

Bogotá D.C., 17/04/2019 Hora 8:37:0s

N° Radicado: 2201913000002660

Señor  
**Ciudadano**  
Ciudad

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000001513

**Temas:** Pliego de condiciones; oferta; principio de planeación, contrato estatal, hechos cumplidos.

**Tipo de asunto consultado:** Observaciones al Proceso de Contratación y alcance de la oferta. Reconocimiento de bienes y servicios entregados a la Entidad y no pactados en el contrato.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de marzo de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

#### ■ PROBLEMA PLANTEADO

*“En la etapa de ejecución de un contrato de consultoría regido por la ley 80, puede la oferta definir el alcance de los productos a entregar? Por ejemplo, se solicitó diseñar un tramo de vía nuevo, en su oferta (los documentos de la entidad no lo establecía) el entonces oferente dijo que haría un estudio topográfico de 40 m de ancho por el largo del corredor. Pero en algunos tramos debió tener anchos mayores, por lo que decide cobrarlos a la entidad bajo el argumento descrito.*

*¿El consultor como experto debió hacer la observación en el momento oportuno o pedir la interpretación del alcance o por el contrario está bien dejar en la oferta precisiones no solicitadas?”*

#### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para resolver consultas referidas a actividades contractuales específicas de las Entidades Estatales; en este sentido, carece de competencia para pronunciarse sobre la interpretación de los pliegos de condiciones y el alcance de las ofertas presentadas en el marco de un contrato de consultoría.

De manera general le indicamos que el pliego de condiciones o la invitación (en caso del proceso de mínima cuantía), es un acto jurídico vinculante y de obligatorio cumplimiento para las partes, que contiene los derechos y obligaciones de los futuros contratantes, por lo cual tanto proponentes como las Entidades Estatales deben ceñirse a su contenido y no hay lugar a que las partes empleen criterios o exijan requisitos que no fueron definidos en los pliegos.

Asimismo, se precisa que la oferta presentada por un proponente es el proyecto de negocio jurídico de carácter irrevocable formulado por una persona y comunicada a otra, que contienen los elementos esenciales del negocio. La oferta entregada por el proponente hace parte íntegra del



contrato celebrado, por tal razón, los proponentes deben presentar sus ofertas de acuerdo con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones, ya que contiene la reglas que regirán el proceso. De modo que, una vez sea adjudicado el contrato, la ejecución del mismo deberá ser conforme las condiciones requeridas por la Entidad Estatal y lo ofertado por el contratista.

No obstante, los proponentes para presentar su oferta deben verificar toda la información del expediente contractual y si tienen alguna inquietud frente al objeto contractual o encuentran inconsistencias en el Proceso de Contratación, deben manifestarlo a la Entidad Estatal mediante la presentación de observaciones y aclaraciones que consideren pertinentes, las cuales deberán ser resueltas directamente por la Entidad Estatal. Si no se presentan observaciones, la Entidad Estatal puede considerar que los proponentes se encuentran de acuerdo con las condiciones contractuales y al presentar su oferta se obliga a realizar la obra en caso de ser adjudicado.

Es importante mencionar que, dentro de los principios de la contratación pública, se encuentra el de planeación, en virtud del cual, las Entidades Estatales antes de iniciar sus Procesos de Contratación deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades, los medios para satisfacerlas, el objeto a contratar, el presupuesto, entre otros. Así las cosas, la falta al deber de planeación puede conducir a dificultades en la ejecución del contrato o sobrecostos, e incluso la nulidad absoluta del contrato.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la Entidad Estatal debe pagar sólo por los bienes y servicios que fueron contratados, lo cual dependerá de lo previsto en el pliego de condiciones y de la oferta que presentó en su momento el contratista. Si los servicios o bienes entregados son adicionales a lo dispuesto en el contrato, es necesario que estos hubieren sido previamente autorizados y solicitados a través de una modificación contractual, y además que sean recibidos a satisfacción por la entidad contratante para su reconocimiento.

Cuando se realicen actividades, se entreguen bienes o se presten servicios sin un soporte contractual y sin que estos cuenten con aprobación se presenta lo que la jurisprudencia ha denominado “hechos cumplidos” ante lo cual la Entidad Estatal debe verificar si eran necesarios para el cumplimiento del objeto contractual y abstenerse o reconocer el pago.

En conclusión, la Entidad Estatal debe autorizar al contratista la ejecución de mayores cantidades de obra, para lo cual, se sugiere dejar constancia mediante documento escrito en el que se justifique técnicamente la necesidad de ejecutar una mayor cantidad de obra, sin que con ello se eluda el deber de planeación de la Entidad Estatal.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. Las Entidades Estatales son autónomas en la elaboración y diseño de sus Procesos de Contratación, de determinar la modalidad de selección del contratista, para lo cual debe definir (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad –objeto contractual y alcance del objeto contractual; y (iii) el tipo de contratista que es apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto; para ello deberá establecer reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole.
2. La Entidad Estatal en la etapa de planeación y al momento de realizar



los estudios previos, incluido el análisis del sector correspondiente, debe realizar un juicioso proceso de planeación de todas las actividades a desarrollarse dentro de las diversas etapas del contrato, so pena de las consecuencias contractuales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Lo anterior implica que las Entidades Estatales deben conocer sus necesidades y previamente adelantar aquellas actividades indispensables para satisfacerlas, sin que por un error de planeación dejen de entregar los bienes y servicios demandados por la sociedad.

