**CCE-DES-FM-17**

**BIENES O SERVICIOS DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS UNIFORMES Y DE COMÚN UTILIZACIÓN – Noción – Fundamentos jurídicos – Elementos**

[…] la Ley 1150 de 2007 –artículo 2, numeral 2, literal a)– estableció que los bienes y servicios de características técnicas uniformes son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas.

En armonía con la disposición anterior, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 desarrolló el concepto de «bienes y servicios de características técnicas uniformes» en los siguientes términos: «Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007».

[…] los elementos centrales para definir si un bien o servicio se considera de características técnicas uniformes consiste en que posea las mismas especificaciones técnicas y compartan patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos, de manera que es posible adquirirlos en el mercado en condiciones estandarizadas u homogéneas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, que no afectan su funcionalidad. En este sentido, la forma como se adquieren en el mercado incide en la determinación si un bien o servicio encaja en esta categoría, de ahí que el Decreto 1082 de 2015 señale que «pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición», dado que son bienes y servicio con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares.

**REQUISITOS HABILITANTES – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 – Carácter enunciativo**

La pregunta planteada anteriormente tiene, al menos, dos respuestas razonables. Por un lado, que sí lo son, habida cuenta que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo» al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura íntegra de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

[…]

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos. Además, que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual de acuerdo con los parámetros fijados en las disposiciones legales y reglamentarias, como el Decreto 1082 de 2015. Finalmente, que una vez establecidos los requisitos de habilitación, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar.

**ESTUDIO DE MERCADO – Análisis económico del sector**

Frente al análisis del sector (estudio de mercado), durante la etapa de planeación de los procesos de contratación, las entidades estatales deben realizar el análisis del mercado del bien o servicio que pretenden adquirir. El Decreto 1082 de 2015 establece este deber y dispone que las entidades estatales deben conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo.

Para estructurar el análisis del sector, la entidad, debe tener en cuenta, entre otros factores, el estudio de la demanda, a través del cual evidenciará cómo ha adquirido en el pasado este bien, obra o servicio. En este sentido, analizará el comportamiento de sus adquisiciones anteriores teniendo en cuenta aspectos como: modalidad de selección, objeto del contrato, calidad del bien o servicio, valor de los contratos y forma de pago, número de contratos suscritos, presupuesto con cargo al cual han sido ejecutados esos contratos.

De acuerdo con lo anterior, en un estudio de mercado *puede* resultar relevante analizar la forma como se adquirió un bien o servicio, independientemente de la modalidad de selección utilizada para adquirirlo; sin embargo, todas estas variantes se deben tener en cuenta al momento de realizar y valorar el análisis del sector.

Bogotá D.C., **24/11/2020 13:09:53s**

**N° Radicado: 2202013000011646**

Señora

**Andrea Padilla Villarraga**

Bogotá

**Concepto C – 678 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | BIENES O SERVICIOS DE CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS UNIFORMES Y DE COMÚN UTILIZACIÓN – Noción – Fundamentos jurídicos – Elementos / REQUISITOS HABILITANTES – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 – Carácter enunciativo / ESTUDIO DE MERCADO – Análisis económico del sector |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000009263 |

Estimada señora Padilla:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de octubre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas, i) «¿Para que un bien o servicio pueda ser considerado de características técnicas uniformes y de común utilización debe ser demandado, solicitado, adquirido o contratado por más de una entidad estatal?

»En otras palabras, ¿si un bien o servicio que se puede enmarcar dentro del concepto de “condiciones técnicas uniformes y de común utilización”, es recurrentemente contratado por una entidad estatal debido a su actividad misional, pero no así por otras entidades, se puede considerar como un bien o servicio de condiciones técnicas uniformes a la luz de lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007?»

ii) «¿Es jurídicamente viable que las especificaciones de calidad o técnicas en un proceso de subasta inversa sean incluidas como factores habilitantes?».

iii) «¿Una entidad estatal, para efectos de construir tanto su estudio de mercado como el presupuesto del proceso de selección, puede/debe tomar como referencia el precio pagado en un contrato de iguales características en cuanto a su objeto que hubiese celebrado con anterioridad con independencia de si este tuvo como origen una licitación o una subasta inversa?»

