CCE-DES-FM-17

**CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades**

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional**

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]». En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección. En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista.

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 original del Decreto 1082 de 2015, esto es, antes de la modificación realizada por el Decreto 399 de 2021, al que se hará referencia en el numeral siguiente. Por lo tanto, siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2**

[…] el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015. A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». Esta nueva disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes.

ii) A diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». O sea que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Publicidad – SECOP II**

Así las cosas, el 30 de octubre de 2021 la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informó la actualización en el SECOP II de la modalidad de contratación de concurso de méritos. […] En armonía con lo anterior, en el comunicado el 30 de octubre de 2021 se señaló que: «La ANCP – CCE deshabilitará a partir del 30 de octubre de 2021, los permisos para crear nuevos procesos de contratación en el SECOP I en los módulos de Concurso de Méritos – Abierto y Con Precalificación – a las Entidades Estatales obligadas a utilizar el SECOP II. De acuerdo con lo establecido en las Circulares Externas de 2019 y 2021».

En suma, en virtud de la transitoriedad de la Circular 002 de 2021 y dada la actualización de la modalidad de contratación de concurso de méritos en la plataforma del Secop II, actualmente las entidades estatales obligadas a publicar en el SECOP II sus procesos contractuales, deberán adelantar los concursos de méritos en esta plataforma.

**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, «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. Lo anterior incluso bajo el entendido de que algunas de sus disposiciones quedaron sujetas al desarrollo reglamentaria como condición para su efectiva aplicación.

En cuanto a su contenido, como dispone el artículo 1, esta «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». Lo anterior a partir de «[…] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipyme–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. De igual forma, 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.

**MIPYMES – Artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 – artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 – Convocatorias limitadas territorialmente – Vigencia**

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y habiendo aclarado que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucedió con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la expedición del Decreto 1860 de 2021–, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. En opinión de esta Agencia, dicho artículo del Decreto reglamentario perdió vigencia, porque su contenido era contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, operó la pérdida de fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, que establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho».

Las ideas anteriores, sostenidas por esta Agencia en múltiples conceptos –como los citados al inicio de las consideraciones– quedaron reafirmadas con la expedición del Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, reglamento que modificó, entre otros aspectos, la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. No obstante, esta modificación –esto es, el decreto 1860 de 2021– aplica para los procesos contractuales cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de la nueva norma reglamentaria sometió la vigencia de los cambios al transcurso del periodo de 3 meses siguientes a la expedición del decreto.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá D.C, 06 Abril de 2022

Señor

**Maria Esther Caicedo Angulo**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 165 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 / CONCURSO DE MÉRITOS – Publicidad – SECOP II / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / MIPYMES – Artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 – artículo 5 del Decreto 1860 de 2021 – Convocatorias limitadas territorialmente – Vigencia |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20220221001720 |

Estimada señora Caicedo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 21 de febrero del 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta:

i. «Quisiera saber si hay alguna norma o circular que derogue la Circular 002 de 2021 emitida por Colombia Compra Eficiente que determina: “(…) el Concurso de Méritos definido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, deberá adelantarse y publicarse de manera temporal a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP I”.»

ii. «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y en el concepto C-175 del 26 de abril de 2021, emitido por la Agencia Colombia Compra Eficiente, el presente proceso de Concurso de Merito Abierto NO es susceptible de ser limitado a MIPYME, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional no ha expedido el Decreto Reglamentario que fije las condiciones de la operatividad de la Ley 2069 de 2020., Colombia Compra Eficiente ha expedido alguna normativa o circular al respecto».

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado, ii) reglamentación de esta modalidad de selección en el Decreto 399 de 2021 y sus efectos en la publicidad en el Secop, iii) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, y iv) regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió los conceptos C-124 del 25 de marzo de 2020, C-406 y C-477 del 13 de julio de 2020, C-612 del 2 de octubre de 2020 y C-761 del 5 de enero de 2021, en los cuales analizó la forma como se debe desarrollar el concurso de méritos, luego de los pronunciamientos del Consejo de Estado que suspendieron provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015.

