**CCE-DES-FM-17**

**ESTUDIOS PREVIOS – Planeación contractual**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

**ESTUDIOS PREVIOS – Oportunidad – Etapa precontractual**

De lo explicado se desprende que los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la entidad estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado.

**ESTUDIOS DEL SECTOR – Manifestación – Principio de planeación**

[…] la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes a la hora de determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como, por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

[…] El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio, y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

**DOCUMENTOS TIPO – Estudio del sector – Requisitos habilitantes – Determinación**

En ese entendido, si bien el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto de 2015 establece que uno de los factores, en virtud del cual deben determinarse los requisitos habilitantes aplicables para los procesos de contratación, es el análisis o estudio del sector económico. Tratándose de procesos en los que resulte obligatoria la aplicación de documentos tipo, tal determinación está limitada a las entidades por cuenta de la obligatoriedad e inalterabilidad de estos requisitos. Por ello, una interpretación integradora de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y los artículos 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 del Decreto 1082 de 2015, permite concluir que en la aplicación del artículo 2.2.1.1.1.6.2 las entidades encuentran reducido su ámbito de discrecionalidad, por lo que deben ceñirse a los parámetros establecidos en los documentos tipo para determinar los requisitos habilitantes.

**ESTUDIO DEL SECTOR – Documento tipo – Alcance**

[…] los procedimientos para selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con documentos tipo, a pesar de contar con requisitos habilitantes e índices financieros previamente acotados por dichos documentos, con efectos obligatorios y carácter inalterable, no se encuentran exentos de la obligación de realizar tanto los estudios previos como un análisis del sector en el que tendrá lugar la contratación. Lo anterior, necesariamente requiere aplicar los artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015, evidenciando el cumplimiento de estos requisitos dentro de los *Documentos del Proceso.*

[…] la información producto de este análisis, si bien no le servirá a las entidades para determinar los requisitos habilitantes e índices financieros, si permitirá por ejemplo tener un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, realizar el análisis de los riesgos, determinar si una oferta contienes precios artificialmente bajos, sustentar la escogencia de los factores de calidad, determinar la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial o la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía.

Bogotá D.C., 23/11/2020 **Hora 12:37:29s**

**N° Radicado: 2202013000011543**

Señora

**Adriana Gómez**

Cajicá, Cundinamarca

 **Concepto C−671 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ESTUDIOS PREVIOS – Planeación contractual / ESTUDIOS PREVIOS – Oportunidad – Etapa precontractual / ESTUDIOS DEL SECTOR – Manifestación – Principio de planeación / DOCUMENTOS TIPO – Estudio del sector – Requisitos habilitantes – Determinación / ESTUDIO DEL SECTOR – Documento tipo – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000009046 |

Estimada señora Gómez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 7 de octubre de 2020, 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.

**1.** **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: si «[…] SE DEBE ADELSNTAR (sic) ESTUDIO DEL SECTOR ECONOMICO (sic) Y ESTUDIO PREVIO PARA LOS PLIEGOS TIPO DE VIAS (sic)?».

**2.** **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, se analizarán los siguientes temas: i) estudios previos y estudios del sector en el Estatuto General de Contratación y ii) alcance del estudio del sector y estudios previos en procesos de selección con documentos tipo.

Para abordar estos aspectos se reiterarán consideraciones expuestas en los Conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020 y C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– sobre la regulación de los estudios previos y del sector en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Igualmente, se reiteran los Conceptos C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 2202013000005289–, C-415 del 7 de julio –radicado No. 2202013000005931–, C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933– y C-387 del 23 de junio de 2020 –radicado No. 4202013000004275–, en los cuales esta Subdirección analizó el alcance de los estudios del sector en procesos adelantados con documentos tipo.

**2.2. Estudios previos y del sector en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que exigen a las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

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.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados[…].

Lo anterior le permitirá a la entidad estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, «genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales»[[1]](#footnote-1).

Con base en la norma enunciada de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, establece en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

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:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

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.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

De esta manera, antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etcétera, cuya contratación, se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar[[2]](#footnote-2).

