



PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Definición – Alcalce – Posibilidad de solicitar copias

Los interesados en general tienen la posibilidad de ejercer el derecho de petición en aras de solicitar copias de las ofertas, lo que se torna particularmente útil en los procesos de contratación adelantados en medio físico. Esto sin perjuicio de la posibilidad de acceder al contenido de las ofertas electrónicas presentadas mediante el SECOP II en los procesos adelantados de manera transaccional a través de dicha plataforma, la cual permite a la entidad estatal publicar las ofertas para el conocimiento de los interesados tan pronto las abre.

Para los procedimientos publicados en SECOP I, «una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir». En el SECOP II «las Entidades Estatales después de ocurrido el cierre del Proceso deben entregar la copia solicitada de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal».

BUENA FE – Presunción de buena fe – Aplicabilidad a la contratación pública

El principio de buena fe en la contratación estatal implica para las entidades estatales, por un lado, el deber de verificar, controlar y vigilar la honestidad e integridad de sus actuaciones administrativas y, correlativamente, la presunción de buena fe sobre estas últimas. De manera que la inclusión de equipos de audiovisuales dentro de las ofertas por parte de los proponentes no solo se entromete en la competencia de la administración de garantizar la honestidad e integridad de sus actuaciones, sino que también quebranta la presunción de buena fe de las mismas en los términos expuestos.





Bogotá D.C., 15 de Noviembre de 2022

Usuario Anónimo

Bogotá D.C.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221116013788
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 15/11/2022 19:01:13**Concepto C – 714 de 2022****Temas:** PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Definición – Alcalce – Posibilidad de solicitar copias / BUENA FE – Presunción de buena fe – Aplicabilidad a la contratación pública**Radicación:** Respuesta a consulta P20220915009317.

Estimado usuario:

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 radicada el 15 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta: «¿HAY IMPEDIMENTO PARA QUE UN PROPONENTE EN SU SOBRE DE OFERTA INCLUYA UN EQUIPO DE GABRAR SONIDO Y VIDEO PARA CORROBAR QUE SU OFERTA EONÓMICA NO ES ABIERTA ANTES DE LA FECHA ESTABLECIDA EN EL CRONOGRAMA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN? ¿LAS OFERTAS EN UN PROCESO DE CONTRATACIÓN PUEDEN SER SACADAS DE LA SEDE DEL ENTE TERRITORIAL QUE ADELANTA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN?» [Sic].

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha tenido la oportunidad de estudiar en diferentes ocasiones el transparencia y publicidad de las actuaciones en materia de contratación, posiciones que fueron unificadas en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020. De igual manera, en los conceptos C-456 de 2020, C- 313 y C-597 de 2021 precisaron algunas de las garantías específicas con las que cuentan los oferentes en virtud de estos principios. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

Para desarrollar los problemas planteados, teniendo en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCP guarda silencio en relación con la posibilidad de incluir equipos de grabación dentro de las ofertas económicas, a

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



continuación, se estudiarán otros derechos con los que cuentan los oferentes de cara a la garantía de los principios de transparencia y publicidad en los Procesos de Contratación. Conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado en diferentes ocasiones, las normas relativas al procedimiento en contratación estatal participan del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, de manera que «la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato».¹

Así, teniendo en cuenta que el EGCP no contempla la posibilidad de incluir equipos de grabación dentro de las ofertas económicas, no le es dable a las entidades territoriales modificar el procedimiento para aceptar estos equipos dentro de sus ofertas. Por el contrario, deberán atenerse a lo dispuesto en el mencionado Estatuto ofreciendo garantía de los principios de transparencia, publicidad y buena fe en los términos que a continuación se establecen, esto es: (i) a través del principio de publicidad y acceso a la información contractual y la posibilidad de solicitar copias de las ofertas; y (ii) por medio del principio de buena fe en la contratación pública.