Así mismo, a través de los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-211 del 11 de mayo de 2021, C-234 del 24 de mayo de 2021, C-271 del 9 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-426 del 18 de agosto de 2021, C-309 del 24 de agosto de 2021 y C-455 del 31 de agosto de 2021 se pronunció sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. Sobre las convocatorias limitadas a mipyme se pronunció en el Concepto C-705 de 7 de diciembre de 2020 y C-438 de 27 de septiembre de 2021, entre otros. Las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado**

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger «consultores y proyectos», es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos «[…] que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión», según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos». El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[[1]](#footnote-2) y del 20 de febrero de 2019[[2]](#footnote-3), suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición. Las normas suspendidas regulaban el concurso de méritos abierto o sin precalificación. Además, se precisa que dichas disposiciones fueron posteriormente modificadas por el Decreto 399 del de 2021, al que se hará referencia más adelante. El texto de estos numerales disponía lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

*3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*

*4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*5. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación*. (Énfasis fuera de texto)

Los citados numerales 3, 4 y 5 disponían la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigían que estuviera dentro del presupuesto disponible y que este aspecto fuera producto del acuerdo entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar. Por otro lado, el numeral 5 disponía el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no llegaran a un acuerdo sobre el precio del contrato. Además, el numeral 6 solo permitía negociar el precio con el proponente que ocupara el segundo orden de elegibilidad, por lo que si no era posible llegar a un acuerdo con este, procedía la declaración de desierta.

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: «en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores», así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: «[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]». En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección[[3]](#footnote-4). En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista[[4]](#footnote-5).

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 original del Decreto 1082 de 2015, esto es, antes de la modificación realizada por el Decreto 399 de 2021, al que se hará referencia en el numeral siguiente. Por lo tanto, *siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial*, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**2.2. Reglamentación del concurso de méritos abierto o con precalificación en el Decreto 399 de 2021**

El artículo 2 del Decreto 399 de 2021 modificó el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

Artículo 2. Modificación del artículo [2.2.1.2.1.3.2](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653#2.2.1.2.1.3.2). del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Modifíquese el artículo 2.2.1.2.1.3.2. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica del equipo de trabajo.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje.

3. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje".

Como se observa, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015[[5]](#footnote-6). A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino «[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje». En tal sentido, el informe de evaluación debe dar cuenta de la evaluación completa de las ofertas, lo que incluiría las ofertas económicas. De esta manera, esta disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes, frente a todos los aspectos de la evaluación de las propuestas.

ii) En armonía con lo anterior, a diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que «Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje». Esto implica que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de «negociación» con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

Un aspecto igualmente importante que introduce el Decreto 399 de 2021 y que incide sobre el trámite del concurso de méritos, tiene que ver con el contenido de los estudios y documentos previos que soportan el proceso de contratación. Recuérdese que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establecía que la entidad estatal no debía «[…] publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos». Pues bien, el artículo 1 del Decreto 399 de 2021 elimina esta prohibición, para garantizar que los interesados conozcan la información relacionada con el valor estimado del contrato en los concursos de méritos y potenciar la garantía de los principios de publicidad y transparencia. En efecto, así lo justifica el gobierno nacional en las consideraciones de dicho Decreto:

Que en consideración a la importancia de conocer los valores y criterios utilizados por las entidades estatales que sirvan de soporte para definir el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos, y ante la inexistencia de una reserva legal de esta información, es necesario eliminar la restricción respecto al deber de publicación de dichos análisis.

Que se considera conveniente dar publicidad a la forma como se calcula el valor del contrato en los concursos de méritos, con la finalidad de garantizar al máximo los principios de publicidad y transparencia. Además, para que los interesados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, puedan realizar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que debe incluir el valor estimado del contrato.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 399 de 2021, las entidades estatales deben incluir en los estudios previos del concurso de méritos la información correspondiente a las variables empleadas para calcular el valor estimado del contrato, determinando así el presupuesto oficial. Además, los interesados pueden formular observaciones al proyecto de pliego de condiciones sobre este tema. Adicionalmente, en el pliego de condiciones deben establecerse con claridad los requisitos habilitantes y criterios de calificación con fundamento en los cuales la entidad estatal elaborará el informe de evaluación respectivo. Al respecto, se aclara que el Decreto 399 de 2021 en ningún caso contradice lo establecido en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007; norma que dispone que «En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto […]» y que «En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores». El hecho de que desaparezca la etapa en la cual la entidad estatal debía intentar un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no significa que se esté introduciendo el precio como factor de escogencia. Lo que se deduce del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 es que en el pliego de condiciones debe quedar claramente establecido el presupuesto oficial, así como la prohibición de superarlo como requisito habilitante dentro del concurso de méritos.

