral del personal a referenciar, lo que conlleva a que muchas empresas de vigilancia incurran en practicas engañosas al discriminar en estos formatos cantidades irreales y exorbitantes de personal con estas calidades tan solo inscribiéndolos en el aplicativo APO y consiguiendo copia de documento de identidad la Resolución en el caso de las personas con discapacidad que acrediten su condición, sin ni siquiera tenerlas incluidas en su planta de personal, y sin que exista una forma de cotejar si efectivamente las



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

personas que tienen acreditadas en el APOse encuentran afiliadas a la empresa y cuentan con todas las garantías legales.

«2. Respecto a la constancia de acreditación del personal operativo la cual se sujeta a lo dispuesto en el aplicativo APO de la página web oficial de la Superintendencia de vigilancia y seguridad privada, nos permitimos manifestar que dicho aplicativo también presenta un vacío, puesto que arroja un número de registros, pero no discrimina el número total de personal operativo si no el NUMERO TOTAL DE CARGOS ACREDITADOS, existiendo inconsistencias puesto que una misma persona puede ostentar varios cargos de manera simultánea (...).»

De manera preliminar es menester advertir que, 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 las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes 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 a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Sin perjuicio de lo

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».



anterior, la Subdirección—dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, en atención a las siguientes consideraciones.

Los factores de selección que se plasman en los pliegos de condiciones, bien sea porquela normatividad así lo exige o porque provienen del análisis del sector económico como insumo para justificar su inclusión en los estudios y documentos previos, siempre deben contemplar la manera en que las entidades estatales consideran, con la debida sustentación, que deben acreditarse dichos componentes, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico también determineen ciertos casos la manera en que tales aspectos deben ser acreditados por los proponentes. Espor ello que el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece como regla dentro del principio de transparencia que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes “a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”, “b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación” y “e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependande la voluntad exclusiva de la entidad”, so pena de que las cláusulas que no cumplan estos parámetros adolezcan en ineficacia de pleno derecho, es decir, que no se requiere declaración judicial para no producir efectos jurídicos de ninguna clase².

Aunado a lo anterior, el artículo 23 de la misma Ley 80 de 1993 al consagrar los principios que rigen a las actuaciones de las entidades estatales sometidas a esta normativa, expresamente refiere a los principios generales del derecho, dentro de los cuales se cuenta el de buena fe, queen nuestro ordenamiento jurídico encuentra una definición precisa en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que consiste en que, en materia contractual, las partes no solamente están obligadas a lo expresamente pactado por ellas, sino a todo lo que pornaturaleza corresponda o por ley pertenezca a dicho negocio, aspecto que, por supuesto, se haceextensivo a los pliegos de condiciones, por ser el documento que contiene las reglas del procedimiento de selección de contratistas que muta a convertirse parte integral del contrato, unavez este se haya

² Sobre ineficacia de pleno derecho, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de octubre de 2011, exp. 20.811:

«Como quiera que la previsión del pliego en comento no constituye un requisito objetivo, la Sala encuentra que se trata de una estipulación ineficaz de pleno derecho con arreglo a lo prescrito por el numeral 5º apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta opera por ministerio de la ley (ope lege). Hay que señalar que esta sanción fue prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo 24 de la Ley 80 y que no requiere de declaración judicial».





perfeccionado³.

En este orden de ideas, se tiene que, siendo un deber de las entidades estatales justificar la exigencia de cada uno de los criterios que se utilizarán para la escogencia de la oferta más favorable a sus intereses y los fines que persigue, esto es, para la selección objetiva (cfr. Art. 5 Ley 1150/07 y núm.. 5 Art. 2.2.1.1.2.1.1 Decreto 1082/15) y el cumplimiento de las reglas de eficacia de los pliegos de condiciones anteriormente explicadas, resulta imperante que, para el correcto desarrollo de la selección del futuro proveedor de la Administración, esta vaya más allá del requisito formalmente establecido como factor de selección, para lo cual, bajo la regla de la buena fe anteriormente expresada, las entidades contratantes tienen la potestad, y de hecho el deber, de verificar la veracidad de la información que se allegue con las propuestas en el marco de su evaluación, bien sea mediante solicitud de aclaraciones al mismo oferente (art.30-7 Ley 80/93), o mediante la constatación con fuentes externas, pues de ello depende no solamente la correcta escogencia del contratista y la forma más idónea de ejecución de la compra planeada, sino la validez misma de la decisión de adjudicación y, por ende del contrato celebrado. Para el efecto, se recuerda que la revocación del acto administrativo de adjudicación procede, a la luz del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, por inhabilidad verificada en el adjudicatario antes del perfeccionamiento del contrato, y por la obtención del acto administrativo por medios ilegales, es decir, actuaciones contra derecho que vician la libre voluntad de la administración contratante, especialmente por dolo⁴, así como que es causal especial de nulidad absoluta de los contratos estatales sujetos a este régimen de contratación aquellos que se celebren con persona incurso en inhabilidad o incompatibilidad, y cuando sean celebrados contra expresa prohibición constitucional o legal, entre otras (art. 44 Ley 80/93).

