**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012**

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1 definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

«Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio».

**LEY 816 DE 2003 – Apoyo a la industria nacional – Ámbito de aplicación**

[…] De acuerdo con dicha norma, el primer criterio para definir la aplicabilidad de la referida ley, y en consecuencia para establecer la procedencia de incorporar factores de evaluación de apoyo a la industria nacional, consiste en determinar si las entidades estatales para seleccionar a sus contratistas deben realizarlo mediante un proceso de selección «competitivo», en términos de dicha ley, ya sea, a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, «excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta» . En este sentido, a un proceso de contratación le aplicará la Ley 816 de 2003 cuando la contratación se realice mediante un proceso competitivo, en cambio, si se trata de aquellos en que no se requiere más de una propuesta –como es el caso de las causales de contratación directa– no aplicará esta normativa.

A su vez, el artículo 1 de la Ley 816 de 2003 establece un segundo criterio para precisar su ámbito de aplicación, esto es, que cobija a todas las entidades de la Administración Pública que la integran de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su observancia. Teniendo en cuenta lo anterior, la misma ley establece una excepción particular consistente en que se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las cuales se regirán por las normas del derecho privado de conformidad con preceptuado en las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001. En otras palabras, el segundo criterio definido en la Ley 816 de 2003 consiste en identificar si se refiere a una empresa de servicios públicos domiciliarios, puesto que esta tipología de entidades no estaría obligada a aplicar lo dispuesto en la Ley 816 de 2003.

**DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Alcance servicios nacionales**

Conforme con la nueva noción de «Servicios Nacionales» introducida por dicha norma, si el contrato estatal debe cumplirse en Colombia, «[…] un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda». A continuación, dicho artículo establece que si el contrato estatal debe cumplirse en el extranjero y se somete a la normativa colombiana, «[…] un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano».

**DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Criterios – Identificación de bienes nacionales relevantes**

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) «el análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la entidad estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación», ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. En aplicación de estos criterios, corresponde a la entidad estatal determinar en los respectivos pliegos de condiciones o documentos equivalentes, la metodología conforme con la cual se asignará el puntaje correspondiente por apoyo a la industria nacional.

**DECRETO 680 DE 2021 – Ámbito de aplicación – Asociaciones público privadas**

[…] en los procesos de contratación adelantados para la contratación de asociaciones público-privadas es aplicable el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, siempre que éstos sean competitivos y adelantados por entidades que hagan parte de la Administración Pública, independientemente de su régimen, y no se trate de empresas de servicios públicos domiciliarios. Esto supone que, en tales procesos de selección, les corresponde a las entidades incluir como factor de evaluación, unas franjas de puntaje aplicables a quienes oferten bienes y servicios nacionales –de acuerdo con las nociones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015–, a los extranjeros con derecho a trato nacional, así como a los que se comprometan a incorporarlos durante la ejecución del contrato.

Es por esto por lo que la noción de Servicios Nacionales introducida en el Decreto 680 de 2021 es relevante para el desarrollo de procedimientos de selección para la contratación de asociaciones público-privadas, pues constituye un presupuesto para la aplicación del puntaje a que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Esto comoquiera que la «primera franja» del mismo –entre el 15% y 20% del total de los puntos– solo es atribuible a los oferentes que ofrezcan servicios nacionales, es decir, que además de ser prestados por colombianos incorporen los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad en el pliego de condiciones , mientras que la segunda franja –entre el 5% y el 10%– será la opción para quienes no cumplan con dichos criterios, ni tengan derecho a trato nacional, pero que se comprometan a incorporar servicios nacionales en el desarrollo del contrato.

**RESOLUCIÓN 304 DE 2021 – Ámbito de aplicación – Metodología – Identificación de bienes nacionales relevantes**

[…] la Agencia Nacional de Contratación Pública, en desarrollo del procedimiento de actualización regulado por la Resolución 160 de 2020, expidió la Resolución 304 de 2021 «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente». Esta resolución modificó y adicionó los documentos base, formatos y matrices de los documentos tipo de infraestructura de transporte –en sus distintas modalidades–, agua potable y saneamiento básico e infraestructura social, introduciendo una metodología común a todos estos procedimientos, a partir de la cual en aplicación de la definición de Servicios Nacionales del Decreto 680, se otorga el puntaje por apoyo a la industria nacional en consideración al ofrecimiento de los bienes nacionales relevantes. De acuerdo con esta metodología, las entidades pueden establecer de manera objetiva los bienes nacionales que resultan relevantes para el desarrollo del objeto contractual, que al estar incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales son determinantes para la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional.

**RESOLUCIÓN 304 DE 2021 – Asociaciones público privadas – Facultad discrecional – Metodología de bienes nacionales relevantes**

Debido a que en los proyectos de asociación público-privadas no se aplica lo previsto en los documentos tipo, las entidades estatales para este tipo de proyectos tendrán la autonomía para determinar la manera más adecuada de identificar los bienes nacionales relevantes del proceso atendiendo lo previsto en el Decreto 680 de 2021, tal como se explicó en las consideraciones. No obstante, la entidad estatal podrá facultativamente utilizar la metodología creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública en la Resolución 304 de 2021, como una buena práctica contractual para identificar los bienes nacionales relevantes del proceso de contratación, si así lo decide en desarrollo de su autonomía y discrecionalidad. En todo caso, en relación con el ajuste al término de Servicios Nacionales es importante indicar que para el otorgamiento de puntaje de apoyo a la industria nacional no solo bastará que el que preste el servicio sea colombiano, sino que además deberá verificarse que se comprometa a incorporar durante la ejecución del contrato los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad, o, en su defecto que se incorpore la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda.