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas de la peticionara se analizarán los siguientes temas: i) los bienes o servicios de características técnicas uniformes; ii) el carácter enunciativo de los requisitos habilitantes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, donde se estudiará la exigencia de la «ficha técnica»; y iii) el análisis del sector.

**2.1. Bienes o servicios de características técnicas uniformes**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicado 2201913000008812 del 28 de noviembre de 2019 y 2201913000009600 del 24 de diciembre de 2019 se pronunció respecto a los bienes y servicios de características técnicas uniformes, por lo que se reiteran, en lo pertinente, tales consideraciones.

El numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 consagra la selección abreviada como una de las modalidades de selección de contratistas del Estado. El legislador dispuso, que la selección abreviada es un proceso que garantiza la eficiencia de la gestión contractual, en aquellos eventos en los que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, se pueda adelantar procesos simplificados y eficientes.

Pues bien, por las características del objeto a contratar, la primera causal de selección abreviada es la contenida en el literal a) de la norma citada, que dispone lo siguiente:

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que *corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos*.

La norma introdujo una categoría novedosa para el momento en que fue expedida la Ley 1150 de 2007: los bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. De igual forma, la norma señaló que este tipo de bienes y servicios se podrían adquirir a través de tres modalidades: i) subasta inversa; ii) bolsas de productos e iii) instrumentos de compra por catálogo derivados de acuerdos marco de precios.

Como se advierte de la disposición citada, la Ley 1150 de 2007 –artículo 2, numeral 2, literal a)– estableció que los bienes y servicios de características técnicas uniformes son aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas.

En armonía con la disposición anterior, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 desarrolló el concepto de «bienes y servicios de características técnicas uniformes» en los siguientes términos: «Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007».

A partir de las disposiciones anteriores, la doctrina ha avanzado en la conceptualización de este tipo de bienes y servicios, resaltando sus características esenciales relacionadas con su *homogeneidad* y su oferta en el mercado en condiciones estandarizadas. En tal sentido, frente a ellos se ha afirmado:

«[…] ello evoca que sean fácilmente describibles por *características mínimas comunes a los de su tipo, excluyendo elementos no esenciales, tales como los de diseño o cualquier otro que no altere la funcionalidad del bien o servicio.* Ello debería ser así, en la medida en la cual se busca que la Administración logre que compitan bienes y servicios de igual calidad ofrecidos por proponentes capaces de satisfacer el requerimiento de la entidad contratante.

[…]

»Aquellos que se ofrecen en el mercado con un estándar para quienes los demandan, o lo que es igual, que la oferta de los mismos en el mercado ocurriese en condiciones equivalentes para todo interesado en adquirirlo»[[1]](#footnote-1).

Como se advierte de lo anterior, los elementos centrales para definir si un bien o servicio se considera de características técnicas uniformes consiste en que posea las mismas especificaciones técnicas y compartan patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos, de manera que es posible adquirirlos en el mercado en condiciones estandarizadas u homogéneas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, que no afectan su funcionalidad. En este sentido, la forma como se adquieren en el mercado incide en la determinación si un bien o servicio encaja en esta categoría, de ahí que el Decreto 1082 de 2015 señale que «pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición», dado que son bienes y servicio con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares.

Así las cosas, con la finalidad de orientar la noción hacia la problemática planteada por la peticionaria, cabe destacar que la definición de jerarquía más alta en el sistema de fuentes, esto es, la contenida en la Ley 1150 de 2007, pese a que nominalmente acude al término de «común utilización», al referirse a los «bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades», en realidad los define haciendo abstracción de dicho elemento, al establecer que: «corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos».