Cuando las entidades cumplen con los elementos mínimos establecidos en la norma y aquellos adicionales que identifiquen en la etapa de planeación de los procedimientos de contratación, permiten que los contratos resultantes cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

Mas allá del cumplimiento de la normativa, «los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato»[[3]](#footnote-3), por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la entidad estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros.

De lo explicado se desprende que los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la entidad estatal exige en su proceso de contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado[[4]](#footnote-4).

El numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes citado, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa. Por su parte, el reglamento, es decir los artículos 2.2.1.1.1.6.1 y 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, no imponen la obligación de emitir estudios y documentos previos en etapas diferentes a la de planeación del contrato.

En cuanto a la responsabilidad de la elaboración de los estudios y documentos previos, corresponde a «la oficina, dependencia o departamento que tenga la necesidad de que se celebre el contrato», de acuerdo con «las instrucciones y procedimientos establecidos en el Manual de Contratación de la Entidad, en el marco de la Ley y los reglamentos vigentes»[[5]](#footnote-5). De esta manera, de acuerdo con la estructura interna de cada entidad, la elaboración de los estudios previos corresponderá al funcionario responsable de la dependencia con la necesidad a satisfacer.

Por otra parte, en virtud de los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, la norma exige que se determine el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato. Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «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».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc., lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía. La Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Alcance del estudio del sector y los estudios previos en procedimientos de selección con documentos tipo**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 establece que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente «o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo» y que estos «serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Adicionalmente, frente a su contenido, dispone que «Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública».

En ejercicio de la competencia conferida por la redacción inicial del citado parágrafo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 342 de 2019, por medio del que se adoptaron los documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, por lo que adicionó la Sección 6 y la Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Posteriormente el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2096 de 2019, el cual adoptó los documentos tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, para lo que se adicionó la Subsección 2 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. En el mismo sentido, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 594 de 2020, por medio de los que se adoptaron documentos tipo para la selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en la modalidad de mínima cuantía, modificando el artículo 2.2.1.2.6.1.6. y adicionando la Subsección 3, a la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El desarrollo e implementación de estos documentos tipo fue encomendado a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en coordinación con el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación. La Agencia ejerció esta competencia expidiendo la Resolución No. 1798 de 2019, referida a procesos de licitación pública –Versión 1–, la cual fue actualizada por la Resolución No. 045 de 2020 –Versión 2–-. Así mismo se expidieron la Resolución No. 044 de 2020 que implementó los documentos tipo para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, la Resolución No. 094 de 2020, que hizo lo propio respecto de la modalidad de mínima cuantía y por último la resolución No. 116 de 2020 que modificó los numerales 4.2.4, 4.2.5 y 4.2.6 de los documentos tipo para los procedimientos de selección de licitación pública – Versión 2 y selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte y el Formato 7 – Factor de calidad, y se aclaró el numeral 4.1.4 de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 2.

Estos documentos contienen parámetros de obligatoria observancia para las entidades estatales regidas el régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, que adelanten procesos de selección en las referidas modalidades para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte. Conforme a lo anterior, y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, los documentos tipo adoptados para las referidas modalidades de selección establecieron las condiciones habilitantes aplicables, así como los factores técnicos y económicos de escogencia para los procesos de selección en los que corresponda su aplicación, los cuales son de obligatoria observancia. Estos factores además son inalterables e inmodificables por parte de las entidades a la hora de utilizar los documentos tipo para adelantar sus procesos de contratación de conformidad con los artículos 2.2.1.2.6.1.4[[6]](#footnote-6), 2.2.1.2.6.2.3[[7]](#footnote-7). y 2.2.1.2.6.3.4[[8]](#footnote-8) del Decreto 1082 de 2015.

 Los documentos tipo estandarizaron los diferentes requisitos habilitantes, estableciendo para los procesos de licitación pública y selección abreviada los siguientes: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) visita al sitio de la obra; vi) capacidad financiera; vii) capital de trabajo; viii) capacidad organizacional; y ix) capacidad residual. Para los procesos de mínima cuantía se fijaron los requisitos de: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) capacidad financiera; y vi) capacidad residual.