Bogotá D.C., **05/11/2021 18:39:51**

Señora

**Diana Cecilia Cardona Restrepo**

Vicepresidente de Estructuración

Agencia Nacional de Infraestructura – ANI-

Bogotá D.C.

**Concepto C ─ 549 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012 / LEY 816 DE 2003 – Apoyo a la industria nacional – Ámbito de aplicación / DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Alcance servicios nacionales / DECRETO 680 DE 2021 – Regla de origen – Criterios para identificar los bienes nacionales relevantes / DECRETO 680 DE 2021 – Ámbito de aplicación – Asociaciones Públicas – Privadas / RESOLUCIÓN 304 DE 2021 – Ámbito de aplicación – Metodología para identificar los bienes nacionales relevantes / RESOLUCIÓN 304 DE 2021 – Asociaciones público - privadas - Facultad discrecional – Metodología de bienes nacionales relevantes |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211022009794.  |

Estimada señora Cardona,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 21 de octubre de 2021.

**1. Problema planteado**

En relación con la aplicación del Decreto 680 de 2021 en los contratos de Asociación Público – Privada (APP), usted realiza la siguiente consulta: ¿cuál es la aplicación e interpretación del Decreto 680 de 2021 en los contratos de APP tipificados en la Ley 1508 de 2012, especialmente, en lo referente a la definición de “Servicios nacionales”?

**2. Consideraciones**

Para abordar el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: i) el concepto y las características atribuibles a los contratos de Asociación Público – Privada regulados por la Ley 1508 de 2012, ii) los procedimientos contractuales en los proyectos de APP, iii) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de Servicios Nacionales introducida por el Decreto 680 de 2021 y iv) la regulación del puntaje por apoyo a la industria nacional en procesos adelantados con documentos tipo después de la expedición del Decreto 680 de 2021.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de las asociaciones público-privadas –APP– en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020 y C- 386 del 3 de agosto de 2021. En lo pertinente, tales conceptos se reiteran en esta ocasión y se complementan con algunas consideraciones relativas con la consulta bajo examen. Asimismo, mediante los conceptos C-442 del 26 de agosto de 2021 y C-542 del 20 de octubre de 2021, se analizó la aplicación del Decreto 680 de 2021 y el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección. Algunas de las tesis expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación.

**2.1. Concepto y características de las asociaciones público - privadas –APP–**

Las asociaciones público - privadas –APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales a través de los cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de una modalidad de negocio en la que la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva[[1]](#footnote-1).

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público - Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1 definió las asociaciones público - privadas –APP– de la siguiente manera:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Con fundamento en dicha noción puede decirse que la colaboración público-privada[[2]](#footnote-2) es un mecanismo a través del cual el sector privado participa en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el ordinariamente asumido en otras tipologías contractuales.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que «las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión u otro tipo contractual– son figuras que ya existían en nuestra legislación»[[3]](#footnote-3). Es por ello que refiriéndose a la Ley 1508 de 2012, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha afirmado:

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros[[4]](#footnote-4).

Conforme con lo anterior, la colaboración público-privada no es exclusivamente la regulada en la Ley 1508 de 2012, pues la tendencia de vinculación de los particulares en la actividad contractual del Estado, mediante tipos contractuales como el de obra, prestación de servicios o la concesión contemplada en la Ley 80 de 1993, se encontraba prevista en Colombia, como, de hecho, lo continúa estando.

**2.2. Procedimientos contractuales en los proyectos de APP**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyectos de asociación público-privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo[[5]](#footnote-5).

 Sobre los procedimientos de escogencia, reglas para la celebración y ejecución relativas con las asociaciones público-privadas es importante destacar que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, al regular el ámbito de aplicación de dicha Ley, determinó que los contratos que involucren este tipo de esquemas asociativos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, «salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley»[[6]](#footnote-6). Conforme con esto, en el articulado de la Ley 1508 de 2012 y en el reglamento, hay una serie de reglas especiales para el desarrollo de los procesos de contratación diferentes para cada una de las modalidades de asociación público-privada antes precisadas, las cuales son de aplicación prevalente y se complementan con las directrices del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–.

Lo referente con los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública está regulado en el Título II de la Ley 1508 de 2012, en donde se establecen disposiciones que ratifican la articulación normativa entre dicha Ley y lo consignado en el EGCAP, en cuanto a procedimientos de selección, tal como se desprende del artículo 9[[7]](#footnote-7). Por su parte, el artículo 10 estipula la posibilidad de acudir a sistemas de precalificación[[8]](#footnote-8), el 11 prevé los requisitos necesarios para que una entidad abra un proceso de selección para la ejecución de proyectos de asociación público-privada[[9]](#footnote-9), el 12 determina los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia aplicables[[10]](#footnote-10) y el 13 regula las condiciones exigidas para efectuar adiciones o prórrogas[[11]](#footnote-11).