Así las cosas, resulta absolutamente necesario, para evitar cualquier asomo de duda al respecto, que las entidades estatales establezcan las causales que dan lugar al rechazo de las ofertas, tal como lo ordena el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, y dentro de ellas contemplen la procedencia del descarte de aquellas ofertas que contengan información inexacta o que no pueda ser verificada, así como aquella que espuria o comprobadamente falsa, pues ello pone en cabeza de estas tanto la potestad como el deber antes mencionados de corroborar la información que se presenta en las ofertas cuando lo considere necesario o sea fácticamente procedente.

En este punto, se pone de presente que la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado ha sentado la necesidad e importancia de la verificación de la

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 25.642: «Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo».



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

información contenida en las ofertas que se reciban dentro de los procedimientos de selección, así como la validez y pertinencia de la causal de rechazo por información inexacta o falsa para la protección de los intereses de la administración pública:

«La jurisprudencia del Consejo de Estado, de tiempo atrás, se ha encargado de destacar que la **potestad configuradora de los pliegos de condiciones por parte de la entidad pre contratante, lejos de comportar un poder ilimitado**, encuentra su límite en el apego y sujeción a las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan la contratación estatal, premisa que se concreta en la definición de **requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público** que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato.

«Por oposición, su facultad no puede emplearse para la fijación de **requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios** que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación y, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad.

«Las reflexiones que se plasman hallan su respaldo normativo en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual prevé que las propuestas deben acatar las exigencias contempladas en el pliego de condiciones, sin perjuicio de lo cual dicha disposición necesariamente debe acompañarse con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que establece que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo.

«En esos mismos términos ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Subsección, al manifestar que **para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe actuar de conformidad con reglas concebidas para que las causales que determinen esa consecuencia se hallen previamente establecidas en la ley o la desarrollen.**

«De ahí que la incorporación de una **causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico**, al tiempo que debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje.

«Se precisa igualmente que, además de aquellas causales de rechazo que, a la luz de estos dictados inserte la entidad pública en el texto precontractual, también se entenderán agregadas las que se desprendan directamente de la normativa constitucional y legal, en cuanto resulten aplicables al procedimiento de selección que corresponda, al margen de que no se hubieren vertido expresamente en el catálogo negocial.



«Con base en lo expuesto, la Sala estima que una causal dirigida a sancionar con el rechazo a una propuesta que suministre información que no concuerde con la realidad resultará válida en la medida en que comporta un desarrollo del principio constitucional de buena fe que impone a las partes el deber de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en su gestión negocial.

«También entraña una expresión del principio de selección objetiva, puesto que solo será posible la escogencia de la oferta más favorable a partir de la verificación de datos verdaderos, confiables y fidedignos que reflejen la real sujeción de la propuesta al interés que se pretende satisfacer con la celebración del contrato que se aspira a adjudicar»⁵.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, la cabal aplicación de la demostración de los requisitos que bajo el artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1079 de 2021 permitirán el otorgamiento de puntaje para proponentes que sean empresas de seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada por contar dentro de su nómina con personal operativo mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años vinculados a la planta de personal, con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, sin perjuicio de la documentación que la misma norma establece como obligatoria para el efecto, no impide a la entidad estatal establecer requisitos adicionales que le permitan verificar la veracidad y exactitud de la información presentada por los oferentes y, por el contrario, genera para ellas un deber adicional de hacer las constataciones que sean necesarias para lograr conocer la verdad material del contenido de las ofertas, no pudiendo limitarse a confiar ciegamente en la documentación recibida por mandato del principio de buena fe aplicable a los contratos estatales, que obliga a hacer lo que por naturaleza corresponda para lograr el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes, aspecto que se hace extensivo al contenido de los pliegos de condiciones por su naturaleza de componente del contrato, una vez este se ha celebrado. Esta regla aplica no solamente para el caso objeto de la consulta elevada, sino para todos y cada uno de los criterios establecidos por la entidad para la identificación de la oferta más favorable, en cumplimiento del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, para el cabal cumplimiento de este deber, las entidades estatales deberán, además de fijar los componentes adicionales que le permitan deducir la fidelidad de la información recibida en las propuestas, dejar constancia expresa de la causal de rechazo de ellas en caso de encontrarse contenido inexacto, imposible de verificar, espurio o comprobadamente falso, lo cual no deja duda de la potestad de la entidad contratante de poder hacer las indagaciones a que haya lugar directamente con el proponente o con fuentes externas sobre su veracidad.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró: Mónica Sofía Safar Díaz
Contratista 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