3. En este sentido, la Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.
4. El pliego de condiciones contiene las reglas que rigen el Proceso de Contratación en aspectos tales como los requisitos de participación de los oferentes y criterios o factores de evaluación de sus ofertas.
5. De acuerdo con lo anterior, el pliego de condiciones en un Proceso de Contratación es ley para las partes y, por tanto, la Entidad Estatal como el oferente están obligados a respetar las reglas establecidas en los mismos. Los ofrecimientos deben ser estructurados con base en los requerimientos allí contenidos.
6. Frente a este tema el Consejo de Estado mediante radicado 25642 del 24 de julio de 2013 ha manifestado que: *“El pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.”*
7. Sin perjuicio de lo anterior no debe olvidarse que el proponente y/o contratista es un colaborador de la administración, que tiene equivalencia de derechos frente a la Entidad, y por tal razón debe tener en cuenta que a través de los contratos estatales se ejecutan recursos públicos, de allí la obligación que le asiste de presentar su oferta con los precios en condiciones de mercado, para evitar con ello un detrimento o malversación de los recursos asignados en desarrollo del contrato
8. Al respecto en sentencia del 24 de abril de 2013 expediente 27315 el Consejo de Estado, estableció: *“al particular como colaborador de la Administración le es impuesta la carga de comunicar a la entidad las*



deficiencias de planificación que evidencia para que sean subsanadas, de abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que advierta que “por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse”. Tampoco podrá pretender el reconocimiento de derechos económicos “puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos”

9. La oferta presentada por un proponente es el proyecto de negocio jurídico de carácter irrevocable que debe contener la aceptación del pliego de condiciones y los elementos esenciales del negocio jurídico. La oferta hace parte íntegra del contrato estatal dentro de los cuales se encuentra la forma en que el oferente va a usar los recursos entregados por la Entidad Estatal.
10. Adicionalmente, de acuerdo al principio de transparencia, establecido en el numeral 2 del artículo 24 la ley 80, *“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”*.
11. En consecuencia, los interesados en un Proceso de Contratación pueden presentar observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones, estudios previos, a los informes de evaluación, y en general a los Documentos del Proceso; para lo cual existen etapas que permiten el conocimiento de dichas actuaciones y otorgan la posibilidad a los oferentes de expresar las observaciones precisamente para corregir las inconsistencias que se puedan presentar.
12. De otra parte, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que se les reconozcan los servicios o bienes prestados cuando haya lugar a ello.
13. Cuando los bienes o servicios no se entregan, la Entidad Estatal no debe realizar el pago, aun si estas obligaciones fueron pactadas en el contrato.
14. El Estado está obligado a pagar el valor de los bienes, servicios u obras efectivamente recibidos por virtud de un contrato, acudiendo al principio de que nadie debe enriquecerse sin causa
15. Al respecto del reconocimiento por parte de las Entidades Estatales de bienes o servicios adicionales, la normativa del Sistema de Compra Pública no establece criterios para su reconocimiento, pero la jurisprudencia ha determinado que *“para que proceda el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, es necesario que estas hubieren sido previamente autorizadas y que una vez realizadas sean recibidas a satisfacción por la entidad contratante”*.
16. Al respecto de la mayores el Consejo de Estado en el expediente 23829



del 13 de noviembre de 2013, ha dicho lo siguiente: “(...)Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra –entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo (...)”.

17. Los pronunciamientos del Consejo de Estado hacen referencia a contratos de obra, sin embargo, las condiciones para reconocer adicionales son aplicables a todo tipo de contrato, es decir para que se puedan pagar las cantidades adicionales se requiere de autorización previa y de recibo a satisfacción de los bienes o servicios.
18. Todas las afectaciones presupuestales deben contar con certificados de disponibilidad previos, la falta a esta norma se considera un hecho cumplido que no puede legalizarse.
19. Cuando la Entidad Estatal reciba bienes, servicios u obras en virtud de un contrato o de una adición debidamente perfeccionado y legalizado, no son hechos cumplidos, sino que son obligaciones contractuales y por tanto deben pagarse por los medios legales que establece la normativa de la contratación estatal
20. Finalmente, las Entidades Estatales y los contratistas deben buscar soluciones ágiles, rápidas y directas a las discrepancias y diferencias que surjan de la actividad contractual. Para ello, podrán acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, amigable composición y transacción.

#### ■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículos 5, 24, 25, numerales 7 y 12 y artículo 30.

Ley 1150 de 2007, artículo 5.

Estatuto Orgánico de Presupuesto, artículo 71.

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de abril de 2013, Exp. 27315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Exp 25642 del 24 de julio de 2013.



Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Hernán Andrade Rincón Exp 23829 del 13 de noviembre de 2013,

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

Atentamente,



**LUISA FERNANDA VANEGAS VIDAL**  
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Laura Cuenca Suárez.  
Revisó: Felipe Muñoz Tocarruncho.