 Esto a la vez fue reglamentado en el Título 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, en cuya Sección 4 se ubica el artículo 2.2.2.1.4.1, el cual dispone como procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública el de licitación pública, remitiendo de manera expresa al artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y ratificando la aplicación prevalente de la Ley 1508 de 2012 en lo específicamente regulado por esta[[12]](#footnote-12).

Por otro lado, lo concerniente con las asociaciones público-privadas de iniciativa privada se encuentra regulado en el Título III de la Ley 1508 de 2012, en donde se describen los distintos pasos que debe seguir el estructurador privado para presentar su propuesta a la administración, dependiendo de si la misma requiere o no desembolso de recursos públicos. Al respecto es importante indicar que, luego de estructurar el proyecto, cumpliendo con las exigencias del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012[[13]](#footnote-13), el particular le debe presentar a la entidad estatal una propuesta después de la fase de *prefactibilidad*. Si esta es aceptada, el originador privado continúa con la fase de *factibilidad*, y una vez terminada le allega la propuesta a la entidad pública, que puede aceptar o rechazar[[14]](#footnote-14). Así se establece del tenor literal del artículo 16 de la dicha Ley, según el cual, luego de la presentación de la iniciativa en fase de factibilidad, la entidad cuenta en principio con seis (6) meses prorrogables hasta la mitad de dicho término, para estudiar la viabilidad de la iniciativa. Después de esto puede decidir aceptarla o rechazarla. En el primer caso, la entidad estatal y el originador pueden llegar a un acuerdo sobre el precio y las condiciones del proyecto. En el segundo, es decir, si se rechaza la iniciativa, el originador conserva la propiedad de los estudios, pero estos pueden ser adquiridos por la entidad estatal. Sin embargo, la presentación de la iniciativa no genera un derecho para el particular, ni una obligación para la entidad estatal[[15]](#footnote-15).

Como se advierte, si el proyecto de iniciativa privada es aceptado, la entidad llega a un acuerdo con el originador sobre la viabilidad del proyecto y el valor de los estudios efectuados por el particular en la estructuración del proyecto. Posteriormente, tratándose de proyectos que requieren desembolso de recursos públicos, para la escogencia del contratista se debe proceder de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, el cual señala el procedimiento de licitación pública como el procedente,[[16]](#footnote-16) lo cual es reglamentado en la Sección 5 del Titulo 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

Ahora, tratándose de iniciativas privadas que no requieren de desembolso de recursos públicos, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012[[17]](#footnote-17). Este precepto establece que después del acuerdo entre la entidad estatal y el originador del proyecto, aquella debe publicarlo en el SECOP, junto con la minuta del contrato, los estudios y los demás anexos, por un término no inferior a un (1) mes, ni superior a seis (6) meses, para ver si resultan manifestaciones de interés. Si al término de la publicación no hay interesados, la entidad debe celebrar el contrato con el originador privado, es decir, con aquel que estructuró el proyecto de asociación público-privada que no necesita desembolso de recursos públicos. Por el contrario, si hay interesados que respondan a la publicación en el SECOP, se deberá adelantar el procedimiento consagrado en el artículo 20 de la misma Ley[[18]](#footnote-18). En efecto, la norma señalada establece que los terceros interesados en el proyecto deben garantizar la iniciativa con un mecanismo de cobertura del riesgo y podrán participar en el procedimiento de selección que abrirá la entidad estatal, a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. Además, el originador del proyecto podrá mejorar la oferta del mejor calificado, en un plazo máximo de diez (10) días, contado desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas.

En suma, el procedimiento de selección aplicable a la escogencia de contratistas para asociaciones público-privadas de iniciativa pública es el de licitación pública, al igual que para las de iniciativa privada que requieran desembolso de recursos públicos. No obstante, tratándose proyectos de iniciativa privada que no requieren el desembolso de recursos públicos, el procedimiento de selección que se debe realizar cuando hay terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto es el de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, regulado en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias, así como en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y con las particularidades del artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015, si este no fuere el caso, el proceso de contratación sería el de contratación directa.

 De otra parte, en cuanto a los contratos que tengan por objeto la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 establece que estos deberán ser celebrados previo desarrollo de procedimientos de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía, según el valor del contrato[[19]](#footnote-19), a los cuales de conformidad con el artículo 2.2.2.1.8.2, les serán aplicables los factores de selección establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y lo previsto en el Título I del Decreto 1082 de 2015[[20]](#footnote-20).

De lo anterior se desprende que conforme al régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y supletiva o complementaria de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, establecido en el inciso tercero del artículo 3 de la precitada Ley, las asociaciones público-privadas de iniciativa pública y privada están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia. Dentro de dichas reglas se contemplan las referidas modalidades de selección como imperativas para la celebración de este tipo de esquemas asociativos.

Explicado lo anterior, en el siguiente acápite se analizará cómo incide el cambio de reglamentación referido al factor de evaluación de apoyo a la industria nacional, de acuerdo con el Decreto 680 de 2021 y, en consecuencia, determinar si las normas de este decreto le son aplicables a los procedimientos contractuales para la selección de contratistas de asociaciones público-privadas.