Dicho de otro modo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos habilitantes –entre los cuales está no superar el presupuesto oficial– y de ponderar los factores de calificación, se deberá elaborar el informe de evaluación respectivo –el cual es susceptible de observaciones– y solo se podrá adjudicar el contrato a quien ocupe el primer orden de elegibilidad según los criterios de calificación. Esto significa que luego de resolver las observaciones al informe de evaluación y de quedar en firme este, ya la entidad estatal no puede revisar la conformidad de la oferta económica con el presupuesto oficial –pues esto debió hacerlo antes de publicar el informe de evaluación–, ni intentar un acuerdo sobre el precio, como sí lo permitían los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 en su redacción inicial. Lo que procede una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación es la adjudicación del contrato o la declaratoria de desierta, si ninguno de los oferentes cumple los requisitos habilitantes.

Teniendo en cuenta el contexto anterior, en particular el Decreto 399 de 2021, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Circular Externa 002 del 8 de junio de 2021, donde estableció lo siguiente, en relación con la publicidad temporal de los concursos de méritos en el SECOP I:

Así las cosas, el Concurso de Méritos definido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, *deberá adelantarse y publicarse de manera temporal a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP I.*

En tal sentido, a las Entidades Estatales se les habilitará temporalmente el SECOP I para que publiquen los documentos del concurso de méritos abierto o con precalificación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición, como lo ordena el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.

Los procedimientos de selección que se realicen utilizando los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que se adelanten por la modalidad de selección de Concurso de Méritos, *también se publicarán transitoriamente en la plataforma SECOP I, mientras se habilita el módulo de Concurso de Méritos en la plataforma SECOP II, teniendo en cuenta la regulación establecida en el Decreto 399 de 2021*.

*Una vez la funcionalidad para la publicación de Concurso de Méritos (abierto o con precalificación) sea implementada en el SECOP II, notificaremos a todos nuestros usuarios a través de nuestros canales oficiales.*

La habilitación de permisos en el SECOP I se verá reflejada a partir del 08 de junio 2021. (Cursiva fuera del original).

Teniendo en cuenta lo establecido en la Circular citada, se concluye que la regulación allí establecida era transitoria. En efecto, allí se estableció que aplicaría mientras se realizaban los ajustes a la plataforma del SECOP II, de manera que resultase acorde con la regulación establecida por el Decreto 399 de 2021, por lo que las entidades estatales debían adelantar los concursos de méritos transitoriamente en la plataforma SECOP I. En este sentido, en la Circular se estableció que la publicidad en el SECOP I sería transitoria, mientras se adecuara la plataforma del SECOP II, por lo que se señaló que una vez la funcionalidad para la publicación de los concursos de méritos en SECOP II fuera implementada, se notificaría a los usuarios mediante los canales oficiales.

Así las cosas, el 30 de octubre de 2021 la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informó la actualización en el SECOP II de la modalidad de contratación de concurso de méritos. En efecto, en dicho documento se señaló, que «La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – ANCP - CCE, informa la actualización de la modalidad de contratación de Concurso de Méritos de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021». En armonía con lo anterior, en el comunicado el 30 de octubre de 2021 se señaló que: «La ANCP – CCE deshabilitará a partir del 30 de octubre de 2021, los permisos para crear nuevos procesos de contratación en el SECOP I en los módulos de Concurso de Méritos – Abierto y Con Precalificación – a las Entidades Estatales obligadas a utilizar el SECOP II. De acuerdo con lo establecido en las Circulares Externas de 2019 y 2021». La pieza comunicativa puede ser consulta en el siguiente enlace, donde además se explica con mayor detalle la modificación realizada en la plataforma: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/cce_infografias/infografiarelease21.230-10-2021.pdf>.