2.1. Principio de publicidad y acceso a la información contractual. La posibilidad de solicitar copias de las ofertas

Como lo ha manifestado esta Agencia en múltiples ocasiones, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 desarrolla los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones contractuales, de los cuales se desprende el deber de publicar las actuaciones contractuales, que implica que todas las entidades estatales, sin importar el régimen de contratación al que se encuentren sometidas, o la naturaleza de los recursos con la que se celebra o se pretende celebrar el contrato deben publicar sus actuaciones; esto, comoquiera que el objetivo del deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales es materializar el derecho a conocer e intervenir de las decisiones de la Administración Pública². A dicha norma se suman disposiciones como las de la Ley 1712 de 2014, «por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información

¹ CONSEJO DE ESTADO; Sección Tercera; C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. No. 14390. Ver también: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz; sentencia del 31 de enero de 2011, Exp. 17767.

² La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha tenido la oportunidad de estudiar en diferentes ocasiones los temas que se abordaran en el presente concepto. Por una parte, en el concepto con radicado No. 4201912000007253 del 4 de diciembre de 2019, reiterado en el concepto con radicado No. 4201912000007289 de la misma fecha, así como en el C-336 del 2 de junio de 2020, estudió la publicidad de los procedimientos contractuales en el SECOP I y SECOP II, respecto de entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En los conceptos C-046 del 19 de febrero de 2020, C-095 del 16 de marzo de 2020, C-197 del 26 de marzo de 2020, C-170 del 6 de abril de 2020, C-172 del 6 de abril de 2020, C-176 del del 6 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020 y C-015 del 29 de abril de 2020, se estudiaron temas como el SECOP I como medio de publicidad de las actuaciones contractuales, la naturaleza transaccional y obligatoriedad de SECOP II y los documentos que deben publicarse en estas plataformas.





Pública Nacional y se dictan otras disposiciones», que en el marco de la materialización del derecho al acceso a la información pública, suman fundamento normativo al deber de dar publicidad a las actuaciones contractuales³.

El deber de publicidad de los documentos expedidos en virtud de la actividad contractual que se desprende del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra regulado por el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual establece los documentos que se deben publicar y al SECOP como medio de publicación lo que permite controlar las actuaciones y decisiones de la Administración y el cumplimiento de los demás principios de la contratación pública⁴. Así lo confirma el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quiénes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibídem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio-deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de

³ «Artículo 11. Información mínima obligatoria respecto a servicios, procedimientos y funcionamiento del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva:

[...]

»g) Sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones [...]».

⁴ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

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





los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P., No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros)⁵.

De esta manera, es claro que las actuaciones de las entidades son públicas, y estas tienen el deber de publicar o permitir el acceso de los interesados a lo relacionado con su actividad contractual. De acuerdo con el Consejo de Estado, existen documentos que integran las actuaciones de la Administración en el desarrollo del procedimiento contractual, a los que pueden acceder quienes demuestren un interés legítimo, y esto se refiere, entre otros, a las ofertas que la entidad reciba de los proponentes interesados en satisfacer la necesidad que sea objeto de contratación.

En ese orden de ideas, la normativa del Sistema de Compra Pública contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos de selección, y con base en ello los proponentes pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del procedimiento. Esto significa que, para celebrar sus contratos, las entidades deben estructurar un procedimiento de selección que es reglado, por lo que se deben consultar las normas que lo rigen para determinar la forma de estructurarlo.

En todo caso, es indiscutible que el documento que concreta el punto de partida para que los interesados puedan proveerle al Estado lo que requiere, de acuerdo con sus funciones, y adicionalmente estos puedan conocer las reglas de la presentación de las ofertas, es el pliego de condiciones como *Documento del Proceso*⁶. Este documento resulta de planear el procedimiento de contratación, de tal manera que se logre identificar todo aquello que le informe al público el objeto contractual y cómo será satisfecho.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios. Conforme la normativa mencionada, debe contener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv)

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[...]

»Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación [...]».





reglas de la presentación y evaluación de las ofertas v) cronograma, vi) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato⁷.