**2.3 Otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de *Servicios Nacionales* introducida por el Decreto 680 de 2021**

La Ley 816 de 2003, «por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, se adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales[[21]](#footnote-21).

 Es por eso por lo que el artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo indica que:

Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

En materia de contratación pública, dicho trato nacional es aplicable a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de conformidad con las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como a los extranjeros que cumplan con los criterios que se encuentran regulados en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del mismo Decreto[[22]](#footnote-22), en el que se establece la forma como se debe acreditar la existencia de trato nacional para extranjeros, dependiendo del fundamento de este y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable. Por otra parte, las entidades estatales deben aplicar en sus procedimientos de selección lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

Las entidades de que trata el artículo 1o asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

 De acuerdo con esta norma, las ofertas de bienes y servicios nacionales –o extranjeros con derecho a trato nacional– deberán beneficiarse de la obtención de un puntaje comprendido entre el 10 y el 20 %, según lo haya definido la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones, esto a modo de incentivo en favor de la industria nacional. Al respecto, conviene señalar que es la entidad pública la que, en el pliego de condiciones, debe fijar los criterios de asignación de puntaje –o factores de evaluación–. De este modo, cuenta con la discrecionalidad administrativa para determinar a partir de qué elementos o circunstancias realizará la calificación de las propuestas. Por supuesto, tal discrecionalidad no es absoluta, sino que está limitada por las normas de orden público, que incluyen reglas imperativas para la confección del pliego de condiciones y el deber de selección objetiva.

 Dentro de las reglas que restringen la discrecionalidad administrativa de las entidades estatales en la elaboración del pliego de condiciones se encuentra el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, este enunciado normativo establece que las entidades de la administración pública a las que se refiere el artículo 1 de la misma Ley deben incluir «[…] un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%)» para estimular la industria nacional, cuando se oferten bienes o servicios nacionales. Adicionalmente, la norma indica que si no se ofertan bienes o servicios nacionales, sino bienes o servicios *extranjeros*, «[…] la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos».

 Aclarado el alcance de la norma que promueve el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional en las compras públicas, es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado mediante el Decreto 680 de 2021. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación de la regla de origen contemplada en este Decreto. En primer lugar, el artículo 1 del mencionado Decreto modificó parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, para definir los *servicios nacionales* en forma distinta, así:

Servicios Nacionales. En los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda.

En los contratos que no deban cumplirse en Colombia, que sean prestados en el extranjero y estén sometidos a la legislación colombiana, un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano.

Los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista.

Conforme con la nueva noción de «Servicios Nacionales» introducida por dicha norma, si el contrato estatal debe cumplirse en Colombia, «[…] un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda». A continuación, dicho artículo establece que si el contrato estatal debe cumplirse en el extranjero y se somete a la normativa colombiana, «[…] un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano».

De acuerdo con esto, la noción de Servicios Nacionales no está determinada únicamente por la naturaleza jurídica de su prestador, ya que además de tratarse de una persona natural colombiana o jurídica conformada según la ley colombiana, se requiere que la propuesta, en principio, incluya en la ejecución del contrato la utilización de los bienes nacionales relevantes. En ese sentido, la definición de *Servicios Nacionales* remite a la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el mismo artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, para que el servicio sea nacional, sino que basta con que sea prestado «por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos». Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

En segundo lugar, el Decreto 680 de 2021 consagra, en el artículo 2, la metodología con fundamento en la cual la entidad estatal debe definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, el artículo 2 del Decreto en comento, establece:

Adiciónese el artículo 2.2.1.2.4.2.9. a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, cuyo texto será el siguiente:

«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.9. Puntaje para la promoción de la industria nacional en los Procesos de Contratación de servicios. La Entidad Estatal en los Procesos de Contratación de servicios, otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que oferte Servicios Nacionales o servicios extranjeros con trato nacional de acuerdo con la regla de origen aplicable.

En los contratos que deban cumplirse en Colombia, la Entidad Estatal definirá de manera razonable y proporcionada los bienes colombianos relevantes teniendo en cuenta:

1. El análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación;

2. El porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación; y

3. La existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.

La Entidad Estatal documentará este análisis y dejará constancia en los Documentos del Proceso».

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) «el análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la entidad estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación», ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. En aplicación de estos criterios, corresponde a la entidad estatal determinar en los respectivos pliegos de condiciones o documentos equivalentes, la metodología conforme con la cual se asignará el puntaje correspondiente por apoyo a la industria nacional.

 Ahora bien, para responder la consulta planteada, resulta necesario absolver las siguientes preguntas: ¿a los proyectos de asociación público – privada le aplica la regulación de apoyo a la industria nacional definida en la Ley 816 de 2003? ¿Se debe observar el Decreto 680 de 2021 en los procesos de selección de asociaciones público-privadas?

