**CCE-DES-FM-17**

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Multa – Cláusula Penal – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58**

Los sujetos pasivos –es decir, los afectados por lo dispuesto en el artículo– son los proponentes –incluidos los consorcios y uniones temporales, por la situación de alguno de sus integrantes– a quienes «[…] se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudirse al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de imponer multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias. Así, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

**REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Alcance** **– Procesos exceptuados de la reducción del puntaje**

Respecto del objeto específico de la consulta, el cual apunta a determinar los procesos excluidos de la aplicación de la norma bajo estudio, en primer lugar, es preciso referirse al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que regula de manera general el deber de selección objetiva, en virtud del cual a las entidades deben escoger en los procesos de selección que adelantan el «[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]». Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

**APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales**

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

**APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje**

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



Señora

**María Tovar Cortes**

San José del Guaviare, Guaviare

 **Concepto C–265 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  |  REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 /  REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Alcance – Procesos exceptuados de la reducción del puntaje / APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales / APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Puntaje |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P2022 0322002819 |

Estimada señora Tovar Cortes:

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 22 de marzo de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta sobre el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, referente a la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos en los procesos de contratación estatal donde se pondera el menor precio ofrecido. Al respecto pregunta:

 «[…] con el fin de determinar modalidades donde únicamente se pondere el (sic) precio ofrecido diferente a las enunciadas en la ley. Situación que se presenta atendiendo regulación indicada por la Ley 816 de 2003 “Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública”, el cual entraría a determinarse como un criterio de ponderación el cual se asigna por % del puntaje obtenido. Entendido esto en todas las modalidades se considera deberá aplicarse este criterio (excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta) por lo que no existiría una modalidad diferente a la de mínima cuantía en la que no deba incluirse el art 58. Reducción de puntaje por incumplimiento de contratos. Agradezco dar alcance al respecto indicando las modalidades donde únicamente se pondere el (sic) precio ofrecido diferente a las enunciadas en la ley y determinar si consideran el factor de apoyo a la industria nacional un factor ponderable».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos C-035 del 2 marzo de 2022, C-040 del 2 de marzo de 2022, C-061 del 8 de marzo de 2022, C-088 del 22 de marzo de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022 y C-143 del 31 de marzo de 2022 se pronunció sobre el ámbito de aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. Del mismo modo, esta Agencia se ha referido al puntaje por apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección en los conceptos C-442 del 26 de agosto de 2021, C-542 del 20 de octubre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-688 del 4 de enero de 2022, C-020 del 22 de febrero de 2022, entre otros. Algunas de las consideraciones expuestas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

**2.1. Alcance del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022: procesos exceptuados de la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos estatales**

Con la reciente expedición de la Ley 2195 de 2022 del 18 de enero de 2022, se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el artículo 69 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.

De conformidad con su artículo 1, esta norma tiene por objeto adoptar diferentes medidas tendientes a prevenir los actos de corrupción, reforzar la articulación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por la corrupción, promoviendo la cultura de la legalidad e integridad. En desarrollo de lo anterior, se incorpora, entre otras, disposiciones en la contratación pública para fomentar la transparencia. Concretamente, aquellas se encuentran en el «Capitulo VIII Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia» –artículos 50 al 58–, en el cual se consagran los siguientes aspectos: i) el registro de la contabilidad, por parte de los contratistas del Estado obligados a ello, que ejecuten recursos públicos –artículo 50–, ii) la inhabilidad por incumplimiento reiterado en los contratos de alimentación escolar –artículo 51–, iii) las cláusulas excepcionales en los contratos celebrados con el objeto señalado anteriormente –artículo 52–, iv) el deber de las entidades que cuentan con un régimen contractual especial, de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II –artículo 53–, v) la nueva causal de selección abreviada para la adquisición de bienes o servicios *no* uniformes de común utilización –artículo 54–, vi) la obligación de adoptar el modelo de autoevaluación periódico para los sujetos obligados a implementar políticas de transparencia y ética empresarial –artículo 55–, vii) la aplicación de los documentos tipo a entidades con régimen especial –artículo 56–, viii) la obligación, radicada en los revisores fiscales, de denunciar los actos de corrupción –artículo 57–, y ix) la reducción de puntaje por incumplimiento de contratos –artículo 58–.