 Estos requisitos se encuentran detalladamente regulados por los «Documentos Base o Pliegos Tipo» de las modalidades de licitación pública y selección abreviada, al igual que en la «Invitación» desarrollada para procesos de mínima cuantía. Esta regulación abarca desde la cuantificación del requisito exigible, hasta la forma y documentación mediante los que deben ser acreditados por los proponentes, criterios que, se itera, son inmodificables e inalterables por las entidades.

En el caso de la experiencia, la «Matriz 1 – Experiencia» establece una metodología para la configuración del requisito exigible respecto del objeto específico de contratación, en función de factores como el tipo de obra, actividad a desarrollar y dimensionamiento de la misma, los cuales, subsumidos en la matriz, dan como resultado el requisito que deberán acreditar los proponentes.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la capacidad financiera y organizacional, la «Matriz 2 – Indicadores Financieros y Organizacionales» establece los respectivos indicadores con los que deben cumplir proponentes para acreditar estos requisitos habilitantes, mientras que el «Documento Base o Pliego Tipo», y la «Invitación» en el caso de la mínima cuantía, establece las fórmulas para el cálculo de los mismos.

Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes, entre ellos la experiencia, la capacidad financiera y organizacional, al igual que los indicadores financieros y organizacionales, se encuentran determinados por los documentos tipo. Lo anterior, dada la obligatoria observancia e inalterabilidad, supone un reducido margen de potestad de las entidades estatales en la configuración de estos requisitos, que necesariamente se traduce en una disminución de los esfuerzos que, conforme al principio de planeación, se imponen para la determinación de los requisitos habilitantes para cada proceso de contratación.

En ese entendido, el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto de 2015[[9]](#footnote-9) establece que uno de los factores, en virtud del cual deben determinarse los requisitos habilitantes aplicables para los procesos de contratación, es el análisis o estudio del sector económico. Tratándose de procesos en los que resulte obligatoria la aplicación de documentos tipo, tal determinación está limitada a las entidades por cuenta de la obligatoriedad e inalterabilidad de estos requisitos. Por ello, una interpretación integradora de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y los artículos 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 del Decreto 1082 de 2015, permite concluir que en la aplicación del artículo 2.2.1.1.1.6.2 las entidades encuentran reducido su ámbito de discrecionalidad, por lo que deben ceñirse a los parámetros establecidos en los documentos tipo para determinar los requisitos habilitantes.

Lo anterior no significa que la determinación de los requisitos habilitantes de los procesos adelantados con documentos tipo se encuentre desprovista de un análisis de las condiciones del sector económico en donde tiene lugar este tipo de contratación. Por el contrario, dada la importancia de la materia, este análisis debió ser incorporado al proceso de desarrollo e implementación de estas herramientas, que el Gobierno Nacional a través de los Decretos 342 de 2019, 2096 de 2019 y 594 de 2020, encomendó a autoridades con conocimientos y capacidades técnicas en el sector del transporte y la contratación pública como la el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Ahora bien, tampoco quiere esto decir que las entidades que adelanten procesos con documentos tipo, dada la estandarización de los requisitos habilitantes e indicadores financieros y organizacionales, se encuentren relevadas del deber de realizar los estudios previos y el análisis del sector al que se refieren los artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, comoquiera que brindar información para la determinación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros no es la única finalidad de estos estudios.

*Por un lado*, tal como se evidenció en el acápite anterior, el análisis del sector abarca los rubros legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos del sector en donde tendrá lugar la contratación, permitiendo a las entidades acopiar información importante para el desarrollo de los procesos de contratación, irradiando estos con una aplicación más acentuada del principio de planeación. Posturas escépticas tildan el análisis del sector de «absurdo e innecesario, amén del agravamiento de la gestión contractual»[[10]](#footnote-10), pero esta Agencia estima que el análisis del sector es más que un requisito adicional para el adelantamiento de los procesos contractuales.

