CCE-DES-FM-17

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

El 31 de diciembre de 2020 se expidió 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 ejerza la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de esta ley.

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

**ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16 DEL DECRETO 1860 DE 2021 – Propósito – sujetos de especial protección constitucional**

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que «[…] 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»

**INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales por sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional**

La aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso. Así las cosas, conforme a lo explicado en la memoria de la reglamentación, es necesario considerar que la regla de fomento:

[…] además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al decreto la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento . (Énfasis fuera de texto)

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato, debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional.

**ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1860 de 2021**

Actualmente, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Estos criterios aplican de forma sucesiva y excluyente en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales. Además, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 –que adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015– reglamenta la forma de acreditar las circunstancias a las que se refiere cada una de las causales previstas en la ley, permitiendo la debida aplicación de los factores de desempate para garantizar la selección objetiva de los contratistas.

**ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Requisito insubsanable**

Analizada la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

[…]

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como «condiciones habilitantes», ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

De considerase «condiciones habilitantes», se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

De esta manera, los factores de desempate afectan la «asignación de puntaje» en los términos del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que influyen en la «comparación de las propuestas». En efecto, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente . Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate de los numerales 1 y 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

**DOCUMENTOS PARA ACREDITAR CRITEROS DE DESEMPATE – Oportunidad para su presentación – SECOP II**

La documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección.

Ahora bien, considerando que los factores de desempate deben acreditarse con la entrega de la propuesta, las entidades deben configurar el pliego electrónico en los procedimientos adelantados por SECOP II de forma que los soportes se anexen antes del cierre. En este contexto, los documentos que acreditan cada una de las causales no podrían entregarse después de concretado el empate, especialmente, cuando son un criterio de adjudicación del contrato y, por ende, insubsanables después del cierre.

Por tanto, como se indica en la guía sobre el uso del SECOP II , la entidad deberá solicitar los factores de desempate en el cuestionario previsto en la sección 3 del pliego electrónico. En efecto, «En esta sección deberá indicar la información que los Proveedores deben presentar como su oferta para participar en el Proceso de Contratación». De esta manera, la guía también advierte que «[…] la información incluida en esta sección determina la oferta presentada por el Proveedor. Por lo cual cada requisito le deberá corresponder una pregunta en el cuestionario». Asimismo, la entidad «[…] puede agregar una pregunta “anexos” para solicitarle al Proveedor que adjunte un documento […]». Por lo demás, en la sección 4 del pliego relacionada con la evaluación la entidad «[…] podrá definir los factores de desempate que tendrá en cuenta en el caso de que se presente un empate entre las ofertas recibidas». Para estos efectos, «El SECOP II, habilitará una ventana emergente que incluya la descripción del factor y elija el tipo de factor que requiere utilizar […]».

Bogotá, 31 Mayo 2022 Texto

Descripción generada automáticamente

Señor

**Óscar Juan Pablo Hernández Arias**

Bogotá D.C.

**Concepto C ‒ 343 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Vigencia / ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.16 DEL DECRETO 1860 DE 2021 – Propósito – sujetos de especial protección constitucional / INCENTIVO DE FOMENTO – Ejecución de contratos estatales por sujetos de especial protección constitucional – Aplicación discrecional / ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1860 de 2021 / ACREDITACIÓN FACTORES DE DESEMPATE – Requisito insubsanable / DOCUMENTOS PARA ACREDITAR CRITEROS DE DESEMPATE – Oportunidad para su presentación – SECOP II |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220418003783 |

Estimado señor Hernández:

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 sus consultas del 18 de abril de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Cómo una Entidad Estatal puede medir el porcentaje de participación de sujetos de especial protección constitucional en un contrato cuya necesidad a satisfacer es a través de BIENES, un ejemplo claro es el contrato de suministro de papelería, toda vez que, la Entidad Estatal requiere cierta cantidad de bienes dependiendo su necesidad, la cual puede ser ejecutada por una o dos personas destinadas al cumplimiento del objeto contractual por parte del proveedor independientemente de la vinculación contractual que tiene con sus colaboradores o trabajadores, para dicho contrato el proveedor debe garantizar mínimo el (5%) o máximo el (10%) en la ejecución del contrato con sujetos de protección especial, dependiendo la oportunidad y conveniencia. En virtud de lo anterior, para una Entidad Estatal, es muy difícil medir el porcentaje mínimo requerido cuando se trata de BIENES, al incluir una obligación contractual con el porcentaje mínimo estipulado, el riesgo de incumplimiento contractual es muy alto, ya que no se podrá garantizar la obligación contractual?» y ii) «¿En qué momento la Entidad Estatal debe solicitar los documentos y soportes que acrediten los factores de desempate estipulados en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto Nacional 1082 de 2015, en un proceso de selección publicado en el SECOP II, al momento de crear el proceso como pregunta en el cuestionario o en aquellos procesos de menor valor cuando se concerta el empate?».

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, ii) regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y la reglamentación del inciso cuarto en el Decreto 1860 de 2021 y iii) insubsanabilidad de los documentos que acreditan el cumplimiento de los factores de desempate .

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 en varios conceptos[[2]](#footnote-3), los más recientes son los conceptos C-041 de 2 de marzo de 2022 y C-165 de 6 de abril de 2022. De igual manera, esta Agencia, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-390 de 3 de agosto de 2021 y C-199 de 13 de abril de 2022, entre otros[[3]](#footnote-4). Finalmente, sobre datos sensibles y sobre la existencia de reserva como excepción al deber de publicar la información contractual en el SECOP la Agencia emitió los conceptos C-104 de 6 de abril de 2021, C-187 de 28 de abril de 2021 y C-300 de 12 de mayo de 2021, entre otros. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

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

El 31 de diciembre de 2020 se expidió 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 ejerza la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política para la cumplida ejecución de esta ley. Para efectos de los temas relacionados con la contratación estatal, esto último se materializó con la expedición del Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones», y con el Decreto 442 del 28 de marzo de 2022, «Por el cual se modifica el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar el artículo 36 de la Ley 2069 de 2020 en lo relativo a la promoción de las compras públicas de tecnología e innovación».

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

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, y por ello, tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019[[9]](#footnote-10).

Por ello, la ley impulsa medidas para i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación, iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional, v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud colombiana, así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas[[10]](#footnote-11).

Además, como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, a continuación se estudiará el contenido de dicha norma así como alcance del decreto que lo reglamenta.

**2.2. Regulación de la promoción del desarrollo en la contratación pública en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y la reglamentación del inciso cuarto en 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.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 de 24 de diciembre de 2021, el cual adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.16 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Esto para desarrollar el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, el cual dispone que «[…] 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» (Énfasis fuera de texto). Para estos efectos, el artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, prescribe lo siguiente:

En 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 *fomentarán* en los pliegos de condiciones o documento equivalente que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y *sujetos de especial protección constitucional*, garantizando las condiciones de calidad y sin perjuicio de los Acuerdos Comerciales vigentes.

La participación de los sujetos anteriormente mencionados en la ejecución del contrato *se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso*, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones.

Esta provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, *de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado*.

*Previo análisis de oportunidad y conveniencia*, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.

El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos previstos en el presente artículo, *los sujetos de especial protección constitucional* son aquellas personas que debido a su particular condición física, psicológica o social merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, las víctimas del conflicto armado interno, las mujeres cabeza de familia, los adultos mayores, las personas en condición de discapacidad, así como la población de las comunidades indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente.

PARÁGRAFO 2. Para efectos de los Procesos de Contratación regidos por documentos tipo, con sujeción a la potestad prevista en este artículo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente regulará el porcentaje de sujetos de especial protección constitucional que el contratista destinará al cumplimiento de las obligaciones, las condiciones para incorporarlos a la ejecución del contrato y las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de la obligación. (Énfasis fuera de texto)

Como se aprecia, en primer lugar, la nueva norma está dirigida a las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos. En segundo lugar, dispone que en los pliegos de condiciones o documento equivalente deben implementarse mecanismos para que durante la ejecución del contrato estatal participen los *sujetos de especial protección constitucional* en la provisión de los bienes o servicios. De esta manera, la norma regula un parámetro cuantitativo, en la medida que dicha provisión no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato.