Para contestar estos interrogantes, es necesario revisar el ámbito de aplicación de la Ley 816 de 2003 contemplado en su artículo 1. De acuerdo con dicha norma, el primer criterio para definir la aplicabilidad de la referida ley, y en consecuencia para establecer la procedencia de incorporar factores de evaluación de apoyo a la industria nacional, consiste en determinar si las entidades estatales para seleccionar a sus contratistas deben realizarlo mediante un proceso de selección «competitivo», en términos de dicha ley, ya sea, a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, «excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta»[[23]](#footnote-23). En este sentido, a un proceso de contratación le aplicará la Ley 816 de 2003 cuando la contratación se realice mediante un proceso competitivo, en cambio, si se trata de aquellos en que no se requiere más de una propuesta –como es el caso de las causales de contratación directa– no aplicará esta normativa.

A su vez, el artículo 1 de la Ley 816 de 2003 establece un segundo criterio para precisar su ámbito de aplicación, esto es, que cobija a todas las entidades de la Administración Pública que la integran de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su observancia. Teniendo en cuenta lo anterior, la misma ley establece una excepción particular consistente en que se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las cuales se regirán por las normas del derecho privado de conformidad con preceptuado en las Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001. En otras palabras, el segundo criterio definido en la Ley 816 de 2003 consiste en identificar si se refiere a una empresa de servicios públicos domiciliarios, puesto que esta tipología de entidades no estaría obligada a aplicar lo dispuesto en la Ley 816 de 2003.

De esta manera, es posible afirmar que si en un procedimiento de selección para la escogencia de contratistas para materializar una asociación público-privada concurren los criterios anteriores, resulta aplicable el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Así, por ejemplo, en los eventuales contratos de asociación público-privada que adelante una entidad estatal será obligatorio incluir en los respectivos procesos de contratación un factor de evaluación de apoyo a la industria nacional. Lo anterior considerando que: i) estos contratos de concesión, por regla general, de acuerdo con lo explicado *ut supra*, se adelantan mediante procesos competitivos, en los cuales se requiere la presentación de varias ofertas y ii) la entidad que adelante estos procesos no tenga la naturaleza de empresa de servicios públicos domiciliarios.

Conforme con lo anterior, en los procesos de contratación adelantados para la contratación de asociaciones público-privadas es aplicable el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, siempre que éstos sean competitivos y adelantados por entidades que hagan parte de la Administración Pública, independientemente de su régimen, y no se trate de empresas de servicios públicos domiciliarios. Esto supone que, en tales procesos de selección, les corresponde a las entidades incluir como factor de evaluación, unas franjas de puntaje aplicables a quienes oferten bienes y servicios nacionales –de acuerdo con las nociones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015–, a los extranjeros con derecho a trato nacional, así como a los que se comprometan a incorporarlos durante la ejecución del contrato.

Es por esto por lo que la noción de *Servicios Nacionales* introducida en el Decreto 680 de 2021 es relevante para el desarrollo de procedimientos de selección para la contratación de asociaciones público-privadas, pues constituye un presupuesto para la aplicación del puntaje a que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Esto comoquiera que la «primera franja» del mismo –entre el 15% y 20% del total de los puntos– solo es atribuible a los oferentes que ofrezcan servicios nacionales, es decir, que además de ser prestados por colombianos incorporen los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad en el pliego de condiciones [[24]](#footnote-24), mientras que la segunda franja –entre el 5% y el 10%– será la opción para quienes no cumplan con dichos criterios, ni tengan derecho a trato nacional, pero que se comprometan a incorporar servicios nacionales en el desarrollo del contrato.

De acuerdo con este entendimiento, en los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vincula el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda. En los contratos que no deban cumplirse en Colombia, que sean prestados en el extranjero y estén sometidos a la legislación colombiana, un servicio es colombiano si es prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sin que sea necesario el uso de bienes colombianos o la vinculación de personal colombiano.

De este modo, para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional en los contratos de asociación público-privada que se cumplan en Colombia, no solo bastará que quien preste el servicio sea colombiano, sino que además incorpore durante la ejecución del contrato bienes nacionales relevantes. De otra parte, se reitera que, para identificar los bienes nacionales relevantes, la entidad estatal deberá tener en cuenta los siguientes criterios establecidos en el Decreto 680 de 2021: i) el análisis del sector económico y de los oferentes y toda aquella información adicional con la que cuente en la etapa de planeación, ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009.

En tales términos se concluye que en los proyectos de asociación público-privada que deban cumplirse en Colombia y que requiera *bienes* aplicará lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015. Por tanto, la entidad verificará las siguientes condiciones: i) que el que preste el servicio sea un colombiano y ii) emplee los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del proceso o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda, para ser beneficiario de los puntos asignados a este factor de calificación. Lo anterior sin perjuicio de tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de que los extranjeros con trato nacional pueden definir en su oferta si aplican la regla de origen establecida en el Decreto 680 de 2021 o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda.

En este sentido, la entidad estatal definirá en el pliego de condiciones la forma de asignar el puntaje de apoyo a la industria nacional, acogiendo los criterios definidos en el Decreto 680 de 2021. En consecuencia, la entidad estatal que adelante el proyecto de concesión tendrá la autonomía para determinar la forma más adecuada para identificar y establecer los bienes nacionales relevantes en sus procesos de contratación, según lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, sin perjuicio que pueda acudir facultativamente a la metodología creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública mediante la adopción de la Resolución 304 de 2021, tal y como se explicará a continuación.

