**CCE-DES-FM-17**

**PLIEGO DE CONDICIONES – Contenido – Características**

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado, frente a la selección objetiva, que la entidad no puede establecer reglas subjetivas, sino que deben ser razonables, de acuerdo con las normas que rigen la actividad contractual. En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que la autonomía que tienen las entidades frente a la configuración de los pliegos de condiciones y los criterios de selección de los procedimientos de contratación no es absoluta, y debe tener relación con los fines de la contratación estatal.

De igual forma, el Consejo de Estado ha determinado que el pliego de condiciones es ley para las partes, y en él se debe establecer la regulación del procedimiento de contratación, conforme a la ley, garantizando la selección objetiva del contratista. El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, el cual debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de la presentación y manejo de las ofertas, y v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato.

**EXPERIENCIA – Características – Proponente plural**

Lo anterior es destacable porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes; y precisamente de la experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, y que para la contratación pública es importante, ya que garantiza que no habrá improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual menciona que la experiencia puede ser obtenida directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales. En este caso, la experiencia no deja de ser personal sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde, por ser esquemas asociativos, la experiencia es compartida.

**PROPONENTE PLURAL – Requisitos habilitantes**

De esta manera, la Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas naturales o jurídicas se agrupen para la presentación de una propuesta y la celebración de un contrato con una entidad estatal, conservando su individualidad jurídica, es decir que el proponente plural no es una persona jurídica, y los requisitos habilitantes deben ser evaluados respecto de cada miembro, sin que ello desconozca la finalidad de esta figura, que es unir esfuerzos. Así pues, la experiencia debe ser evaluada para cada miembro del proponente plural y de acuerdo con lo registrado en su RUP, por lo que es necesario establecer la forma en la que las entidades computan este requisito, para así evaluarlo y verificar el cumplimiento del proponente plural, siempre y cuando sus integrantes cumplan con los requisitos habilitantes exigidos en el procedimiento.

**PROPONENTE PLURAL – Experiencia – Pliego de condiciones – Conflicto**

En consecuencia, la entidad puede establecer como regla del pliego de condiciones que cada miembro del proponente plural deba acreditar la experiencia requerida en el procedimiento, o la sumatoria de la experiencia como lo sugirió el Manual, o que un miembro del proponente plural acredite la experiencia, ya que ninguna de estas opciones está prohibida por las normas aplicables, y la facultad discrecional de la entidad para señalar las reglas de su procedimiento, que son ley para la entidad y para quienes se presenten, permite que esta decida la forma de acreditación de la experiencia por los proponentes plurales.

Es cierto que aquí se presenta una tensión entre la discrecionalidad de la entidad para exigir la experiencia y el derecho de los proponentes de decidir la forma de presentar oferta en un procedimiento de selección, sea individualmente o conformando un proponente plural, ya que, en principio, si deciden ser parte de un consorcio o unión temporal, pueden fijar las reglas de la figura en el documento privado de constitución, determinando los aportes de cada miembro y la forma en la que van a colaborarse mutuamente para participar y ejecutar el contrato

**PROPONENTE PLURAL – Experiencia – Pliego de condiciones – Ponderación**

Lo anterior evidencia que, de acuerdo con las exigencias del test de ponderación, la entidad podría exigir que los miembros de un proponente plural aporten la experiencia y no solo uno, por considerar que esto beneficia la ejecución del contrato, lo cual es razonable si se recuerda la solidaridad que existe entre quienes conforman la figura asociativa, es decir, que a cada miembro se le puede exigir el cumplimiento total del contrato y debe estar en posición de responder por las obligaciones, sin depender de los otros. Por tanto, la entidad debe asegurar que la solidaridad se pueda materializar para garantizar los fines estatales, que son un interés superior frente al interés de los particulares de tener negocios con el Estado. El Consejo de Estado confirma las consideraciones de este concepto, señalando la necesidad de que la entidad busque el cumplimiento del contrato fijando los requisitos que sean necesarios para lograrlo.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 07 Enero 2022

Señor

**Peticionario anónimo**

Ciudad

**Concepto C – 701 de 2022**

**Temas:** PLIEGO DE CONDICIONES – Contenido – Características / EXPERIENCIA – Características – Proponente plural / PROPONENTE PLURAL – Requisitos habilitantes – Experiencia

– Pliego de condiciones – Conflicto – Ponderación

**Radicación:** Respuesta a consulta P20211126010999

Estimado peticionario:

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta del 26 de noviembre de 2021.