El estudio del sector visto desde una perspectiva funcional, constituye un deber que permite que las entidades sitúen la adquisición de los bienes, obras o servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades dentro de las condiciones del mercado en donde se ofrecen. Lo anterior, les permite tener un sustento para la decisión de adelantar el proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Un ejemplo de la funcionalidad del análisis sector y su importancia en el proceso de contratación lo evidenciamos en su calidad de antecedente tanto la disponibilidad como el compromiso presupuestal que involucra cada contrato. Como lo evidenció esta Agencia en el concepto C-291 del 18 de mayo de 2020 –radicado No. 2202013000003857–, el «estudio del sector relativo a los bienes, obras o servicios que adquirirá la entidad mediante el proceso contractual, permite conocer el mercado respecto de los proveedores, cadenas de producción, costos, calidad, entre otros. Lo anterior permite que el presupuesto que se comprometa al proceso corresponda al valor real, y así se cumpla el deber de la entidad de planear y conocer las adquisiciones que pretende realizar, particularmente para estimar el valor del contrato».

Otro ejemplo lo constituye el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo que, según el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, debe incorporarse en los estudios y documentos previos. El cumplimiento de este requisito necesariamente debe servirse del estudio producto del análisis del sector, comoquiera que este último debe permitir a las entidades conocer las dinámicas y comportamiento de los riesgos relacionados con el objeto a contratar dentro del respectivo sector, lo que brinda herramientas para determinar las posibles formas y mecanismos mediante los que podrían mitigarse.

De otra parte, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015[[11]](#footnote-11), en el que se regula la metodología para la evaluación y esclarecimiento de ofertas con precios artificialmente bajos, se refiere al artículo 2.2.1.1.1.6.1, que regula el análisis del sector y los rubros que este abarca, situando a este como el principal insumo para llevar a cabo dicho cometido. En desarrollo de esto, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» establece que una oferta es artificialmente baja cuando «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector».

Esto pone de presente otra importante finalidad de la información recolectada en el ejercicio de análisis o estudio del sector, a la cual no fue ajena la expedición de los documentos tipo, los que, particularmente, en el numeral 4.1.3 de los «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada, y en el numeral 5.1.3 de la «Invitación», para procesos de mínima cuantía, hacen expresa referencia a la información del estudio del sector como el más importante insumo para determinar si una oferta es artificialmente baja y dar aplicación al artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015.

Otras referencias al estudio del sector en los documentos tipo se encuentran en el numeral 4.2 de los «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, en donde se alude a la información del estudio del sector, como sustento de la escogencia por parte de las entidades de los criterios que darán lugar a otorgar el puntaje del factor de calidad que procede en estas modalidades de selección. Asimismo, estos documentos en el numeral 3.5, al igual que la «Invitación» para procesos de mínima cuantía en el numeral 4.5, se refieren al estudio del sector, como una herramienta que sirve para determinar la necesidad de que en un proceso de selección se haga una excepción a la regla general que solo permite a los proponentes acreditar la experiencia que han adquirido por cuenta propia y no la de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial[[12]](#footnote-12). Por su parte, el documento de «Invitación» para procesos de mínima cuantía dispone en su numeral 2.8 que «la entidad debe justificar la inclusión o exclusión de anticipos basada en el estudio del sector y otros estudios que realice», estableciendo además al iniciar el capítulo VIII que la posibilidad de exigir garantías en estos procesos deberá ser consecuencia del «análisis de los riesgos del proceso y del sector económico».

Lo dicho hasta aquí ilustra la importancia del análisis o estudio del sector para el desarrollo de los procesos de contratación, como un deber de las entidades en el marco de la planeación de su gestión contractual, cuyo ejercicio permite consolidar información valiosa para la configuración de las condiciones del procedimiento de contratación, así como para el desarrollo del mismo en su etapa precontractual. El análisis o estudio del sector, al suponer un análisis legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos del sector en donde tendrá lugar la contratación, implica mucho más que una labor dirigida a la determinación de los requisitos habilitantes e índices financieros aplicables a cada proceso.

*Por otra parte*, en relación con los estudios previos, el numeral 1.2.3 del anexo 3− Glosario, define los estudios previos como «la justificación jurídica, técnica, económica y financiera del proyecto que realiza la Entidad de acuerdo con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015».