***2.3.1.* Regulación del puntaje por apoyo a la industria nacional en procesos adelantados con documentos tipo tras la expedición del Decreto 680 de 2021**

La entrada en vigencia del Decreto 680 de 2021, al modificar la noción de *Servicios Nacionales* contenida en el Decreto 1082 de 2015, generó la necesidad de adecuar los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las potestades conferidas por la Ley 2022 de 2020. Esto comoquiera que en los documentos vigentes antes de dicho Decreto, el puntaje por apoyo a la industria nacional y la verificación de la procedencia del trato nacional se encontraban desarrolladas conforme con la antigua concepción de servicio nacional, por lo que para acceder al máximo puntaje bastaba con acreditar ser una persona natural colombiana o una persona jurídica constituida de acuerdo con la ley colombiana. Debido a esto, el parágrafo 2 del artículo 3 de tal decreto, contempló un plazo de tres meses para que esta Agencia realizara la adecuación de los documentos tipo.

En atención a este mandato, la Agencia Nacional de Contratación Pública, en desarrollo del procedimiento de actualización regulado por la Resolución 160 de 2020, expidió la Resolución 304 de 2021 «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente». Esta resolución modificó y adicionó los documentos base, formatos y matrices de los documentos tipo de infraestructura de transporte –en sus distintas modalidades–, agua potable y saneamiento básico e infraestructura social, introduciendo una metodología común a todos estos procedimientos, a partir de la cual en aplicación de la definición de Servicios Nacionales del Decreto 680, se otorga el puntaje por apoyo a la industria nacional en consideración al ofrecimiento de los bienes nacionales relevantes. De acuerdo con esta metodología, las entidades pueden establecer de manera objetiva los bienes nacionales que resultan relevantes para el desarrollo del objeto contractual, que al estar incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales son determinantes para la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional.

Ahora bien, debido a que en los proyectos de asociación público-privada no resulta obligatorio el contenido de los documentos tipo, debe señalarse que en los mismos corresponde a la entidad estatal determinar en el pliego de condiciones la metodología para asignar el puntaje, gozando de autonomía para identificar y establecer la forma en la cual se definirán los bienes nacionales relevantes del proceso de contratación, pero teniendo en cuenta los lineamientos fijado en el Decreto 680 de 2021.

Al respecto, es importante resaltar que las entidades estatales podrán utilizar facultativamente la metodología definida en la Resolución 304 de 2021 en procesos en los que no son aplicables los documentos tipo, por considerarlo una buena práctica contractual. Lo anterior debido a que uno de los principales elementos que crea dicha resolución es la «Matriz – Bienes relevantes», en la cual se describe la metodología para la identificación de bienes nacionales, que, conforme con un parámetro objetivo, se estiman relevantes para la ejecución del contrato. A continuación, se enuncian los pasos a seguir para la identificación de estos bienes:

1. Identificar dentro del Presupuesto Oficial los bienes o insumos requeridos para la ejecución del proyecto.
2. Calcular el ***valor parcial*** de los bienes o insumos identificados, para lo cual se deberá multiplicar el valor unitario de cada uno por la cantidad requerida.
3. Calcular el ***valor total*** realizando la sumatoriade los ***valores parciales*** de los bienes o insumos requeridos en el proyecto.
4. Determinar el ***porcentaje de participación***de cada bien o insumo usando su ***valor parcial*** divido por el ***valor total***, cociente que deberá ser multiplicado por cien (100). Para esto se aplicará la siguiente fórmula:



1. Determinar el ***porcentaje acumulado*** entendido como la sumatoria de los porcentajes de participación definidos en el numeral anterior. Para lo cual, se sugiere, organizar los bienes en una tabla, en orden descendente según su ***porcentaje de participación,*** disponiendo una fila por cada bien, una columna para el nombre o descripción del bien, otra para el ***porcentaje de participación*** y otra en la que se consignará el ***porcentaje acumulado.***

 Al bien o insumo que tiene la mayor participación, es decir, el que ocupa el primer lugar en el listado, le corresponderá como ***porcentaje acumulado*** el valor asignado como ***porcentaje de participación***. Para el segundo bien el ***porcentaje acumulado*** será la suma de su porcentaje de participación con el ***porcentaje acumulado*** asignado al bien que lo antecede en el listado. Del mismo modo, para el tercer bien el ***porcentaje acumulado*** será la suma de su porcentaje de participación con el ***porcentaje acumulado*** calculado para el anterior bien, y así sucesivamente deberá procederse respecto de los demás bienes hasta completar todos los porcentajes acumulados. Para mayor claridad se aplicará la siguiente fórmula.



Donde $participacion (\%)\_{i}$ son las frecuencias acumuladas o porcentaje de participación (%) calculado.