* **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «De acuerdo con el manual de requisitos habilitantes, la experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural. ¿Lo anterior se puede tener en cuenta el % de participación de cada una de las empresas que conforman dicha unión temporal? Es decir que la experiencia será evaluada de acuerdo con el porcentaje de participación de los integrantes del proponente plural (conforme al documento de conformación de la figura asociativa). donde todos los integrantes deberán acreditar experiencia y la sumatoria de dichas certificaciones debe ser sea igual o superior a el valor expresado es SMMLV del proceso que se adelanta».

* **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006736 del 15 de noviembre de 2011, reiterado

y desarrollado en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C

– 002 del 12 de febrero de 2020, C – 089 del 4 de marzo de 2020 y C – 099 del 4 de abril de 2020 estudió la experiencia y los proponentes plurales. La tesis desarrollada se expone a continuación.

La contratación pública involucra, entre otras relaciones, la interacción entre la Administración y quienes buscan ofrecerle al Estado los bienes, obras o servicios que requiere para satisfacer sus necesidades, y en esa medida cumplir con el fin principal que es satisfacer el interés general. Por tanto, esa relación entre el Estado y los proveedores se enmarca en las reglas establecidas en la normativa de la contratación pública, con el fin de procurar un equilibrio y el cumplimiento de sus principios, entre otros objetivos.

Por consiguiente, la normativa contractual contiene disposiciones que le indican a la entidad las actividades y documentos que debe desarrollar en sus procedimientos contractuales. Con base en ello los proveedores pueden conocer los aspectos del objeto de la contratación para presentar sus ofertas, teniendo en cuenta los parámetros que define la entidad en la etapa de planeación del procedimiento, de acuerdo con las normas relacionadas con la adquisición de que se trate, y que quedan definidos en el pliego de condiciones1. La Ley 80 de 1993, en el artículo 24, regula el principio de transparencia, sobre el cual se indican reglas para el contenido del pliego de condiciones:

[...]

5o. En los pliegos de condiciones:

* Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
* Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

[...]

* No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
* Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

[...]

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado, frente a la selección objetiva, que la entidad no puede establecer reglas subjetivas, sino que deben ser ~~razonables, de acuerdo c~~on las normas que rigen la actividad contractual2

1 Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados

frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

»[...]

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

»[...]».

2 Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis: «De dichos textos (artículos 24 y 29 derogado de la Ley 80 de 1993) se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la

. En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que la autonomía que tienen las entidades frente a la configuración de los pliegos de condiciones y los criterios de selección de los procedimientos de contratación no es absoluta, y debe tener relación con los fines de la contratación estatal:

Si bien la Administración goza de una amplia facultad de configuración en relación con los requisitos, las exigencias y, en general, con las reglas que se adopten mediante los pliegos de condiciones, de acuerdo con sus particulares necesidades, no es menos cierto que esa facultad de configuración está enmarcada por y para los fines de la contratación estatal y, por consiguiente, los criterios de selección susceptibles de calificación deben ser congruentes con ellos y comprender los elementos necesarios para llevar a cabo el contrato en las condiciones de modo, tiempo y lugar requeridas por ella. La objetividad que impone y reclama la Ley 80 en la contratación estatal, en varias de sus disposiciones, sólo se cumple a condición de que existan en los pliegos de condiciones o términos de referencia reglas necesarias, claras, objetivas y precisas de cara a la finalidad del contrato3.

De igual forma, el Consejo de Estado ha determinado que el pliego de condiciones es ley para las partes, y en él se debe establecer la regulación del procedimiento de contratación, conforme a la ley, garantizando la selección objetiva del contratista4. El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 establece el contenido mínimo del pliego de condiciones, de acuerdo con lo que la entidad adquirirá para satisfacer sus necesidades de bienes, obras o servicios, el cual debe tener la información desagregada, principalmente en los siguientes ítems: i) identificación detallada del objeto contractual y con el clasificador de bienes y servicios, ii) modalidad y criterios de selección, iii) valoración económica del bien, obra o servicio, iv) reglas de

mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual».