En suma, en virtud de la transitoriedad de la Circular 002 de 2021 y dada la actualización de la modalidad de contratación de concurso de méritos en la plataforma del Secop II, actualmente las entidades estatales obligadas a publicar en el SECOP II sus procesos contractuales, deberán adelantar los concursos de méritos en esta plataforma.

**2.3. 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, «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. Lo anterior incluso bajo el entendido de que algunas de sus disposiciones quedaron sujetas al desarrollo reglamentaria como condición para su efectiva aplicación.

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[[6]](#footnote-7), así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública[[7]](#footnote-8). También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento[[8]](#footnote-9), se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía[[9]](#footnote-10) y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación[[10]](#footnote-11).

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 el alcance del artículo 34 de la referida ley y su reglamentación, a continuación se estudiará el contenido y alcance de dichas normas.

**2.4. Regulación de las convocatorias limitadas a mipymes en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 de 2021**

El artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece nuevas reglas sobre la promoción al desarrollo en la contratación estatal. Concretamente, modifica el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007[[11]](#footnote-12), prescribiendo lo que se indica a continuación:

i) Encomienda, con carácter imperativo, al gobierno nacional definir las condiciones y los montos para que las entidades estatales –cualquiera sea su régimen contractual–, los patrimonios autónomos constituidos por aquellas y los particulares que administren recursos públicos, efectúen convocatorias limitadas a mipymes en los procesos de contratación. Y agrega que estas convocatorias se pueden realizar también en el ámbito municipal o departamental en el que se ejecute el contrato.

ii) Indica que dichas convocatorias se deben efectuar siempre y cuando, antes del acto administrativo de apertura del proceso de selección, por lo menos dos (2) mipymes hayan manifestado su interés.

iii) Determina que uno de los parámetros que deberá tener en cuenta el gobierno nacional para reglamentar la materia es el cumplimiento de los compromisos internacionales vigentes. Es decir que se deberán considerar las estipulaciones contenidas en los tratados comerciales suscritos entre Colombia y otros Estados.

iv) Establece que, en el reglamento, el gobierno nacional podría establecer condiciones preferenciales para los bienes y servicios producidos por las mipymes, sin contrariar los compromisos internacionales vigentes.

v) Aclara que tanto las convocatorias limitadas a mipymes, como las condiciones preferenciales a favor de los bienes y servicios producidos por estas, no es óbice para que deban cumplir las exigencias técnicas y económicas del proceso de selección.

vi) Señala que el reglamento a cargo del gobierno nacional, además de las convocatorias limitadas a mipymes, deberá contener disposiciones normativas que permitan la provisión de bienes y servicios, a través de la celebración de contratos estatales con algunas personas que gozan de especial protección constitucional. Entre tales personas se encuentran las que tengan condiciones de pobreza extrema, las desplazadas por la violencia y quienes estén en procesos de reintegración o reincorporación, entre otras que incluya el reglamento.

vii) Precisa que la posibilidad de participar en convocatorias limitadas a mipymes se encuentra condicionada a que estas acrediten como mínimo un año de existencia, con el certificado expedido por la cámara de comercio respectiva o por la autoridad que sea competente para ello.

viii) Hace obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 –normas que establecen la obligación de declarar la caducidad y la liquidación unilateral cuando el contratista beneficie grupos armados organizados al margen de la ley– en la ejecución de los contratos celebrados en virtud del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

A partir de lo anterior, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 sustituyó íntegramente el contenido del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. En este sentido, frente a esta última norma se produjo el fenómeno de la subrogación, el cual explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga[[12]](#footnote-13).

La subrogación es, entonces, una forma de derogación de los actos normativos, que consiste en el reemplazo de su contenido por un enunciado normativo nuevo. Se distingue de la derogación simple en que en este último evento la disposición normativa posterior no sustituye el texto, sino que solo le hace perder vigencia a la disposición normativa anterior. Como lo explica la Corte Constitucional, la subrogación puede presentarse bien porque el enunciado normativo regule de manera diferente una materia o porque reproduzca apartados normativos de otra. Pero lo cierto es que, en uno u otro caso, la disposición normativa anterior pierde vigencia.