1. Identificar los bienes o insumos cuyo porcentaje acumulado esté dentro del ochenta por ciento (80 %) o un valor aproximado por debajo.
2. Identificar los bienes o insumos que cumplan con la condición anterior y en relación con estos se calculará el promedio de su porcentaje de participación. El promedio se calculará realizando la sumatoria de los porcentajes de participación de cada bien, resultado que luego se dividirá entre el número de bienes que se promedian.
3. Los bienes relevantes serán aquellos cuyo porcentaje de participación sea igual o superior al promedio calculado en el paso anterior.
4. Verificar si uno o varios bienes que cumplan con lo previsto en el numeral anterior se encuentran incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. De estar incorporados, la Entidad Estatal verificará al momento de publicar el pliego de condiciones definitivo que el registro del bien o insumo esté vigente hasta una fecha posterior a la del cierre del proceso. Para tal efecto, se entiende por fecha del cierre la publicada en el pliego de condiciones definitivo.
5. Si ninguno de los bienes relevantes están incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje a los Proponentes que se comprometan a vincular un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos de al menos el cuarenta por ciento (40 %) del personal requerido para el cumplimiento del contrato.

 Aplicando estos numerales las entidades estatales obligadas a observar los documentos tipo deben definir los bienes nacionales que resultan relevantes para el cumplimiento del objeto contractual, que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 680 de 2021, son relevantes para considerar un servicio como nacional y, por tanto, para determinar la aplicabilidad del puntaje por apoyo a la industria nacional regulado por el artículo 2 de la Ley 816 de 2003. Esta metodología, se reitera, solo es obligatoria para aquellos procesos de selección regidos por los documentos tipo a los que se refiere la Resolución 304 de 2021.

 No obstante, en razón a que los proyectos de asociación público-privada no aplican lo previsto en los documentos tipo, las entidades estatales para estos proyectos tendrán la autonomía para determinar la manera más adecuada de identificar los bienes nacionales relevantes del proceso atendiendo lo previsto en el Decreto 680 de 2021. No obstante, como se explicó, la entidad estatal podrá facultativamente acoger la metodología creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública en la Resolución 304 de 2021, como una buena práctica contractual, para identificar los bienes nacionales relevantes del proceso de contratación.

 En ese sentido, la metodología adoptada por esta Agencia mediante la Resolución 304 de 2021 no es obligatoria en los proyectos de asociación público-privada, por lo que la entidad estatal respectiva, al estructurar los procesos de selección, deberá atender en su autonomía y discrecionalidad, el mandato previsto en la Ley 816 de 2003 y en el Decreto 680 de 2021. Por ello, deberá incorporarse el factor de apoyo a la industria nacional, particularmente el referido a los servicios nacionales. En relación con el ajuste al término de servicios nacionales es importante indicar que para el otorgamiento de puntaje de apoyo a la industria nacional no solo bastará que el que preste el servicio sea colombiano, sino, además, que incorpore durante la ejecución bienes nacionales relevantes o excepcionalmente el otro criterio consistente en la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda. Lo anterior sin perjuicio de tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de que los extranjeros con trato nacional pueden definir en su oferta si aplican la regla de origen establecida en el Decreto 680 de 2021 o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda.

 Por último, cabe señalar que, tal y como se menciona en su petición, parte de la esencia jurídica de los contratos de asociación público-privada consiste en la transferencia de riesgos de la entidad pública al inversionista privado. Esto significa que algunos de los riesgos más importantes que se transfieren son los asociados a la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura y, por tanto, el concesionario tiene la libertad de contar con los proveedores que considere oportunos para la ejecución de los contratos. Así incluso lo reitera el Consejo de Estado en el concepto 2433 de 2020, al indicar que los contratos celebrados bajo el esquema de APP se caracterizan por «trasladar parte importante de los riesgos al contratista – por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento según la infraestructura según su capacidad y experiencia»[[25]](#footnote-25).

 Ahora bien, la transferencia de riesgos al contratista privado, particularmente, en las actividades de construcción, operación y mantenimiento, no es una razón suficiente para inaplicar lo dispuesto en la Ley 816 de 2003 y el Decreto 680 de 2021, debido a que tal y como se analizó previamente, los dos criterios establecidos por el legislador para determinar que aplican las normas de apoyo a la industria nacional consiste en que: i) se adelante un proceso competitivo y ii) que lo realice alguna entidad de la Administración Pública de las que la integran, según la Ley 489 de 1998, salvo que se trate de una empresa prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin que se contemplen más excepciones al respecto.

 Con fundamento en lo anterior, puede concluirse que la aplicación de los criterios de apoyo a la industria nacional regulados en la Ley 816 de 2003 y reglamentados en la actualidad por el Decreto 680 de 2021 son, por regla general, aplicables a las modalidades de selección plurales o «competitivas» reguladas en la Ley 1508 de 2012 y en sus normas especiales complementarias, por ser aquella una normativa especial en la materia, que no está regulada de manera distinta para los proyectos de asociación público-privada. Más aún –se reitera–, el artículo 1 de la Ley 816 de 2003 hace obligatoria la aplicación de tales criterios, a «cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta». No existe, por tanto, razón para plantear una exclusión que la norma no consagra, pues, como ha indicado la jurisprudencia, donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete[[26]](#footnote-26).

 Si en la Ley 1508 de 2012 hubiera alguna norma especial que exceptuara los procesos contractuales realizados para contratar proyectos de APP de aplicar los criterios para apoyar la industria nacional, podría decirse que la Ley 816 de 2003 y el Decreto 680 de 2021 no aplicarían a tales procedimientos. Sin embargo, no es así. La Ley 1508 de 2012 y su reglamentación guardan silencio al respecto. En consecuencia, se colige que la regulación del apoyo a la industria nacional y de la regla de origen también resulta aplicable en dichos proyectos.