3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17.366. C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de julio de 2013. Exp. 25.642. C.P. Enrique Gil Botero: «Concreta o materializa los principios de planeación contractual y de trasparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar».

la presentación y manejo de las ofertas, y v) riesgos y garantías, entre otros aspectos del contrato5.

Para resolver su consulta, relacionada con la acreditación de la experiencia por proponentes plurales: i) se expondrá la regulación sobre los requisitos habilitantes y su acreditación, analizando el derecho de las entidades de establecer las reglas y requisitos de sus procedimientos de contratación en el pliego de condiciones; ii) se revisará el derecho de los proveedores de conformar proponentes plurales para presentar oferta y

iii) se determinará si es posible que la entidad exija que cada miembro del proponente plural acredite la experiencia exigida en el procedimiento.

* **Reglas y requisitos del procedimiento contractual: la experiencia y su acreditación**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia, y cuyo propósito es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal6. En ese sentido, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de selección, es autónoma para requerir la experiencia necesaria de acuerdo con el objeto contractual que se pretende satisfacer, para lo cual la entidad, según el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y

información:

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

»1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y

Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

»2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

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

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

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

»6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

»7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

»8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

»9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

»10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

»11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

»12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

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

»14. El Cronograma».

6 Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

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

»[...]».

sus componentes como la identificación de riesgos y el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar7.

La experiencia que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos, se verifica con el Registro Único de Proponentes –RUP–8, cuando este certificado sea exigible de acuerdo con la ley. En este constan los requisitos habilitantes, que se evalúan exclusivamente con este documento, que es su plena prueba, sin que sea posible para la entidad o el proponente solicitar o aportar otra documentación9. Así también lo confirmó el Consejo de Estado10.

Respecto de la experiencia, esta debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente; y esos documentos deben codificarse con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel11. De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico.

La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes».

7 Decreto 1082 de 2015: «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».

8 Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

»1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.

»[...]».

9 Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»[...]

»El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

»No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa».

10 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Exp. 31.753. C.P. Mauricio Fajardo Gómez: «El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como “plena prueba” de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio según se observa de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 1150».

11 Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

»1. Si es una persona natural:

»1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

»1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados el manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación, donde se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos orientadores sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos, en este caso, para exigir la experiencia. Sobre el particular, para la experiencia, como requisito habilitante señalado en su consulta, el Manual se centra en una de sus cualidades y es que es «personal», lo cual significa que la experiencia se tiene por la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar el objeto contractual, que la entidad pretende satisfacer ahora12.

Lo anterior es destacable porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes; y precisamente de la experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, y que para la contratación pública es importante, ya que garantiza que no habrá improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual menciona que la experiencia puede ser obtenida directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales. En este caso, la experiencia no deja de ser personal sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde, por ser esquemas asociativos, la experiencia es compartida. Finalmente, se pueden extraer las siguientes conclusiones relevantes para evaluar a los proponentes plurales, respecto de la experiencia:

* La experiencia es personal, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no participar y tener una experiencia que no es propia.
* La experiencia se puede compartir, sin que implique que la que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas ̶ consorcios y uniones temporales ̶ que se verificará en el documento privado de constitución.
* La experiencia se puede transferir, y es diferente a compartir, puesto que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita esa experiencia como propia, lo cual es el caso de las figuras y reformas estatutarias como transformación, fusión y escisión.

12 Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: «La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

»Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

»[...]

»La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

»La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

No obstante, las entidades son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer las reglas de acreditación de la experiencia de los proponentes, siempre que estas sean proporcionales.