No obstante, la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso. Así las cosas, conforme a lo explicado en la memoria de la reglamentación, es necesario considerar que la regla de fomento:

[…] además de estar condicionada por un desarrollo normativo posterior, está limitada en el sentido que los mecanismos que se implementen para incentivar la provisión de bienes y servicios por población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en procesos de reintegración y reincorporación, o sujetos de especial protección constitucional, no afecten las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual. En ese sentido, cuando la norma se refiere al desarrollo reglamentario posterior, lo que hace es confiar al decreto la definición de reglas que permitan que los mecanismos que introduzcan las entidades en sus pliegos de condiciones y documentos equivalentes no atenten contra el debido cumplimiento del objeto contractual. *Por tanto, la inclusión de los mecanismos de fomento mencionados en inciso 4 del artículo 34 de la Ley 2069 en los pliegos de condiciones, e incluso en las obligaciones del contrato, es un asunto que compete a las entidades contratantes, dentro del marco que determine el reglamento*[[13]](#footnote-14). (Énfasis fuera de texto)

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios *de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato,* debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional. Esto en la medida que corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

En efecto, el ejercicio de potestades discrecionales comporta valoraciones de conveniencia, ya que la norma no predetermina el contenido de la decisión sino que la deja a la libre consideración del órgano competente. En otras palabras, queda a la Administración la facultad de valorar la oportunidad de actuar o dejar de hacerlo. Esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa no correspondería a ejercicio de una potestad reglada[[14]](#footnote-15). De esta manera, la doctrina explica que:

[…] la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, *bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia*, bien para optar entre una u otra soluciones posibles cuando la tarea de gobernar o de administrar impone tomar una decisión[[15]](#footnote-16). (Énfasis fuera de texto)

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* yla *conveniencia* se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría Acuerdos Comerciales vigentes ni pone en riesgo la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato. Por el contrario, si estima que el incentivo no cumple los criterios anteriormente expuestos por las razones que se expresen en los documentos del proceso, no aplicará la regla de fomento del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Insubsanabilidad de los documentos que acreditan el cumplimiento de los factores de desempate. Especial referencia a la solicitud de los soportes en los procesos adelantados por SECOP II**

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

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

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección[[16]](#footnote-17).

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población[[17]](#footnote-18). Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-19).

Actualmente, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Estos criterios aplican de forma sucesiva y excluyente en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales. Además, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 –que adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015– reglamenta la forma de acreditar las circunstancias a las que se refiere cada una de las causales previstas en la ley, permitiendo la debida aplicación de los factores de desempate para garantizar la selección objetiva de los contratistas.

Precisado lo anterior, corresponde analizar los siguientes aspectos: i) el momento en el que el proponente debe aportar los documentos que acreditan las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y ii) si la no entrega de estos documentos es subsanable. Para estos efectos, es necesario realizar algunas consideraciones sobre el alcance de la regla de subsanabilidad en los procesos de selección.

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[…] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias[[19]](#footnote-20).

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «necesarios para la comparación de propuestas». De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación[[20]](#footnote-21); y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta[[21]](#footnote-22).

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de esta no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente: «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización». Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no. Si la Administración, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[22]](#footnote-23).

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

[...]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, iii) introduce modificaciones en relación con tres (3) aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización[[23]](#footnote-24).

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados; pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: «PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: *«*los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»**.** Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

[…] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente.[[24]](#footnote-25)

De igual manera, en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020, la obligación del proponente de presentar su oferta de manera íntegra es congruente con el numeral 1.6. del documento base. Al respecto, el pliego dispone que:

El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el Proceso.

En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables.

Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que debe interpretarse la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada[[25]](#footnote-26).

Analizada la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

Para los documentos tipo de licitación –versión 3– y selección abreviada –versión 2– de obra pública de infraestructura de transporte, esta idea es congruente con el numeral 1.6 del pliego de condiciones. Al respecto, el documento base dispone que «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate*, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación» (Énfasis fuera de texto).

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como «condiciones habilitantes», ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

De considerase «condiciones habilitantes», se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

De esta manera, los factores de desempate afectan la «asignación de puntaje» en los términos del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que influyen en la «comparación de las propuestas». En efecto, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente[[26]](#footnote-27). Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate de los numerales 1 y 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

Dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección.