Luego de explicar las reglas incluidas en la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal, previstas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y habiendo aclarado que dicha norma modificó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, conviene preguntarse qué sucedió con la vigencia del artículo 2.2.1.2.4.2.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la expedición del Decreto 1860 de 2021–, que, hasta la expedición de la Ley 2069 de 2020, regía las convocatorias limitadas a mipymes. En opinión de esta Agencia, dicho artículo del Decreto reglamentario perdió vigencia, porque su contenido era contrario al del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020. En tal sentido, operó la pérdida de fuerza ejecutoria, de conformidad con el artículo 91, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011, que establece que los actos administrativos –categoría que, como es sabido, incluye los decretos reglamentarios– dejan de ser obligatorios o decaen «Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho». Lo anterior incidió en que, para la efectiva aplicación del artículo 34 primero se tuviera que expedir el decreto reglamentario que permitiera su aplicación en los procesos contractuales.

Las ideas anteriores, sostenidas por esta Agencia en múltiples conceptos –como los citados al inicio de las consideraciones– quedaron reafirmadas con la expedición del Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, reglamento que modificó, entre otros aspectos, la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2. y 2.2.1.2.4.2.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. No obstante, esta modificación –esto es, el decreto 1860 de 2021– aplica para los procesos contractuales cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022, pues el artículo 8 de la nueva norma reglamentaria sometió la vigencia de los cambios al transcurso del periodo de 3 meses siguientes a la expedición del decreto.

Así las cosas, a partir de dicha fecha, es decir, del 24 de marzo de 2022, se aplicará la reglamentación dispuesta por el Decreto 1860 de 2021, que permite dar aplicación a la limitación a Mipymes, tal como lo dispuso la Ley de emprendimiento, cuya eficacia quedó sometida a la expedición del reglamento respectivo.

En otras palabras, las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, solo luego del 24 de marzo de 2022 deben adoptar convocatorias limitadas a mipymes, puesto que el artículo 5 de la Ley 1860 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, sometió su vigencia para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022. En este sentido, dada la pérdida de fuerza ejecutoria de las normas reglamentarias que antes reglamentaban las limitaciones a Mipymes, antes del 24 de marzo de 2022 las entidades estatales no podían establecer estas limitaciones. En este sentido, para los procesos contractuales que se inicien luego del 24 de marzo de 2022, la limitación de las convocatorias se realizará en los términos establecidos en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, que modificó el Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuestas**

i) «Quisiera saber si hay alguna norma o circular que derogue la Circular 002 de 2021 emitida por Colombia Compra Eficiente que determina: “(…) el Concurso de Méritos definido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, y de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, deberá adelantarse y publicarse de manera temporal a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP I”.»

De acuerdo con las consideraciones, teniendo en cuenta lo establecido en la Circular citada, se concluye que la regulación allí establecida era transitoria. En efecto, allí se estableció que aplicaría mientras se realizaban los ajustes a la plataforma del SECOP II, de manera que resultase acorde con la regulación establecida por el Decreto 399 de 2021, por lo que las entidades estatales debían adelantar los concursos de méritos transitoriamente en la plataforma SECOP I. En este sentido, en la Circular se estableció que la publicidad en el SECOP I sería transitoria, mientras se adecuara la plataforma del SECOP II, por lo que se señaló que una vez la funcionalidad para la publicación de los concursos de méritos en SECOP II fuera implementada, se notificaría a los usuarios mediante los canales oficiales.

Así las cosas, el 30 de octubre de 2021 la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico informó la actualización en el SECOP II de la modalidad de contratación de concurso de méritos. En efecto, en dicho documento se señaló, que «La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – ANCP - CCE, informa la actualización de la modalidad de contratación de Concurso de Méritos de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021». En armonía con lo anterior, en el comunicado el 30 de octubre de 2021 se señaló que: «La ANCP – CCE deshabilitará a partir del 30 de octubre de 2021, los permisos para crear nuevos procesos de contratación en el SECOP I en los módulos de Concurso de Méritos – Abierto y Con Precalificación – a las Entidades Estatales obligadas a utilizar el SECOP II. De acuerdo con lo establecido en las Circulares Externas de 2019 y 2021». La pieza comunicativa puede ser consulta en el siguiente enlace, donde además se explica con mayor detalle la modificación realizada en la plataforma: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/cce_infografias/infografiarelease21.230-10-2021.pdf>.