* **La conformación de proponentes plurales frente a las exigencias del pliego de condiciones**

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, quienes pueden ser proveedores del Estado son las personas consideradas legalmente capaces, como las personas naturales y jurídicas13, que de acuerdo con el Código Civil tienen capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, por ende tienen capacidad jurídica. Además, se advierte que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define al consorcio y a la unión temporal como la unión de dos o más personas que presentan la misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, pero su responsabilidad por las sanciones es diferente14. Por su parte, la Corte Constitucional señala que el consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado como un instrumento de cooperación entre empresas, que les permita unir esfuerzos para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica15.

De esta manera, la Ley 80 de 1993 permite que dos o más personas naturales o jurídicas se agrupen para la presentación de una propuesta y la celebración de un contrato con una entidad estatal, conservando su individualidad jurídica, es decir que el proponente plural no es una persona jurídica, y los requisitos habilitantes deben ser evaluados respecto de cada miembro, sin que ello desconozca la finalidad de esta figura, que es unir esfuerzos. Así pues, la experiencia debe ser evaluada para cada miembro del proponente plural y de acuerdo con lo registrado en su RUP, por lo que es necesario establecer la forma en la que las entidades computan este requisito, para así evaluarlo y verificar el cumplimiento del proponente plural, siempre y cuando sus integrantes cumplan con los requisitos habilitantes exigidos en el procedimiento.

El manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación, de Colombia Compra Eficiente, sugiere que se debe sumar lo acreditado por cada miembro del consorcio o de la unión temporal. No obstante, teniendo en cuenta su consulta, se hace necesario destacar que las consideraciones de este documento

13 Ley 80 de 1993: «Artículo 6. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces […] y los consorcios y uniones temporales».

14 Ley 80 de 1993: «Artículo 7. Entidades a contratar. Para los efectos de esta ley se entiende por:

»Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para Ia adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de Ia propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectaran a todos los miembros que lo conforman.

»Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de as obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con Ia participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal

»[...]».

15 Corte Constitucional. Sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell: «El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

»El artículo 7o. de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema

de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales».

han señalado que la entidad tiene discrecionalidad para fijar las reglas del procedimiento de selección en el pliego de condiciones, que es ley para las partes y que surge del estudio de la necesidad que se pretende satisfacer, lo cual es un límite a la discrecionalidad de la entidad, porque las condiciones deben ser razonables, proporcionales al objeto contractual y objetivas, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 citado.

En consecuencia, la entidad puede establecer como regla del pliego de condiciones que cada miembro del proponente plural deba acreditar la experiencia requerida en el procedimiento, o la sumatoria de la experiencia, como lo sugirió el manual, o que un miembro del proponente plural acredite la experiencia, ya que ninguna de estas opciones está prohibida por las normas aplicables. Esta facultad discrecional de la entidad para señalar las reglas de su procedimiento, que son ley para la entidad y para quienes se presenten, permite que esta decida la forma de acreditación de la experiencia por los proponentes plurales.

Es cierto que aquí se presenta una tensión entre la discrecionalidad de la entidad para exigir la experiencia y el derecho de los proponentes de decidir la forma de presentar oferta en un procedimiento de selección, sea individualmente o conformando un proponente plural, ya que, en principio, si deciden ser parte de un consorcio o unión temporal, pueden fijar las reglas de la figura en el documento privado de constitución, determinando los aportes de cada miembro y la forma en la que van a colaborarse mutuamente para participar y ejecutar el contrato.

En otras palabras, pareciera desdibujarse el propósito de los proponentes plurales, que son conformados por quienes de forma individual no cumplen los requisitos mínimos, y por ende se unen para que, si un miembro no tiene experiencia, otro miembro la aporte y sea viable su participación en la contratación; pero si la entidad exige que todos tengan experiencia no es posible la colaboración mutua propia de estas formas de asociación. Además, la ley no prohíbe que un miembro aporte la experiencia, porque precisamente ese es el objetivo de los proponentes plurales, lo cual entra en conflicto con la discrecionalidad de la entidad para establecer los requisitos del procedimiento y su alcance.