**3. Respuesta**

«[...] ¿cuál es la aplicación e interpretación del Decreto 680 de 2021 en los contratos de APP tipificados en la Ley 1508 de 2012, especialmente, en lo referente a la definición de “Servicios nacionales”?»

Conforme con lo expuesto, en los procesos de selección que se realicen para la escogencia de contratistas de proyectos de Asociación Público - Privada –APP–, adelantados mediante procesos competitivos por entidades que hagan parte de la Administración Pública –que no sean empresas de servicios públicos domiciliarios–, son exigibles las disposiciones de la Ley 816 de 2003. Esto significa que en estos procesos debe aplicarse el puntaje por apoyo a la industria nacional regulado en el artículo 2 del Decreto 680 de 2021. El ofrecimiento de *Servicios Nacionales* que se ajusten a la definición de dicho decreto es presupuesto para el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional, por lo que las entidades que adelantan este tipo de procedimientos deberán ceñirse a la noción de *Servicios Nacionales* del Decreto 680 de 2021, en lo relativo a la asignación del referido puntaje.

 Debido a que en los proyectos de asociación público-privadas no se aplica lo previsto en los documentos tipo, las entidades estatales para este tipo de proyectos tendrán la autonomía para determinar la manera más adecuada de identificar los bienes nacionales relevantes del proceso atendiendo lo previsto en el Decreto 680 de 2021, tal como se explicó en las consideraciones. No obstante, la entidad estatal podrá facultativamente utilizar la metodología creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública en la Resolución 304 de 2021, como una buena práctica contractual para identificar los bienes nacionales relevantes del proceso de contratación, si así lo decide en desarrollo de su autonomía y discrecionalidad. En todo caso, en relación con el ajuste al término de *Servicios Nacionales* es importante indicar que para el otorgamiento de puntaje de apoyo a la industria nacional no solo bastará que el que preste el servicio sea colombiano, sino que además deberá verificarse que se comprometa a incorporar durante la ejecución del contrato los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad, o, en su defecto que se incorpore la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez AldanaGestor T1 – Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisaron: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 – Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-1)
2. La doctrina ha señalado que «[…] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público privada (o en términos anglosajones *public private partnerships –*PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible» (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38). [↑](#footnote-ref-2)
3. BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382 [↑](#footnote-ref-4)
5. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-663 del 30 de noviembre de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000009345. Radicado de salida No. 2202013000011799.

 [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1508 de 2012 «Artículo 3o. Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

»También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

»En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

»Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

»PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

»Parágrafo 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

»Parágrafo 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores». [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1508 de 2012 «Artículo 9o. Procedimiento de selección en proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública». [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1508 de 2012 «Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

»Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

»El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados. El reglamento también podrá establecer mecanismos por medio de los cuales se pueden excluir a precalificados cuando estos no participen en la realización de estudios adicionales».

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 1508 de 2012 «Artículo 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada, de iniciativa pública. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

»11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

»11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

»11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

»11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

»11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto». [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1508 de 2012 «Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

»Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

»12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

»12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato».

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 1508 de 2012 «Artículo 13. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

»El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modiﬁquen o adicionen». [↑](#footnote-ref-12)
13. Este artículo regula la estructuración de proyectos por particulares, de la siguiente manera: «Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

»El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

»En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

»Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

»En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

»En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

»No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

»Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable». [↑](#footnote-ref-13)
14. Es una oferta, porque cumple con los requisitos del artículo 845 del Código de Comercio, dado que es un «proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra». [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 16 expresa: «Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

»Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

»Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

»Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública». [↑](#footnote-ref-15)
16. El artículo 17 dispone: «Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

  »En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

»Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la presente ley».

 [↑](#footnote-ref-16)
17. Que dispone: «Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

»En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

»Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas». [↑](#footnote-ref-17)
18. Esta norma dispone: «Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

»En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

»Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

»Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto». [↑](#footnote-ref-18)
19. Ley 1508 de 2012 «Artículo 33. Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías.  La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.

»En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría». [↑](#footnote-ref-19)
20. Decreto 1082 de 2015. «Artículo 2.2.2.1.8.2. Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías. De conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, la contratación de la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los mismos, se realizarán bajo el procedimiento de Selección Abreviada de Menor Cuantía, salvo que su monto no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía para la entidad estatal competente, caso en el cual, se aplicará el procedimiento previsto para la mínima cuantía en el en el Libro 2, Parte 2, Título I del presente decreto.

»Los factores de selección del contratista serán los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y lo previsto en el Título 1 del presente decreto». [↑](#footnote-ref-20)
21. Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. Año X – No. 642, 11 de diciembre de 2001. Disponible en: [GACETAS DEL CONGRESO (imprenta.gov.co)](http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/) [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (e) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

»El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-22)
23. Ley 816 de 2003. «Artículo 1. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

»Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001». [↑](#footnote-ref-23)
24. Lo anterior sin perjuicio de tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de que los extranjeros con trato nacional pueden definir en su oferta si aplican la regla de origen establecida en el Decreto 680 de 2021 o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda: «Los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista». [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2433 del 2020. M.P. Édgar González López [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-26)