En suma, en virtud de la transitoriedad de la Circular 002 de 2021 y dada la actualización de la modalidad de contratación de concurso de méritos en la plataforma del Secop II, actualmente las entidades estatales obligadas a publicar en el SECOP II sus procesos contractuales, deberán adelantar los concursos de méritos en esta plataforma.

ii) «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, y en el concepto C-175 del 26 de abril de 2021, emitido por la Agencia Colombia Compra Eficiente, el presente proceso de Concurso de Merito Abierto NO es susceptible de ser limitado a MIPYME, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional no ha expedido el Decreto Reglamentario que fije las condiciones de la operatividad de la Ley 2069 de 2020., Colombia Compra Eficiente ha expedido alguna normativa o circular al respecto».?».

El artículo 34, reiteradamente, señala que el gobierno nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de la materia. En tal sentido, las entidades estatales no podían adoptar convocatorias limitadas a mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

A este respecto, es necesario llamar la atención sobre la expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, mediante el cual se reglamentan los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas. Concretamente, frente a las convocatorias limitadas a mipymes del artículo 34, el Decreto definió las condiciones y los montos para la adopción de convocatorias limitadas a Mipyme, las limitaciones territoriales y la acreditación de los requisitos para participar en convocatorias limitadas. Por ello, mediante el artículo 5 se modificaron los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. de la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

No obstante, debe precisarse que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del Decreto 1860 de 2021, las disposiciones en él contenidas comienzan a ser aplicables en los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Por lo tanto, el desarrollo de convocatorias limitadas a mipymes según lo establecido en este Decreto, aplicará en los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique con posterioridad al 24 de marzo de 2022, por lo que las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos deben aplicar dichas disposiciones.

Lo anterior significa que, antes de dicha fecha, las entidades estatales no podían adoptar convocatorias limitadas a mipymes, puesto que el artículo 5 de la Ley 1860 de 2021, que modificó el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, solo aplica para los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a partir del 24 de marzo de 2022. En este sentido, para los procesos contractuales que se inicien luego del 24 de marzo de 2022, la limitación de las convocatorias se realizará en los términos establecidos en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, que modificó el Decreto 1082 de 2015.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego J.  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Andrés Ricardo Mancipe González  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-2)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre este aspecto, «[…] los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «[…] precio ofrecido […]» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

   »Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «[…] trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-4)
4. En efecto, «[…] cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico). [↑](#footnote-ref-5)
5. En efecto, dentro de las consideraciones que motivan el Decreto 399 de 2021 se lee la siguiente: «Que teniendo en cuenta que el Auto del 20 de febrero de 2019 Exp. 61.463 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional y que el Auto del 25 de julio de 2018 Exp. 56.165 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente el numeral 6 de la misma disposición, los cuales están relacionados con las reglas aplicables al procedimiento de concurso de méritos, es necesario modificar dicho artículo para establecer las reglas aplicables a esta modalidad de selección». [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-9)
9. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-10)
10. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-11)
11. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 establece: «Modifíquese el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

    »"Artículo 12. Promoción del desarrollo en la contratación pública. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional definirá las condiciones y los montos de acuerdo con los compromisos internacionales vigentes, para que, en desarrollo de los Procesos de Contratación, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, adopten en beneficio de las Mipyme, convocatorias limitadas a estas en las que, previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés de por lo menos dos (2) Mipyme.

    »Asimismo, el reglamento podrá establecer condiciones preferenciales a favor de la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipyme respetando los montos y las condiciones contenidas en los compromisos internacionales vigentes, cuando sean aplicables.

    »En todo caso, se deberá garantizar la satisfacción de las condiciones técnicas y económicas requeridas en el Proceso de Contratación.

    »De igual forma, en los pliegos de condiciones dispondrán, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento; siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

    »Parágrafo Primero. En los Procesos de Contratación que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipyme del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato.

    »Parágrafo Segundo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, para que las Mipymes puedan participar en las convocatorias a las que se refiere este artículo, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, para lo cual deberán presentar el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

    »Parágrafo Tercero. En la ejecución de los contratos a que se refiere el presente artículo, las entidades y los contratistas, deberán observar lo dispuesto en los artículos 90 a 95 de la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifiquen, adicionen o subroguen."» [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-502 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango.

    [↑](#footnote-ref-13)