Sin embargo, la tensión entre el derecho de los oferentes de conformar proponentes plurales y decidir sus aportes, y la facultad discrecional de la entidad para señalar las reglas del procedimiento de selección, debe resolverse ponderando estos derechos en cada caso, atendiendo al principio de proporcionalidad16. De este modo, en ciertos casos se podría considerar proporcional que la entidad estatal exija el 100% de la experiencia a cada uno de los miembros del consorcio o de la unión temporal, y, en tales eventos prevalecerá la autonomía de la voluntad sobre el derecho de los

16 Principio que se compone a su vez de «tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas que ha de adoptar la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad correspondiente a la Administración; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable, dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz para satisfacer el fin de interés público al cual apunta, pero menos limitativa del otro u otros principios, derechos o intereses en tensión; y en tercer lugar, *el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien jurídico que la medida prohíja» (MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 34).

particulares, derivado de la libertad de asociación, para disponer las reglas de participación en los consorcios y uniones temporales. Ello, por cuanto la entidad abre un procedimiento contractual porque tiene una necesidad que debe satisfacer, y que está llamada a conocer, ya que la ley le exige adelantar una planeación adecuada que soporte la contratación.

En ese sentido, al actuar en el mercado como compradora, puede decidir el bien, obra o servicio que satisface su necesidad y en qué condiciones lo quiere adquirir, de acuerdo con el resultado de la planeación, para lograr optimizar sus recursos; y los vendedores deben sujetarse a esto, puesto que las dinámicas del mercado determinan la posición de sus actores, sin que ello obste para que los proveedores realicen recomendaciones a la entidad. Sin embargo, en otros casos podría ser una medida más proporcional que la entidad no exija el 100% de la experiencia a cada uno de los miembros de la forma asociativa, porque analizado este requisito en relación con el objeto, el alcance técnico y, en general los aspectos del contrato, no resulta necesario dicho requisito.

Lo anterior evidencia que, de acuerdo con las exigencias del test de ponderación, la entidad podría exigir que los miembros de un proponente plural aporten la experiencia y no solo uno, por considerar que esto beneficia la ejecución del contrato, lo cual es razonable si se recuerda la solidaridad que existe entre quienes conforman la figura asociativa, es decir, que a cada miembro se le puede exigir el cumplimiento total del contrato y debe estar en posición de responder por las obligaciones, sin depender de los otros. Por tanto, la entidad debe asegurar que la solidaridad se pueda materializar para garantizar los fines estatales, que son un interés superior frente al interés de los particulares de tener negocios con el Estado17. El Consejo de Estado confirma las consideraciones de este concepto, señalando la necesidad de que la entidad busque el cumplimiento del contrato fijando los requisitos que sean necesarios para lograrlo:

Podrá entonces la Administración determinar en los pliegos de condiciones requisitos de esa cualificación, esto es OBJETIVOS, tendientes a proteger a la Administración Contratante y a evitar su desmedro futuro, [...] previniendo así que la solidaridad legal de los consorcios y uniones temporales no se torne ineficaz. Es así como cada consorciado y cada uno de los unidos temporalmente tiene una capacidad real individual, que no tiene alcance real de garantía efectiva sobre la solidaridad fijada en la ley a favor del contratante,

17 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006. Exp. 15.188. C.P. Maria Elena Giraldo Gomez: «[...] la libre concurrencia como principio no absoluto, garante de la participación de todas las personas, quienes a más de interesadas deben acreditar la habilitación que para tal efecto determine la entidad contratante que propende exclusivamente por encontrar el proponente idóneo. Interesante resulta el planteamiento doctrinario de excepción al principio general de concurrencia, que deriva de la necesidad de asegurar la capacidad y la idoneidad del contratista, las calidades técnicas, económicas, financieras y profesionales del contratista en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual: “es legítimo que atendiendo las características propias del objeto del contrato, la entidad pública circunscriba la participación a una determinada categoría de contratistas... esta restricción será válida siempre y cuando, sea razonable y adecuada al objeto del contrato. Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio».