La introducción del «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, y la «Invitación», para procesos de mínima cuantía, se refieren a la disponibilidad de los documentos del proceso entre estos los *estudios previos* en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–. También, el numeral 1.1 del «Documento base», para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía al referirse a la obra pública, establece que «tiene las especificaciones técnicas descritas en el Anexo 1 – Anexo Técnico y el Estudio Previo, los cuales incluyen la descripción de las obras e información técnica […], mientras que la «Invitación» para procesos de mínima cuantía en el numeral 1.1 consagra que «la obra pública tiene las especificaciones técnicas descritas en el Anexo 1 – Anexo Técnico y el Estudio Previo, los cuales incluyen la descripción de las obras e información técnica […]».

En relación con la acreditación de la experiencia el numeral 3.5 del «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada y 4.5 de «la invitación», para los procesos de mínima cuantía señalan que «de acuerdo con el estudio de sector es necesario que el proponente acredite la experiencia de su matriz, como en los casos de contratos de franquicia, la entidad estatal debe justificar dicha circunstancia en los *estudios y documentos previos*».

Respecto a la visita al sitio de la obra en el numeral 3.6 del «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía se establece que «[l]a Entidad Estatal deberá incluir este acápite cuando se justifique su necesidad en los *estudios previos*». Por otra parte en el numeral 4.1 del «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía y 5.1 de la «Invitación» para los procesos de mínima cuantía, señalan que «[s]i existe alguna duda o interrogante sobre la presentación de estos Análisis de Precios Unitarios y el precio de *estudios* publicados por la Entidad, es deber de los Proponente hacerlos conocer» dentro del plazo establecido en el Anexo 2 – Cronograma para licitación pública y selección abreviada y dentro del plazo establecido en el Pacto de Transparencia para los procesos de mínima cuantía. Por último, en relación con el numeral 4.2, para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, se establece que la entidad asignará el puntaje del factor de calidad, de acuerdo a la información que se consigné en «en el Estudio del Sector y *Estudios y Documentos Previos*».

De igual forma los estudios previos se encuentran previstos en el «Anexo 1–Anexo» técnico de la siguiente manera: i) el numeral 7 literal a) para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía y 2.10, literal a) de la «Invitación», establecen que «[l]a Entidad deberá incluir requisitos de experiencia proporcionales y adecuados al tipo de obra conforme a lo establecido en los *estudios y documentos previos* […]» y ii) en el numeral 10 para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía y 2.13 de la «Invitación», se establece que «[d]e ser necesario, según los *Estudios Previos* son de cargo del Proponente favorecido todos los costos requeridos para colocar y mantener la señalización de obra y las vallas informativas, la iluminación nocturna y demás dispositivos de seguridad y de comunicación y coordinación en los términos definidos por las autoridades competentes».

En el Anexo 5 −Minuta del contrato, para la licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, se establece que los estudios previos hacen parte del contrato y «consecuencia producen sus mismos efectos y obligaciones jurídicas y contractuales […]»

En el numeral 7.1 de la «Invitación» para los procesos de mínima cuantía se señala que «Es potestativo de la entidad exigir garantías conforme al artículo 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015. Si conforme al alcance del proyecto la entidad decide solicitar la garantía de seriedad, debe justificarlo en los estudios previos […]».

Por último, en relación con los bienes o servicios adicionales a la obra pública, en los cuales la entidad haya identificado estos bienes o servicios adicionales y requiera experiencia adicional debe aplicar los criterios definidos en el artículo 2.2.1.2.6.1.5. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 342 de 2019 que dispone:

Artículo 2.2.1.2.6.1.5. Bienes o servicios adicionales a la obra pública. Cuando el objeto contractual incluya bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, la entidad estatal deberá aplicar los Documentos Tipo. Si de manera excepcional requiere incluir experiencia adicional para evaluar la idoneidad respecto de los bienes o servicios ajenos a la obra pública, deberá seguir los siguientes parámetros:

* + 1. Demostrar en los estudios previos que ha verificado las condiciones de mercado para la adquisición de los bienes o servicios adicionales al componente de obra pública, de tal manera que la experiencia adicional que se exija para tales bienes o servicios procure la pluralidad de oferentes, y no limite la concurrencia de proponentes al proceso de contratación […].