Entre las medidas adoptadas por la referida ley destaca el artículo 58, norma sobre la que versa la presente consulta. Conforme con el trámite legislativo en el Congreso de la República de la Ley 2195 del 2022 este artículo «busca que la competencia por el mercado de los contratos públicos tenga como variable los antecedentes contractuales de los proponentes, generándose incentivos para la calidad en los servicios y bienes provistos»[[1]](#footnote-2). Por ello, esta disposición se refiere a la reducción de puntaje durante la evaluación de las ofertas al proponente que se le haya impuesto una o más multas o cláusulas penales, prescribiendo lo siguiente:

Artículo 58. Reducción de puntaje por incumplimientos de contratos. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación, *exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía* *y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido,* deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

Parágrafo primero. La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo segundo. La reducción de puntaje por incumplimiento de contratos se aplicará sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020. [Énfasis fuera de texto].

Como puede advertirse, esta disposición contiene las reglas que, a continuación, se explican:

i) Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –no las entidades exceptuadas de este o que tienen un régimen especial de contratación– deberán, por regla general, aplicar la reducción del puntaje indicado en el citado artículo 58, en los procedimientos de selección que adelanten.

ii) Sin embargo, el deber de reducción del puntaje, para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsto en el artículo que se viene comentando, tiene algunas excepciones. Los supuestos en los que no opera dicha disminución son los consagrados en el primer inciso del artículo 58 –en comento–, a saber: los «establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-3), en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido».

iii) La reducción del puntaje, ordenada por la norma, debe practicarse durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual y debe ser equivalente al dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso. Es importante precisar que el artículo no utiliza la preposición *hasta*, ni dice que debe ser, *como mínimo*, una reducción del dos por ciento (2%) de los puntos, sino que establece que ha de ser, exactamente, por este porcentaje.

iv) Los sujetos pasivos –es decir, los afectados por lo dispuesto en el artículo– son los proponentes –incluidos los consorcios y uniones temporales, por la situación de alguno de sus integrantes– a quienes «[…] se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento». Por ende, para desentrañar el sentido de este enunciado normativo debe acudirse al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que regula la potestad de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de imponer multas o hacer efectivas cláusulas penales pecuniarias. Así, la reducción del puntaje exigido por el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no se aplica en aquellos eventos en los cuales una entidad realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como podría suceder en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, pues la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

v) En cuanto al período durante el cual debe examinarse la imposición de las multas o cláusulas penales, el artículo 58 dice que es «[…] durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas». O sea que la entidad estatal contratante –que está adelantando el procedimiento de selección–, debe verificar si en el último año anterior al cierre del proceso –fecha prevista para la presentación de las ofertas- el proponente fue sancionado con multa o cláusula penal pecuniaria. Esto se debe verificar en el Registro Único de Proponentes –RUP–, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, según el cual «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados».

vi) Si el afectado por la imposición de una o más multas demanda la decisión correspondiente, no podrá aplicarse la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58 bajo análisis. Esto es lo que establece el parágrafo 1, al indicar que «La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan»; por ejemplo, si la persona acude al medio de control de controversias contractuales, una de cuyas pretensiones puede ser «[…] que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales», según lo dispone el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011. Valga decir que el artículo 58 no exige que el demandante haya solicitado la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo. Aunque no exista dicha medida, pero se constata que el acto se demandó, la entidad estatal no puede aplicar la reducción del puntaje prevista en el referido artículo. Es importante destacar que la excepción prevista en el parágrafo frente a la reducción de puntaje solo se estableció en relación con las multas, mas no frente a las cláusulas penales impuestas al contratista, por lo que el legislador optó por realizar una distinción en su tratamiento.

 vii) La reducción del puntaje que exige efectuar el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, como lo expresa su parágrafo 2, debe aplicarse «sin perjuicio de lo contenido en el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020»[[3]](#footnote-4). Esto significa que no riñe la disminución del puntaje con la verificación de las anotaciones contenidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Respecto del objeto específico de la consulta, el cual apunta a determinar los procesos excluidos de la aplicación de la norma bajo estudio, en primer lugar, es preciso referirse al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que regula de manera general el deber de selección objetiva, en virtud del cual las entidades deben escoger en los procesos de selección que adelantan el «[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]»[[4]](#footnote-5). Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

 Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a los requisitos exigibles en la generalidad de procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –por expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Esto comoquiera que estos, no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[5]](#footnote-6). Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

 En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones. El numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes que permiten la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere a la elección de la oferta que represente la mejor relación costo – beneficio para la entidad.