En consecuencia, en el pliego de condiciones y, particularmente, en el cronograma allí establecido, los proveedores conocen el plazo para la presentación de las ofertas; y cuando ocurre el vencimiento de este plazo – a esto se le denomina el cierre del procedimiento— las entidades pueden expedir un acta de cierre indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales, ya que la constancia de fecha y hora de recibo de las ofertas se señala directamente en el sobre que la contiene, cuando es allegada a la entidad contratante, que es el caso de los procedimientos adelantados en SECOP I. No obstante, como se sostuvo en el concepto C-022 del 20 de febrero de 2020– radicado No. 2202013000001140–, respecto de la obligación de abrir los sobres de las ofertas y el momento en que deben hacerlo en sus procedimientos de contratación, no existe dentro del EGCP una regla general que obligue a las entidades a dar apertura a las ofertas en un momento específico –salvo lo establecido para licitaciones de obra pública por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018; sin embargo, esto no debe ser obstáculo para que las entidades den a conocer el contenido de las ofertas, en la medida que, de conformidad con el principio de transparencia regulado en los artículos 23⁸ y 24⁹ de la Ley 80 de 1993, cualquier interesado de forma legítima en la actuación tiene el derecho a solicitar copias de los diferentes documentos que la conforman. Al respecto, se dijo en el mencionado concepto:

⁷ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[...]

»3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

»4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

[...]

»13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

»14. El Cronograma».

⁸ 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».

⁹ Ley 80 de 1993: «Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

»1. <Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>

»2. 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.

»3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

[...]».





A pesar de que la entidad no tiene la obligación de abrir las ofertas en un momento determinado, ello no obsta para que los oferentes sí tengan acceso a las ofertas solicitando una copia de estas a la entidad, de acuerdo con los principios que regulan la contratación pública. El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios que rigen las actuaciones dentro de los procedimientos contractuales que adelantan las entidades, y se destaca el principio de transparencia, desarrollado por el artículo 24, que contiene las reglas que permiten a los «interesados» conocer las actuaciones contractuales, que son públicas, para poder controvertirlas a través de observaciones, por lo que se conforma un expediente, de acuerdo con lo prescrito en la norma. Este principio contiene una regla respecto de las ofertas: «4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

Conforme a esto, los interesados en general tienen la posibilidad de ejercer el derecho de petición en aras de solicitar copias de las ofertas, lo que se torna particularmente útil en los procesos de contratación adelantados en medio físico. Esto sin perjuicio de la posibilidad de acceder al contenido de las ofertas electrónicas presentadas mediante el SECOP II en los procesos adelantados de manera transaccional a través de dicha plataforma, la cual permite a la entidad estatal publicar las ofertas para el conocimiento de los interesados tan pronto las abre.

En ese orden, el principio de transparencia señala como intervinientes en las actuaciones del procedimiento de contratación a los *interesados*, término para cuya definición es necesario acudir al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que permite aplicar las normas de los procedimientos y actuaciones administrativas a los procesos contractuales¹⁰, y por ello se resalta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– contiene algunas disposiciones sobre la intervención en las actuaciones administrativas que resultan relevantes en el particular. Teniendo en cuenta que a través de las actuaciones contractuales se ejerce función administrativa, estas son susceptibles de la intervención de terceros regulada en los artículos 37 y 38 del CPACA, quienes, a pesar de no ser los interesados, de presentarse las condiciones señaladas por la norma es posible que tengan las mismas oportunidades que las partes para presentar una petición¹¹.

¹⁰ Ley 80 de 1993: «Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

»Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

[...].»

¹¹ Ley 1437 de 2011: «Artículo 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras





En ese sentido, el CPACA dispone quiénes son las partes en una actuación administrativa; lo que, como se expuso, es aplicable a los procedimientos contractuales, y ese concepto contribuye a aclarar lo que se debe entender cuando se habla de *interesados*, es decir, a quienes les afectan o les conciernen los actos de una autoridad administrativa, al tener que asumir las consecuencias que se deriven de ello, y también complementa estas nociones, al disponer que los terceros pueden llegar a tener los mismos derechos que las partes en ciertas circunstancias. Ahora bien, los *interesados* en los procedimientos de selección pueden solicitar la copia de las ofertas mediante una petición de documentos a la entidad contratante, de acuerdo con el artículo 14 del CPACA, y la entidad tiene un plazo máximo de diez (10) días para responder¹², so pena de que vencido el término deba

personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

»La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.