Por ello, para considerar si determinados bienes o servicios se encuadran en dicha noción no es necesario que la entidad acredite que estos son contratados por más de una entidad estatal, toda vez, que incluso podrían ser de común utilización al interior de una misma entidad estatal. En tal sentido, siempre que se cumplan los elementos de la noción desarrollados anteriormente, se podrá considerar que un bien o servicio es de características técnicas uniformes.

**2.2. Carácter enunciativo de los requisitos habilitantes del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. La exigencia de la ficha técnica**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en los numerales 1 a 4 del mencionado artículo 5, así como los 5 parágrafos de dicha norma.

Específicamente, el numeral 1º de la disposición referida establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa *sub lite* dispone:

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

Ahora bien, en este punto vale la pena preguntarse si los cuatro requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, cuyo alcance fue explicado previamente, son taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirle una entidad a los proponentes. Este asunto fue analizado previamente por esta Agencia en conceptos anteriores, como el C-587 del 31 de agosto de 2020, que se reitera en lo pertinente.

La pregunta planteada anteriormente tiene, al menos, dos respuestas razonables. Por un lado, que sí lo son, habida cuenta que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo» al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura íntegra de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Hay otros argumentos que sustentan tal elección interpretativa. Tal y como lo han considerado la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2) y el Consejo de Estado[[3]](#footnote-3), en virtud del «principio del efecto útil», el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que solo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que «las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos»? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma *sub examine*, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate parlamentario en donde se incluyó el parágrafo comentando anteriormente[[4]](#footnote-4), lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, de su reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007.

Por otro lado, en el referido «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» se determinaron los parámetros para *establecer*, *acreditar* y *subsanar* los requisitos habilitantes estudiados en los párrafos precedentes. Allí también se precisó que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir «la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia». Su propósito es, según el Manual, «establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación».

Corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional. Esto último, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, debe hacerse de acuerdo con la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los *riesgos* *asociados al contrato*, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto. Todo porque el ejercicio de la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, por ejemplo, como el que estable el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Al respecto, en la sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que «[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada».

De todos modos, como se dijo antes, para la configuración de los requisitos habilitantes, la entidad no está limitada a los cuatro que enuncia el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, pues, se insiste, estos son solo enunciativos y no taxativos.

Como conclusión, puede decirse que aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos. Además, que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual de acuerdo con los parámetros fijados en las disposiciones legales y reglamentarias, como el Decreto 1082 de 2015. Finalmente, que una vez establecidos los requisitos de habilitación, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar.

Lo dicho, claro está, sin perjuicio de las prohibiciones legales. Por ejemplo, en el caso de los requisitos habilitantes, el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 establece que las «certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos».

De acuerdo con los argumentos expuestos, cabe analizar los demás posibles requisitos habilitantes existentes en los procedimientos de selección, en particular los aplicables a la modalidad de selección abreviada mediante subasta inversa, toda vez que esta modalidad tiene una regulación especial en el Decreto 1082 de 2015, donde caben destacar algunas disposiciones particulares. En este sentido, el artículo 2.2.1.2.1.2.2. del decreto indicado establece:

Artículo 2.2.1.2.1.2.2. Procedimiento para la subasta inversa. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la subasta inversa:

1. Los pliegos de condiciones deben indicar: a) la fecha y hora de inicio de la subasta; b) la periodicidad de los Lances; y c) el Margen Mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa.

2. *La oferta debe contener dos partes, la primera en la cual el interesado acredite su capacidad de participar en el Proceso de Contratación y acredite el cumplimiento de la ficha técnica*; y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente.

3. *La Entidad Estatal debe publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado*.

[…]

Como se deriva de la disposición citada, los proponentes al presentar sus propuestas deben acreditar el «cumplimiento de la ficha técnica» y, a su vez, las entidades estatales en el informe de evaluación deben «indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica» y determinar, en consecuencia, si el oferente se encuentra habilitado.