 Por su parte, el numeral 3 indica que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Cabe resaltar que estas adquisiciones deben realizarse en el marco de la modalidad de selección abreviada, de conformidad con el literal a) del artículo 2-2 de la Ley 1150 de 2007, disposición a la que expresamente alude el artículo 58 de la Ley 2195 para señalar que tales procedimientos se excluyen de la reducción de puntaje. el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral 4, referente a procedimientos para selección de consultores, señala que debe hacerse uso de factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

 De conformidad con lo anterior, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los procesos de contratación que se encuentran exentos de aplicar la reducción de puntaje de la que trata el artículo 58 de la Ley 2195 de 2007 son aquellos dirigidos a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización –arts. 2-2, literal a) y 5-3–. En lo que tiene que ver con estos últimos, es importante recordar que los mismos pueden ser adquiridos a través de diferentes mecanismos, ya sea a través de procedimientos de subasta inversa, de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos, en los que aplica por igual el menor precio como único factor de evaluación.

 A los anteriores se suman los procedimientos de mínima cuantía, en los que, de conformidad con el artículo 2-5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 1474 de 2011 y modificado por la Ley 2069 de 2020, el menor precio es el único factor de escogencia[[6]](#footnote-7). Respecto de la modalidad de mínima cuantía es preciso advertir que, el menor precio también es el único factor de escogencia aplicable en las adquisiciones que se realicen en grandes almacenes, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, por lo que también están exceptuados de la aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

**2.2. Otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003**

La Ley 816 de 2003, «por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, se adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales[[7]](#footnote-8).

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

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

En materia de contratación pública, dicho trato nacional es aplicable a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de conformidad con las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como a los extranjeros que cumplan con los criterios que se encuentran regulados en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del mismo Decreto[[8]](#footnote-9), en el que se establece la forma como se debe acreditar la existencia de trato nacional para extranjeros, dependiendo del fundamento de este y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable. Por otra parte, las entidades estatales deben aplicar en sus procedimientos de selección lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

 Aclarado el alcance de la norma que promueve el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional en las compras públicas, es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado en el Decreto 1082 de 2015, modificado mediante el Decreto 680 de 2021. De una parte, el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, establece las definiciones de *Bienes Nacionales* y *Servicios Nacionales* al siguiente tenor:

Bienes Nacionales: Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

[…]

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

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

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

 Estas definiciones contienen los criterios en consideración a los cuales los bienes y servicios ofertados en los procesos de contratación son considerados de origen nacional, o merecedores de trato nacional en consideración a compromisos derivados de acuerdos comerciales, la normativa comunitaria o por reciprocidad. El origen o trato nacional determinado por estas definiciones repercute en los procesos de contratación, en la medida en que, el puntaje al que se refiere el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 está destinado a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios que cumplan con estos criterios.

 Ahora bien, para esclarecer el ámbito de aplicación de la Ley 816 de 2003 es necesario revisar el artículo 1 de la Ley 816 de 2003. De acuerdo con dicha norma, el primer criterio para definir la aplicabilidad de la referida ley, y en consecuencia para establecer la procedencia de incorporar factores de evaluación de apoyo a la industria nacional, consiste en determinar si las entidades estatales para seleccionar a sus contratistas deben realizarlo mediante un proceso de selección «competitivo», en términos de dicha ley, ya sea, a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, «excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta»[[9]](#footnote-10). En este sentido, a un proceso de contratación le aplicará la Ley 816 de 2003 cuando la contratación se realice mediante un proceso competitivo, en cambio, si se trata de aquellos en que no se requiere más de una propuesta –como es el caso de las causales de contratación directa– no aplicará esta normativa.