En consecuencia, los procedimientos para selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con documentos tipo, a pesar de contar con requisitos habilitantes e índices financieros previamente acotados por dichos documentos, con efectos obligatorios y carácter inalterable, no se encuentran exentos de la obligación de realizar tanto los estudios previos como un análisis del sector en el que tendrá lugar la contratación. Lo anterior, necesariamente requiere aplicar los artículos 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015, evidenciando el cumplimiento de estos requisitos dentro de los *Documentos del Proceso.*

La información producto del análisis del sector y los estudios previos, si bien no sirven a las entidades para determinar los requisitos habilitantes e índices financieros con el margen de discrecionalidad que les compete en procesos en los que no se apliquen documentos tipo, permiten –entre otros aspectos– tener un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, realizar el análisis de los riesgos, determinar si una oferta contienes precios artificialmente bajos, sustentar la escogencia de los factores de calidad, determinar la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial, la posibilidad de exigir la visita al sitio de las obras, la definición de requisitos de experiencia adicional, la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía, etc.

**3. Respuesta**

«[…] SE DEBE ADELSNTAR (sic) ESTUDIO DEL SECTOR ECONOMICO (sic) Y ESTUDIO PREVIO PARA LOS PLIEGOS TIPO DE VIAS (sic)?».

En los procesos para la selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con documentos tipo, es obligatorio realizar los estudios previos y del sector con fundamento en los 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015. Lo anterior, teniendo en cuenta que –pese a la estandarización de las condiciones en estos procesos de selección– la entidad estatal no se encuentra relevada del deber de elaborarlos.

 Por tanto, considerando la obligatoriedad e inalterabilidad de los requisitos establecidos en los respectivos documentos tipo, les está vedado a las entidades la configuración de requisitos habilitantes e índices financieros y organizacionales distintos de los establecidos en dichos documentos. Sin embargo, la información recolectada en el marco de los estudios previos y del sector permite a las entidades conocer las condiciones técnicas y de mercado del objeto contractual, sustentando la decisión de adelantar el proceso de selección desde el punto de vista de los principios de eficiencia, eficacia y economía.

 Además, según lo determinan las reglas del «Documentos Base» de los procesos de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, así como en la «Invitación» para procesos de mínima cuantía, la información de los estudios previos y el análisis del sector permiten –entre otros aspectos– tener un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, realizar el análisis de los riesgos, determinar si una oferta contienes precios artificialmente bajos, sustentar la escogencia de los factores de calidad, determinar la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial, la posibilidad de exigir la visita al sitio de las obras, la definición de requisitos de experiencia adicional, la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía, etc.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillon EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tomado de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/9-etapa-precontractual-estudios-previos>. [↑](#footnote-ref-2)
3. «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: (…)». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: «(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato». [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibidem,* p. 70. [↑](#footnote-ref-5)
6. Licitación Pública «**2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo**. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo».  [↑](#footnote-ref-6)
7. «2.2.1.2.6.2.3. Criterios para selección abreviada de menor cuantía. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, deberán tener en cuenta los parámetros definidos en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del presente decreto para el desarrollo e implementación de Documentos Tipo en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, salvo lo referente al puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad de que tratan los artículos 2.2.1.2.4.2.6, 2.2.1.2.4.2.7, y 2.2.1.2.4.2.8 del presente decreto.

»Los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.1.5. del presente decreto aplican para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía para la contratación obra pública de infraestructura de transporte». [↑](#footnote-ref-7)
8. Mínima cuantía: «2.2.1.2.6.3.4 Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso, condiciones habilitantes y factores económicos de escogencia distintos a los señalados en los Documentos Tipo».

 [↑](#footnote-ref-8)
9. «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-9)
10. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Editorial Legis, Bogotá, 2016, p. 304 [↑](#footnote-ref-10)
11. «Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

»Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

»En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma». [↑](#footnote-ref-11)
12. Los referidos documentos disponen «[Por regla general, el Proponente solo puede acreditar la experiencia que ha obtenido y no la experiencia de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial. No obstante, si de acuerdo con el estudio de sector es necesario que el Proponente acredite la experiencia de su matriz como en los casos de contratos de franquicia, la Entidad Estatal debe justificar dicha circunstancia en los estudios y documentos previos e indicar en el pliego de condiciones la forma de acreditar la experiencia que no aparece en el RUP]». [↑](#footnote-ref-12)