Ahora bien, considerando que los factores de desempate deben acreditarse con la entrega de la propuesta, las entidades deben configurar el pliego electrónico en los procedimientos adelantados por SECOP II de forma que los soportes se anexen antes del cierre. En este contexto, los documentos que acreditan cada una de las causales no podrían entregarse después de concretado el empate, especialmente, cuando son un criterio de adjudicación del contrato y, por ende, insubsanables después del cierre.

Por tanto, como se indica en la guía sobre el uso del SECOP II[[27]](#footnote-28), la entidad deberá solicitar los factores de desempate en el *cuestionario* previsto en la sección 3 del pliego electrónico. En efecto, «En esta sección deberá indicar la información que los Proveedores deben presentar como su oferta para participar en el Proceso de Contratación». De esta manera, la guía también advierte que «[…] la información incluida en esta sección determina la oferta presentada por el Proveedor. Por lo cual cada requisito le deberá corresponder una pregunta en el cuestionario». Asimismo, la entidad «[…] puede agregar una pregunta “anexos” para solicitarle al Proveedor que adjunte un documento […]». Por lo demás, en la sección 4 del pliego relacionada con la *evaluación* la entidad «[…] podrá definir los factores de desempate que tendrá en cuenta en el caso de que se presente un empate entre las ofertas recibidas». Para estos efectos, «El SECOP II, habilitará una ventana emergente que incluya la descripción del factor y elija el tipo de factor que requiere utilizar […]».

**3. Respuestas**

i) «¿Cómo una Entidad Estatal puede medir el porcentaje de participación de sujetos de especial protección constitucional en un contrato cuya necesidad a satisfacer es a través de BIENES, un ejemplo claro es el contrato de suministro de papelería, toda vez que, la Entidad Estatal requiere cierta cantidad de bienes dependiendo su necesidad, la cual puede ser ejecutada por una o dos personas destinadas al cumplimiento del objeto contractual por parte del proveedor independientemente de la vinculación contractual que tiene con sus colaboradores o trabajadores, para dicho contrato el proveedor debe garantizar mínimo el (5%) o máximo el (10%) en la ejecución del contrato con sujetos de protección especial, dependiendo la oportunidad y conveniencia. En virtud de lo anterior, para una Entidad Estatal, es muy difícil medir el porcentaje mínimo requerido cuando se trata de BIENES, al incluir una obligación contractual con el porcentaje mínimo estipulado, el riesgo de incumplimiento contractual es muy alto, ya que no se podrá garantizar la obligación contractual?».

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, la aplicación del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015, que se traduce en la inclusión de obligaciones a cargo del contratista cuyo incumplimiento podría acarrearle sanciones pecuniarias, no es automática en todos los procesos de selección iniciados a partir de la vigencia del Decreto 1860 de 2021. Esto ya que el incentivo, además de garantizar las condiciones de calidad y el cumplimiento adecuado del objeto contractual sin perjuicio de los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, también está supeditado al análisis previo de oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso.

En consecuencia, dado que el fomento a la ejecución de contratos estatales con participación de sujetos de especial protección constitucional en la provisión de los bienes y servicios para el cumplimiento del objeto contractual se realizará bajo criterios *de oportunidad y conveniencia, garantizando la calidad y sin poner en riesgo el cumplimiento del contrato,* debe concluirse que la aplicación de este incentivo es de naturaleza discrecional. Esto en la medida que corresponderá a la entidad contratante, en la etapa de planeación, determinar si es oportuno o inconveniente incluir dicha provisión en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes.

En efecto, el ejercicio de potestades discrecionales comporta valoraciones de conveniencia, ya que la norma no predetermina el contenido de la decisión sino que la deja a la libre consideración del órgano competente. En otras palabras, queda a la Administración la facultad de valorar la oportunidad de actuar o dejar de hacerlo. Esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa no correspondería a ejercicio de una potestad reglada.

Por tanto, si previa valoración de la *oportunidad* yla *conveniencia* se concluye que el incentivo no pone en riesgo las condiciones de calidad, no contraría Acuerdos Comerciales vigentes ni pone en riesgo la adecuada ejecución del objeto contractual, la entidad contratante estructurará el pliego de condiciones o documento equivalente exigiendo el porcentaje dentro del rango previsto en la norma en comento y fijando las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento injustificado en la minuta del contrato. Por el contrario, si estima que el incentivo no cumple los criterios anteriormente expuestos por las razones que se expresen en los documentos del proceso, no aplicará la regla de fomento del artículo 2.2.1.2.4.2.16 del Decreto 1082 de 2015.

ii) «¿En qué momento la Entidad Estatal debe solicitar los documentos y soportes que acrediten los factores de desempate estipulados en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto Nacional 1082 de 2015, en un proceso de selección publicado en el SECOP II, al momento de crear el proceso como pregunta en el cuestionario o en aquellos procesos de menor valor cuando se concerta el empate?».

Dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección.

Ahora bien, considerando que los factores de desempate deben acreditarse con la entrega de la propuesta, las entidades deben configurar el pliego electrónico en los procedimientos adelantados por SECOP II de forma que los soportes se anexen antes del cierre. En este contexto, los documentos que acreditan cada una de las causales no podrían entregarse después de concretado el empate, especialmente, cuando son un criterio de adjudicación del contrato y, por ende, insubsanables después del cierre.

Por tanto, como se indica en la guía sobre el uso del SECOP II, la entidad deberá solicitar los factores de desempate en el *cuestionario* previsto en la sección 3 del pliego electrónico. En efecto, «En esta sección deberá indicar la información que los Proveedores deben presentar como su oferta para participar en el Proceso de Contratación». De esta manera, la guía también advierte que «[…] la información incluida en esta sección determina la oferta presentada por el Proveedor. Por lo cual cada requisito le deberá corresponder una pregunta en el cuestionario». Asimismo, la entidad «[…] puede agregar una pregunta “anexos” para solicitarle al Proveedor que adjunte un documento […]». Por lo demás, en la sección 4 del pliego relacionada con la *evaluación* la entidad «[…] podrá definir los factores de desempate que tendrá en cuenta en el caso de que se presente un empate entre las ofertas recibidas». Para estos efectos, «El SECOP II, habilitará una ventana emergente que incluya la descripción del factor y elija el tipo de factor que requiere utilizar […]».

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: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

   »[...]

   »5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

   «Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

   »[...]

   »8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Esta Agencia también se pronunciado sobre el tema en 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.

   [↑](#footnote-ref-3)
3. La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 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-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículos 2 al 29. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 30 al 36. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 37 al 45. [↑](#footnote-ref-7)
7. Artículos 46 al 73. [↑](#footnote-ref-8)
8. Artículos 74 al 83. [↑](#footnote-ref-9)
9. Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios […] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>). [↑](#footnote-ref-10)
10. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13. [↑](#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)
13. DNP, Memoria Justificativa del proyecto de decreto de 24/09/2021, publicada en página web: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/SEGUNDA%20PUBLICACI%c3%93N%20-%20MEMORIA%20JUSTIFICATIVA%2024\_09\_2021.pdf [↑](#footnote-ref-14)
14. En efecto, «En el caso de la determinación *precisa* del interés público, la Administración no tiene potestad alguna de valoración de éste en orden a la oportunidad de actuar o no, por lo que su actividad se llama *reglada*. En cambio, en el caso de determinación *imprecisa*, a la Administración le queda de cualquier modo, la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no, potestad que es mas o menos amplia según los casos […]. Tal potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa se llama potestad *discrecional* o *discrecionalidad* […]» (ALESSI, Renato. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Barcelona: Bosch, 1970. p. 118. Énfasis dentro del texto) [↑](#footnote-ref-15)
15. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994. p. 114. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918. [↑](#footnote-ref-17)
17. Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponentge: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común […]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-21)
21. Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-22)
22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-23)
23. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-26)
26. El primer inciso del artículo 2º de la Ley 816 de 2003 dispone lo siguiente: «Las entidades de que trata el artículo 1° 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». Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal […]». [↑](#footnote-ref-27)
27. Cfr. <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-18guiasecopii_eepclicitacionpublica20-04-2022.pdf>. [↑](#footnote-ref-28)