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

 Finalmente, el tercer criterio para determinar la aplicación del puntaje de industria nacional se encuentra consagrado en el parágrafo 2º del numeral 5 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. En efecto, el referido parágrafo excluye a la contratación de mínima cuantía del ámbito de aplicación de la Ley 816 de 2003 al establecer lo siguiente: «PARÁGRAFO 2o. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. *En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003*» (Énfasis por fuera de texto).

**3. Respuesta**

«[…] con el fin de determinar modalidades donde únicamente se pondere el (sic) precio ofrecido diferente a las enunciadas en la ley. Situación que se presenta atendiendo regulación indicada por la Ley 816 de 2003 “Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública”, el cual entraría a determinarse como un criterio de ponderación el cual se asigna por % del puntaje obtenido. Entendido esto en todas las modalidades se considera deberá aplicarse este criterio (excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta) por lo que no existiría una modalidad diferente a la de mínima cuantía en la que no deba incluirse el art 58. Reducción de puntaje por incumplimiento de contratos. Agradezco dar alcance al respecto indicando las modalidades donde únicamente se pondere el (sic) precio ofrecido diferente a las enunciadas en la ley y determinar si consideran el factor de apoyo a la industria nacional un factor ponderable»

De conformidad con lo expuesto, el artículo 58 de la Ley 2195 del 2022 establece un mecanismo de reducción de puntaje en los procesos de contratación celebrados por entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta medida tiene como propósito estimular la competencia en el mercado de los contratos públicos, introduciendo como variable los antecedentes contractuales de los proponentes, con lo que se busca generar un incentivo para la calidad en los servicios y bienes provistos». Por ello, esta disposición se refiere a la reducción de puntaje durante la evaluación de las ofertas para los proponentes a los que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales.

No obstante, la norma exceptúa de la reducción de puntaje los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, los procesos de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido. En ese sentido, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa, el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 no resulta aplicable en los procesos para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y los de mínima cuantía, que son las modalidades de escogencia en las que el la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, establecen el menor precio como único factor de evaluación. La expresión «[…] y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido» se entiende, en principio, como una cláusula abierta a los cambios y futuras regulaciones del sistema de compras públicas donde se prevea en la Ley modalidades de escogencia en las cuales se pondere únicamente el menor precio ofrecido.

Sobre el factor de apoyo a la industria nacional, previsto en la Ley 816 de 2003, conforme se estableció en la parte considerativa, esta norma establece dos supuestos para la asignación de puntaje. Por un lado, se encuentran los proponentes que oferten bienes o servicios nacionales y los proponentes que tienen trato nacional producto de los acuerdos comerciales suscritos por Colombia con otros Estados. Por otro lado, están los proponentes extranjeros que no tengan trato nacional y oferten la incorporación de componente colombiano de bienes o servicios.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia TaboadaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Informe de Ponencia para primer debate del proyecto de Ley Número 369 de 2021 Cámara – 341 de 2020 Senado. Gaceta del Congreso de la República No. 1677 del 23 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC_1677_2021.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
2. Es decir, «La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos». [↑](#footnote-ref-3)
3. Esta norma dispone: «En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

»Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5o de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.

»Cualquier controversia o solicitud que surja en relación con los reportes eje información que suministre la entidad contratante, serán resueltos por esta, atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normatividad vigente». [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5°.De la selección objetiva.Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

   […]

   »2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

  »En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

  »a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

   »b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

   »3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

   »4. 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. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

   »En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores[…]».

 [↑](#footnote-ref-5)
5. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, Tercera edición, Legis Editores, 2016, Bogotá, pág. 355. [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 1150 de 2007« Artículo 2. […] 5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas: a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas; b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil; c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas; d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal».

  [↑](#footnote-ref-7)
7. Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. Año X – No. 642, 11 de diciembre de 2001. Disponible en: GACETAS DEL CONGRESO (imprenta.gov.co) [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (e) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

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

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 816 de 2003. «Artículo 1. Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional.

»Para los efectos de esta ley, se entenderá por entidades de la Administración Pública todas aquellas que la integran, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, sin que la existencia de regímenes especiales pueda ser obstáculo para su aplicación. Se exceptúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que se regirán por las normas de Derecho Privado de conformidad con lo preceptuado en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001». [↑](#footnote-ref-10)