precisamente porque en esas formas de asociación si bien se ve HACIA FUERA la capacidad del consorcio y de la unión temporal, resulta que HACIA ADENTRO del CONSORCIO y de la UNIÓN TEMPORAL, se aprecia la real capacidad de cada uno de sus miembros, por razones obvias, siempre inferior a la de la asociación, por consorcio o por unión temporal. La solidaridad fijada en la ley para los consorciados y para los unidos temporalmente, según el caso, puede dar lugar al requerimiento administrativo o a la declaración judicial de exigir el cumplimiento o la indemnización, según el evento, y muy seguramente en la realidad material, la previsión legal de solidaridad no tendrá la eficacia buscada por el legislador, en la medida que acrezca el número de participantes, pues si bien a mayor número de participantes es mayor la capacidad del consorcio o de la unión temporal, también a mayor el número de participantes es menor la capacidad individual de estos y, por tanto, aunque la ley predica la solidaridad, que es indiscutible, la realidad de eficacia se torna en improbable en la medida en que la capacidad de cada consorciado y de cada una de las personas que integran la unión temporal es menor. Por ello aunque la ley los hace solidarios, para los aspectos vistos, la solidaridad jurídica prevista en la ley no augura, por si sola, la eficacia material de ese tipo de obligaciones, porque cada consorciado o cada integrante de la unión temporal tiene medida cada una de sus capacidades18.

Para finalizar, como argumento adicional, es pertinente mencionar el desarrollo de los negocios que se rigen por el derecho privado y la forma de contratación de las empresas privadas, ya que allí se privilegia el interés del comprador en el cumplimiento de la prestación y se busca la mejor posición del contratista para cumplir. En este contexto, es preferible que todos los miembros de un proponente plural tengan experiencia a que uno la aporte, porque existe mayor garantía de un mejor cumplimiento, al incrementarse el conocimiento en la ejecución de las obligaciones, existiendo un menor riesgo de improvisación o sobrecostos por errores que se evitan con personas expertas en la materia. Lo anterior sirve de ejemplo para los negocios del Estado, que se pueden desarrollar en igualdad de condiciones con la empresa privada, teniendo en cuenta que esta busca la mayor calidad, lo cual también merece el sector público por tratarse de recursos de la ciudadanía.

Las razones expuestas resuelven la tensión de derechos en favor de la entidad y su facultad discrecional de fijar las reglas del pliego de condiciones, puesto que se busca el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, como objetivos superiores al derecho de los proponentes de asociarse para presentar ofertas en los procedimientos contractuales del Estado, ya que este derecho se limita razonablemente cuando la entidad señala condiciones que buscan una mejor ejecución del contrato y evitar riesgos de incumplimiento que afectan derechos colectivos.

* **Respuesta**

«De acuerdo con el manual de requisitos habilitantes, la experiencia del oferente plural (unión temporal, consorcio y promesa de sociedad futura) corresponde a la suma de la experiencia que acredite cada uno de los integrantes del proponente plural. ¿Lo anterior se puede tener en cuenta el %

18 Ibidem.

de participación de cada una de las empresas que conforman dicha unión temporal? Es decir que la experiencia será evaluada de acuerdo con el porcentaje de participación de los integrantes del proponente plural (conforme al documento de conformación de la figura asociativa). donde todos los integrantes deberán acreditar experiencia y la sumatoria de dichas certificaciones debe ser sea igual o superior a el valor expresado es SMMLV del proceso que se adelanta».

La entidad tiene la facultad discrecional de señalar los requisitos y reglas del procedimiento de selección en el pliego de condiciones, los cuales deben ser razonables y proporcionales al objeto contractual. Dicha autonomía puede, en principio, entrar en tensión con el derecho de los proponentes de asociarse mediante consorcios o uniones temporales y decidir los aportes de cada miembro. Por ello, la entidad debe efectuar un test de ponderación, para decidir si en el caso concreto es proporcional y adecuado exigir que cada uno de los miembros de la forma asociativa acredite la experiencia exigida en el procedimiento de selección o si basta con que alguno de ellos lo haga o la experiencia debe ser proporcional al porcentaje de participación dentro del proponente plural. Como se indicó, dicha ponderación debe efectuarse en cada supuesto, considerando el objeto, el alcance, las obligaciones y, en general, las características del contrato.

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

Atentamente,



Elaboró: Nathalia Andrea Urrego Jiménez

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Montoya Penagos

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE