CCE-DES-FM-17

**SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1.150 de 2007, indicando que «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». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

**EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto**

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

**FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites**

Pero, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. Precisamente, dentro de dichas disposiciones se halla el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección.

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población. Es más, según el Consejo de Estado, ir en contra de los factores de desempate establecidos expresamente genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993.

**LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de dicha Ley.

En cuando al contenido de la Ley en comento, es importante señalar que, como lo expresa su artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –«mipymes»–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como la consagración de incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía, y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 2022 de 2020**

[…], debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio, por lo que su expedición es reciente. En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020 «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión». Asimismo, con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020». De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020». Adicionalmente, entró en vigencia la Resolución 256 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico», la Resolución 249 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano» y la Resolución 269 de 2020, «Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos».

**INALTERABILIDAD – Documentos tipo – Regla vigente – Contenido**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los pliegos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad de los Documentos Tipo. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad se encuentra en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Por vía reglamentaria, también quedó consignado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.

**FACTORES DE DESEMPATE – Inalterabilidad – documentos tipo – Decaimiento – Pleno derecho**

Las entidades estatales obligadas a adelantar sus procesos de selección con base en los documentos tipo deben respetar la *regla de la inalterabilidad* prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 y en las diversas resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para implementar dichos documentos. Pero, esta regla no se opone al deber de acatar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pues este comenzó a regir a partir del 31 de diciembre de 2020. En consecuencia, las entidades estatales deben incluir en sus pliegos de condiciones particulares los factores de desempate previstos en el mencionado artículo 35, porque desde que esta norma inició su vigencia se incorporó de pleno derecho a los documentos tipo, en la medida en que produjo la pérdida de fuerza ejecutoria –prevista en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011– tanto del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, como del numeral 4,6 de los documentos tipo, que a su vez se había fundamentado en el referido artículo del Decreto 1082 de 2015.

De manera que cuando las entidades estatales incorporan a sus pliegos de condiciones particulares o documentos equivalentes los factores de desempate regulados hoy en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 *no* alteran los documentos tipo –y, en tal sentido, no atentan contra la regla de la inalterabilidad–, pues el Legislador ya modificó dichos documentos. Esto por cuanto a través de una norma de mayor jerarquía –el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020– derogó la regulación hasta ese momento vigente en el Decreto 1082 de 2015 y en las demás disposiciones reglamentarias. Los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente son reglamentos *secundum legem*, supeditados al Decreto 1082 de 2015, y, por lo tanto, al quedar derogada la regulación de los factores de desempate en dicho Decreto, ha perdido fuerza ejecutoria el tratamiento normativo de los factores de desempate contenido en los documentos tipo, que se inspiraba en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Así las cosas, al decaer los apartados de los documentos tipo que regían los factores de desempate, automáticamente se integra a tales documentos el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque tiene eficacia directa e inmediata, dado que esta no se encuentra supeditada a la expedición de un decreto reglamentario por parte del gobierno nacional.



Bogotá, 27 Mayo 2021

Señora

**Mayra Alejandra Cisneros Acua**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C ‒ 235 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo – Ley 2022 de 2020 / INALTERABILIDAD – Documentos tipo – Regla vigente – Contenido / FACTORES DE DESEMPATE – Inalterabilidad – documentos tipo – Decaimiento – Pleno derecho. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210414003052 |

Estimada señora Cisneros:

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 14 de abril del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

De acuerdo con la reglamentación de los pliegos tipo, los mismos no pueden ser

modificados ni alterados por la Entidad Estatal, sin embargo hay apartes del documento tipo que permite ser modificado acorde con la necesidad de la entidad estatal pero solo se podrá modificar lo que el mismo documento tipo autorice, no obstante, revisados los criterios de desempate el pliego tipo establece unos criterios y en ningún momento permite adicionar o suprimir algún criterio. Así las cosas surge la duda de la aplicación de la Ley 2069 de 2020 en la cual se establecen criterios de desempate en los procesos de contratación pública.

De acuerdo con lo anterior [¿] es posible adicionar criterios de desempate establecidos en la Ley 2069 de 2020 y en caso de haber contradicciones, cual criterio prevalecería, el del documento tipo o lo establecido en la ley 2069 de 2020?».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015, iv) fundamento normativo de los pliegos de condiciones tipo obligatorios adoptados hasta la actualidad y v) vigencia de la regla de inalterabilidad de los pliegos tipo frente a los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

 Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De otra parte, esta Agencia se ha pronunciado sobre la aplicación de los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos C-009, C-012, C-013 , C-015, C-016 y C-026 del 4 de febrero de 2021, C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-005 y C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098, C-028, C-081 y C-087 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2021, C-044 del 3 de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C-055 y C-061 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-136, C-138 y C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021 y C-176 del 19 de abril de 2021. Particularmente, en los Conceptos C-035 del 2 de marzo de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021 y C-139 del 27 de abril de 2021, estudió la aplicabilidad de los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento en procesos adelantados con documentos tipo. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación:

**2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «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». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[1]](#footnote-2).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[2]](#footnote-3). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-4).

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

**2.2. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020**

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84 de dicho cuerpo normativo, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación […]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida el decreto correspondiente que permita la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto, a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas[[4]](#footnote-5), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[5]](#footnote-6). De igual forma, se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[6]](#footnote-7), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[7]](#footnote-8) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[8]](#footnote-9).

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dicha norma.

**2.3. Derogatoria producida por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 a los factores de desempate del Decreto 1082 de 2015**

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre algunos numerales de dicho artículo. La Agencia se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurran dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el parágrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional». En un sentido similar, el parágrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. […]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el parágrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[…] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[…] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el parágrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho parágrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el parágrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurran dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

Como se observa se trata de una competencia que, en concordancia con el artículo 189.11 superior, el gobierno nacional puede ejercer discrecionalmente para la ejecución de las leyes. Por tanto, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional ejerza la potestad reglamentaria para regular los casos en que concurren dos o más de los factores de desempate, no es necesaria la existencia del reglamento como presupuesto necesario para aplicar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. De este modo, se concluye que los factores de desempate del artículo citado son exigibles desde la fecha de su promulgación, es decir, deben tenerse en cuenta en los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Además, si existe un tratado o acuerdo comercial que establezca disposiciones especiales en materia de compras y contratación pública, prevalece la regulación contenida en aquel. Esta conclusión también se fundamenta en el artículo 2.2.1.2.4.1.1 del Decreto 1082 de 2015, según el cual «Las Entidades Estatales deben adelantar los Procesos de Contratación de acuerdo con lo previsto en los Acuerdos Comerciales, cuando estos les sean aplicables».​ La Ley 2069 de 2020 no establece que ante la existencia de tratados o acuerdos comerciales que rijan el procedimiento de selección el órgano contratante se debe abstener de aplicar algunos numerales del artículo 35, sino que lo que indica es que la entidad estatal debe consultar en cada caso cuáles son las disposiciones del acuerdo comercial y si son o no compatibles con los factores de desempate. En caso negativo, prevalece el tratado.

Ahora bien, hasta la promulgación de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección[[9]](#footnote-10). En criterio de esta Agencia, dicha norma está derogada por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Ello no solo porque el artículo 84 prescribe que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020, sino además porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[…] todas las disposiciones que le sean contrarias». Se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones regulan en sentido diferente un tema. Bajo esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Un argumento adicional para sostener esta tesis tiene que ver con el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria –o decaimiento– de los actos administrativos, regulado en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Esta norma señala que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Dado que el Decreto 1082 de 2015 es un reglamento *secundum legem* –es decir, que desarrolla una norma de mayor jerarquía–, la expedición de una ley en sentido formal –es decir, una fuente que condiciona el contenido de este último–, hace que la disposición reglamentaria decaiga.

**2.4. Fundamento normativo de los pliegos de condiciones tipo obligatorios adoptados hasta la actualidad**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[10]](#footnote-11), que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Sin embargo, esta facultad no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 se convierte en el antecedente más relevante respecto a los documentos tipo. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. Ahora bien, en virtud de la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte y, por tanto, es importante explicar el proceso previsto en dicho cuerpo normativo.

La Ley 1882 de 2018, en el artículo 4, establecía que el gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran[[11]](#footnote-12).

 Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

 De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional. ii) Adicionalmente, estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras. iii) Por otro lado, eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. iv) Además, en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección. v) Por otra parte, el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección y, por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

 Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[12]](#footnote-13).

 De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden abrir un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien o servicio y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

 Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su exequibilidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación, se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Luego se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el Presidente de la República el 22 de julio, por lo que su expedición es reciente. En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020, «Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión».

Asimismo, con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020». De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020».

Adicionalmente, entró en vigencia la Resolución 256 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico»; la Resolución 249 de 2020, «Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano»; y la Resolución 269 de 2020, «Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos».

En síntesis, hasta el momento se han expedido los siguientes documentos tipo que son obligatorios para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

i) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de abril de 2019.

ii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 10 de marzo de 2020.

iii) Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

iv) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 1–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 17 de febrero de 2020.

v) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 2–, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

vi) Documentos tipo para procesos de mínima cuantía de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuya invitación pública se haya publicado a partir del 10 de junio de 2020.

vii) Documentos tipo para procesos de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 1 de enero de 2021.

viii) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

ix) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano, obligatorios para los procesos cuyo aviso de convocatoria se haya publicado desde el 11 de diciembre de 2020.

x) Documentos tipo para procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos, a partir del 1 de febrero de 2021.

Cabe aclarar que la Agencia Nacional de Contratación Pública sigue avanzando en la expedición de nuevos documentos tipo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos exigen un minucioso desarrollo en el cual se consideran las observaciones de las entidades técnicas y especializadas, con la finalidad de expedir documentos tipo que contengan las mejores prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

**2.5. Vigencia de la regla de inalterabilidad de los pliegos tipo frente a los factores de desempate regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y derogatoria de normas contrarias**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documento tipo, consagran la regla de la inalterabilidad[[13]](#footnote-14). Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los *Documentos del Proceso* las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad se encuentra en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Por vía reglamentaria, también quedó regulado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015.

Las entidades estatales obligadas a adelantar sus procesos de selección con base en los documentos tipo deben respetar la *regla de la inalterabilidad* prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 y en las diversas resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para implementar dichos documentos. Pero, esta regla no se opone al deber de acatar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pues este comenzó a regir a partir del 31 de diciembre de 2020.

En consecuencia, las entidades estatales deben incluir en sus pliegos de condiciones los factores de desempate previstos en el mencionado artículo 35. Esta norma inició su vigencia y se incorporó de pleno derecho a los documentos tipo, en la medida en que produjo la pérdida de fuerza ejecutoria –prevista en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011– tanto del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, como del numeral 4,6 de los documentos tipo, que a su vez se había fundamentado en el referido artículo del Decreto 1082 de 2015.

De manera que cuando las entidades estatales incorporan a sus pliegos de condiciones particulares o documentos equivalentes los factores de desempate regulados hoy en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 *no* alteran los documentos tipo –y, en tal sentido, no atentan contra la regla de la inalterabilidad–, pues el Legislador ya modificó dichos documentos. Esto por cuanto a través de una norma de mayor jerarquía –el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020– derogó la regulación hasta ese momento vigente en el Decreto 1082 de 2015 y en las demás disposiciones reglamentarias. Los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente son reglamentos *secundum legem*, supeditados al Decreto 1082 de 2015, y, por lo tanto, al quedar derogada la regulación de los factores de desempate en dicho Decreto, ha perdido fuerza ejecutoria el tratamiento normativo de los factores de desempate contenido en los documentos tipo, que se inspiraba en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Así las cosas, al decaer los apartados de los documentos tipo que regían los factores de desempate, automáticamente se integra a tales documentos el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque tiene eficacia directa e inmediata, dado que esta no se encuentra supeditada a la expedición de un decreto reglamentario por parte del gobierno nacional.

Esto además se desprende de la disposición del literal H del numeral 1.17, común a todos los documentos base de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, que dentro de las reglas de interpretación del pliego de condiciones disponen que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorios en los documentos tipo conforme al numeral citado del pliego de condiciones.

Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación inmediata del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, hay cuestiones que no fueron suficientemente esclarecidas por dicha normativa, como, por ejemplo, los medios de acreditación de cada uno de los hechos establecidos como factor de desempate. Al respecto, conviene mencionar que en tanto no exista *tarifa legal* para la acreditación de tales factores, impera la discrecionalidad de la entidad para establecer el medio de acreditación del correspondiente factor.

Sin embargo, también es preciso mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Con este proyecto de acto administrativo se pretende modificar los apartados pertinentes de los documentos base aludidos. Expedida la resolución correspondiente quedará limitada la discrecionalidad de las entidades estatales en este tipo de procesos en lo que a factores de desempate se refiere, dado que –conforme a la Ley 2022 de 2020– las entidades deberán aplicar obligatoriamente las modificaciones que se hagan a los documentos tipo.

**3. Respuesta**

«De acuerdo con lo anterior [¿] es posible adicionar criterios de desempate establecidos en la Ley 2069 de 2020 y en caso de haber contradicciones, cual criterio prevalecería, el del documento tipo o lo establecido en la ley 2069 de 2020?».

Las entidades estatales obligadas a adelantar sus procesos de selección con base en los documentos tipo deben respetar la *regla de la inalterabilidad* prevista en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 y en las diversas resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para implementar dichos documentos. Pero, esta regla no se opone al deber de acatar el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, pues este comenzó a regir a partir del 31 de diciembre de 2020. En consecuencia, las entidades estatales deben incluir en sus pliegos de condiciones particulares los factores de desempate previstos en el mencionado artículo 35, porque desde que esta norma inició su vigencia se incorporó de pleno derecho a los documentos tipo, en la medida en que produjo la pérdida de fuerza ejecutoria –prevista en el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011– tanto del artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015, como del numeral 4,6 de los documentos tipo, que a su vez se había fundamentado en el referido artículo del Decreto 1082 de 2015.

De manera que cuando las entidades estatales incorporan a sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes los factores de desempate regulados hoy en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 *no* alteran los documentos tipo –y, en tal sentido, no atentan contra la regla de la inalterabilidad–, pues el Legislador ya modificó dichos documentos. Esto por cuanto a través de una norma de mayor jerarquía –el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020– derogó la regulación hasta ese momento vigente en el Decreto 1082 de 2015 y en las demás disposiciones reglamentarias.

Los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente son reglamentos *secundum legem*, supeditados al Decreto 1082 de 2015, y, por lo tanto, al quedar derogada la regulación de los factores de desempate en dicho Decreto, ha perdido fuerza ejecutoria el tratamiento normativo de los factores de desempate contenido en los documentos tipo, que se inspiraba en el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015. Así las cosas, al decaer los apartados de los documentos tipo que regían los factores de desempate, automáticamente se integra a tales documentos el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, porque tiene eficacia directa e inmediata, dado que esta no se encuentra supeditada a la expedición de un decreto reglamentario por parte del gobierno nacional.

Esto además se desprende de la disposición del literal H del numeral 1.17, común a todos los documentos base de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, que dentro de las reglas de interpretación del pliego de condiciones disponen que «Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen». Dado que con el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento decaen los factores de desempate del decreto único reglamentario, los previstos en la Ley 2069 de 2020 son obligatorios en los documentos tipo conforme al numeral citado del pliego de condiciones.

Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación inmediata del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, hay cuestiones que no fueron suficientemente esclarecidas por dicha normativa, como, por ejemplo, los medios de acreditación de cada uno de los hechos establecidos como factor de desempate. Al respecto, conviene mencionar que en tanto no exista *tarifa legal* para la acreditación de tales factores, impera la discrecionalidad de la entidad para establecer el medio de acreditación del correspondiente factor.

Sin embargo, también es preciso mencionar que la Agencia Nacional de Contratación Pública en el marco de la competencia atribuida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, actualmente está trabajando en un proyecto para estandarizar la acreditación de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, dirigido a procesos de selección que deban adelantarse con documentos tipo. Con este proyecto de acto administrativo se pretende modificar los apartados pertinentes de los documentos base aludidos. Expedida la resolución correspondiente quedará limitada la discrecionalidad de las entidades estatales en este tipo de procesos en lo que a factores de desempate se refiere, dado que –conforme a la Ley 2022 de 2020– las entidades deberán aplicar obligatoriamente las modificaciones que se hagan a los documentos tipo.

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

Atentamente,

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-2)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. En efecto, esta disposición reglamentaria indicaba: «En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

»Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

»1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

»2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.

»3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

»4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

»5. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación». [↑](#footnote-ref-10)
10. «Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades». [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1882 de 2018: «Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

»La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

»Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional». [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. «Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato». [↑](#footnote-ref-13)
13. En cuanto a las resoluciones vigentes, dicha regla se observa en el artículo 3 de las Resoluciones 240, 241, 248, 249, 256 y 269 de 2020, así como en el artículo 2 de la Resolución 094 de 2020. [↑](#footnote-ref-14)