»Artículo 38. Intervención de terceros. Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, en los siguientes casos:

»1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

»2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.

»3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

»Parágrafo. La petición deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 16 y en ella se indicará cuál es el interés de participar en la actuación y se allegarán o solicitarán las pruebas que el interesado pretenda hacer valer. La autoridad que la tramita la resolverá de plano y contra esta decisión no procederá recurso alguno”.

¹² Los términos de respuesta establecidos en el artículo 14 del CPACA fueron ampliados por el artículo 5 del Decreto 491 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional a causa de la emergencia sanitaria desatada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y con vigencia durante la misma. Dispone lo siguiente el referido artículo: «Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

»Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

»(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

»(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

»En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

»Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales».





entregar los documentos, sin la posibilidad de rechazar la solicitud, lo cual se debe cumplir en un plazo de tres (3) días¹³.

Esas solicitudes versan sobre documentos públicos, teniendo en cuenta que la Ley 1712 de 2014, en el artículo 4, señala que las personas pueden conocer la información pública que posea un sujeto obligado; quienes son las entidades públicas, en general, entre otros¹⁴. Y el artículo 6 define la información pública como «toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal», como es el caso de las ofertas que recibe en sus procedimientos contractuales, ya que las obtiene y controla por su rol de contratante¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, las Entidades Estatales pueden observar como buena práctica lo señalado por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única, que en su numeral 5 trata de la apertura de ofertas, sin distinguir entre las modalidades de selección, pero diferenciando si el procedimiento de contratación es adelantado en el SECOP I o en el SECOP II. Para los procedimientos publicados en SECOP I, «una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir». En el SECOP II «las Entidades Estatales después de

¹³ Ley 1437 de 2011: «Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

»1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

[...].».

¹⁴ Ley 1712 de 2014: «Artículo 4. Concepto del derecho. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

[...]

»Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

»a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.[...].».

¹⁵ Basado en el análisis realizado por MARIN CORTÉS, Fabián G. Derecho de petición y procedimiento administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de derecho Administrativo, primera edición, Bogotá, 2017. p 357: «En conclusión, para los exclusivos efectos del derecho de petición un documento es público, si lo genera, obtiene, adquiere o controla el sujeto pasivo u obligado; es decir, no importa si él lo produce o no, basta con que este en su poder para que sea de acceso universal».





ocurrido el cierre del Proceso deben entregar la copia solicitada de las ofertas recibidas o publicar las ofertas en SECOP II, salvo aquella información sujeta a reserva legal».

2.2. Principio de buena fe en la contratación pública

La buena fe se ha instituido como principio rector de los contratos civiles, comerciales y estatales. En estos últimos reviste una indiscutible importancia en la medida en que se encuentra de por medio la función administrativa y el interés general.

De otra parte, el artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas gozan de la presunción de buena fe en la medida en que deberán ceñirse a sus postulados. En idéntico sentido, el artículo 3 del CPACA indica que en virtud de este principio -el cual guía las actuaciones administrativas- se presume el comportamiento leal y fiel de ciudadanos y particulares en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

En esa línea, en materia de contratación pública el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 expresa que en el marco de los procedimientos de selección de los contratos estatales se deberán tener en consideración los mandatos de la buena fe. Sobre el particular, el Consejo de Estado incluso ha entendido este principio como una manifestación del principio de planeación en los siguientes términos:

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe. En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado. [...]¹⁶.

En tal sentido, este principio se cristaliza en la presunción de buena fe que se predica del actuar de la administración y de los particulares¹⁷.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera Sentencia del 19 de noviembre de 2012, .C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. No. 22043

¹⁷ Entre otros pronunciamientos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1194/08, respecto al principio de buena fe, expresó: «[...]La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así





No obstante, sin perjuicio de tal presunción, la presentación de las ofertas supone el respectivo deber de verificación por parte de la entidad frente al adjudicatario y futuro contratistas durante toda la ejecución del contrato, del efectivo cumplimiento de dichos ofrecimientos, como quiera que estos pasan a constituirse como una obligación contractual. En caso de evidenciar un incumplimiento la Ley 1150 de 2007, en el artículo 17, establece que en virtud del derecho al debido proceso y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estas tienen la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones¹⁸.

Así mismo, a juicio del Consejo de Estado los actos de corrupción son manifestaciones en contra del principio de buena fe, por cuanto fragmentan la confianza depositada por parte de las entidades estatales en los proveedores de bienes y servicios, y puede aparejar el incumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, así como la gestión ineficiente de los recursos públicos. De allí que las entidades estatales, en el marco de los procesos de contratación, tengan el deber de solicitar a los proponentes toda la información que resulte necesaria para conocer su idoneidad en la ejecución del contrato a celebrar y que permita verificar su «[...] honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos que involucra la contratación estatal»¹⁹.

En orden de lo expuesto, el principio de buena fe en la contratación estatal implica para las entidades estatales, por un lado, el deber de verificar, controlar y vigilar la honestidad e integridad de sus actuaciones administrativas y, correlativamente, la presunción de buena fe sobre estas últimas. De manera que la inclusión de equipos de

la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” [...]»

¹⁸ Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

»En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

»Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas».

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, radicado 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260), C.P. Álvaro Namén Vargas.





audiovisuales dentro de las ofertas por parte de los proponentes no solo se entromete en la competencia de la administración de garantizar la honestidad e integridad de sus actuaciones, sino que también quebranta la presunción de buena fe de las mismas en los términos expuestos.

3. Respuestas

«¿HAY IMPEDIMENTO PARA QUE UN PROPONENTE EN SU SOBRE DE OFERTA INCLUYA UN EQUIPO DE GABRAR SONIDO Y VIDEO PARA CORROBAR QUE SU OFERTA EONÓMICA NO ES ABIERTA ANTES DE LA FECHA ESTABLECIDA EN EL CRONOGRAMA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN?».

Conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado en diferentes ocasiones, las normas relativas al procedimiento en contratación estatal participan del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, de manera que «[...] la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato».

Así, teniendo en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no contempla la posibilidad de incluir equipos de grabación dentro de las ofertas económicas, no le es dable a las entidades territoriales modificar el procedimiento para aceptar estos equipos dentro de sus ofertas. Por el contrario, deberán atenerse a lo dispuesto en el mencionado Estatuto ofreciendo garantía de los principios de transparencia, publicidad y buena fe en los términos que allí se establecen, tal como se explicó anteriormente.

«¿LAS OFERTAS EN UN PROCESO DE CONTRATACIÓN PUEDEN SER SACADAS DE LA SEDE DEL ENTE TERRITORIAL QUE ADELANTA EL PROCESO DE ONTRATACIÓN?».

El EGCAP guarda silencio en relación con la potestad de la entidad territorial para extraer la oferta de su circunscripción. No obstante, conforme el principio de legalidad establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos no solo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. Así, en la medida en que la normativa en la materia no les autoriza a movilizar las ofertas por fuera de su circunscripción, no les es dable atribuirse tal función en el marco del procedimiento de selección pues tal actuación carece de respaldo normativo.

En todo caso, cabe destacar imposibilidad de sacar la oferta de la circunscripción de la entidad solo se presenta en los procesos adelantados en medio físico, con publicación en SECOP I, dado que los procesos adelantados en SECOP II la oferta se presenta de manera electrónica, carácter que hace imposible sustraerla físicamente de la sede la entidad. Esto además considerando que, en los procesos desarrollados de manera





transaccional a través de dicha plataforma, las entidades estatales pueden proceder a la publicación de las ofertas tan pronto estas se abren.

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,

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

Elaboró: Juan Carlos Covilla Martínez
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 ANCP-CCE