De conformidad con lo explicado, en estos procedimientos de selección el proponente debe cumplir con un requisito de participación adicional, que lo habilita para participar del certamen de subasta inversa, consistente en acreditar el cumplimiento de la ficha técnica.

En tal sentido, se considera que la exigencia anterior constituye un requisito habilitante adicional y especial establecido por el reglamento en el artículo citado. Dicha idea resulta armónica con la postura expuesta previamente en el sentido de que los únicos requisitos habilitantes no son los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pero sí son algunos de ellos, a los que, por regla general, no se les puede asignar puntaje[[5]](#footnote-5).

**2.3. Análisis del sector**

Finalmente, frente al análisis del sector, durante la etapa de planeación de los procesos de contratación, las entidades estatales deben realizar el análisis del mercado del bien o servicio que se pretende adquirir. El Decreto 1082 de 2015 establece este deber y dispone que las entidades estatales deben conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo[[6]](#footnote-6).

Entonces, la entidad estatal debe entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a la cadena de producción o distribución o suministro del bien o servicio, así como identificar cuál y cómo es el proceso del bien hasta llegar al usuario final, el rol que juegan las potenciales oferentes en esa cadena y su ciclo de vida, de manera que pueda identificar y determinar el costo total del bien o servicio.

Así, uno de los documentos que soportan las decisiones establecidas en el pliego de condiciones es el estudio previo, cuya elaboración es una obligación para las entidades antes de la apertura del proceso de contratación[[7]](#footnote-7), y el contenido debe estar acorde con lo indicado en el Decreto 1082 de 2015, entre lo cual se encuentra el valor del contrato6, el cual, como se indicó, es resultado del análisis del respectivo sector.

En particular, se recomienda a las entidades estatales acudir a la «Guía para la elaboración de estudios de sector» publicada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente[[8]](#footnote-8). Allí se señala respecto al estudio de la demanda que:

La información histórica de la demanda es importante para definir ciertos puntos respecto al conocimiento particular de la necesidad a contratar, proveedor y precio de adquisición. Para el efecto la Entidad Estatal debe: (a) tener claro las cantidades que requiere comprar, en caso de ser un monto, o saber si las aproximaciones históricas muestran que ha tenido que hacer adiciones para suplir la demanda o si por el contrario la demanda ha sido sobrestimada; y (b) saber cómo ha escogido a los proveedores en caso que el bien, obra o servicio haya sido contratado anteriormente. La Entidad Estatal debe indagar sobre el desempeño de estos proveedores y preguntarse si existen varios proveedores que puedan satisfacer la necesidad y atender la demanda en el lugar donde es requerida. Por último, la Entidad Estatal debe conocer si el precio que ha pagado por el bien, obra o servicio en diferentes momentos ha sido constante teniendo en cuenta la inflación, variación de la tasa de cambio o los precios de las materias primas. El análisis de esta información histórica proporciona a la Entidad Estatal herramientas para tomar mejores decisiones de compra.

De acuerdo con lo anterior, en un estudio de mercado puede resultar relevante analizar la forma como se adquirió un bien o servicio independientemente de la modalidad de selección utilizada para adquirirlo. Sin embargo, todas estas variantes se deben tener en cuenta al momento de realizar y valorar el análisis del sector.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se contestará las inquietudes elevadas.

1. **Respuesta**

i) «¿Para que un bien o servicio pueda ser considerado de características técnicas uniformes y de común utilización debe ser demandado, solicitado, adquirido o contratado por más de una entidad estatal?

»En otras palabras, ¿si un bien o servicio que se puede enmarcar dentro del concepto de “condiciones técnicas uniformes y de común utilización”, es recurrentemente contratado por una entidad estatal debido a su actividad misional, pero no así por otras entidades, se puede considerar como un bien o servicio de condiciones técnicas uniformes a la luz de lo dispuesto en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007?»

Siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 2, numeral 2, literal a) de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, desarrollados en el numeral 2.1. de este concepto, es posible que un bien o servicio «recurrentemente contratado por una entidad estatal debido a su actividad misional, pero no así por otras entidades», se considere de características técnicas uniformes. Se reitera, siempre y cuando se cumpla con la noción y atributos establecidos en las disposiciones citadas.

ii) «¿Es jurídicamente viable que las especificaciones de calidad o técnicas en un proceso de subasta inversa sean incluidas como factores habilitantes?».

De conformidad con el análisis realizado en el numeral 2.2. de este concepto y de acuerdo con lo señalado respecto al artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, los proponentes al presentar sus propuestas deben acreditar el «cumplimiento de la ficha técnica» y, a su vez, las entidades estatales en el informe de evaluación deben «indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica» y determinar, en consecuencia, si el oferente se encuentra habilitado.

De conformidad con lo anterior, en estos procedimientos de selección el proponente debe cumplir con un requisito de participación adicional, que lo habilita para participar del certamen de subasta inversa, consistente en acreditar el cumplimiento de la ficha técnica.

En tal sentido, se considera que la exigencia anterior constituye un requisito habilitante adicional y especial establecido por el reglamento en el artículo citado. La idea anterior resulta armónica con la postura expuesta en el concepto, en el sentido de que los únicos requisitos habilitantes no son los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pero sí son algunos de ellos, a los que, por regla general, no se les puede asignar puntaje.

iii) «¿Una entidad estatal, para efectos de construir tanto su estudio de mercado como el presupuesto del proceso de selección, puede/debe tomar como referencia el precio pagado en un contrato de iguales características en cuanto a su objeto que hubiese celebrado con anterioridad con independencia de si este tuvo como origen una licitación o una subasta inversa?»

En relación con el análisis del sector (estudio de mercado), durante la etapa de planeación de los procesos de contratación, las entidades estatales deben realizar el análisis del mercado del bien o servicio que pretenden adquirir. El Decreto 1082 de 2015 establece este deber y dispone que las entidades estatales deben conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo.

Para estructurar el análisis del sector, la entidad, debe tener en cuenta, entre otros factores, el estudio de la demanda, a través del cual evidenciará cómo ha adquirido en el pasado este bien, obra o servicio. En este sentido, analizará el comportamiento de sus adquisiciones anteriores teniendo en cuenta aspectos como: modalidad de selección, objeto del contrato, calidad del bien o servicio, valor de los contratos y forma de pago, número de contratos suscritos, presupuesto con cargo al cual han sido ejecutados esos contratos.

De acuerdo con lo anterior, en un estudio de mercado *puede* resultar relevante analizar la forma como se adquirió un bien o servicio, independientemente de la modalidad de selección utilizada para adquirirlo; sin embargo, todas estas variantes se deben tener en cuenta al momento de realizar y valorar el análisis del sector.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Deisy Joanna Forero Forero  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Legis, 2014. p 71 y 72. Citado en: DÁVILA VINEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Legis: Bogotá, 2016. p. 466. [↑](#footnote-ref-1)
2. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencias del 11 de diciembre de 2002, dictada dentro del expediente AG-1683, y del 18 de octubre de 2001, proferida dentro del plenario AG-021. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-3)
4. Gaceta 096 de 2007. Pág. 9. Allí se lee: «Parágrafo 2°. Nuevo. Se adiciona un parágrafo nuevo para *establecer de manera concreta* que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos, con el fin de evitar la exclusión de aquellas personas o empresas principalmente en regiones apartadas que carecen de tal requisito. Dejando sin embargo a la administración la posibilidad de fijar la implementación de planes de calidad» (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-4)
5. Se señala que: por regla general, toda vez que existen excepciones, como la establecida en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 que permite asignar puntaje a la experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en los procesos para la selección de consultores. [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1: «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». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 80 de 1993: artículo 25 «Del principio de economía. En virtud de este principio:

   »[…]

   »12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

   »Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño».

   6 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. «Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

   »[…]

   »4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración». [↑](#footnote-ref-7)
8. Se puede acceder a la guía indicada en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-8)