**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.



Señora

**Ana María Rojas Gutiérrez**

**Bogotá, D.C.**

**Concepto C-143 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Ley 2195 de 2022 – Artículo 58 /  REDUCCIÓN DE PUNTAJE – Alcance – Procesos exceptuados de la reducción del puntaje. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220217001603 |

Estimada señora Jiménez:

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 17 de febrero 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: «Según lo anterior, en procesos de contratación estatal donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, no se aplicará esta reducción de puntaje. la consulta puntual es ¿cuáles son los procesos de contratación estatal donde únicamente se pondera el menor precio ofrecido además de los de mínima cuantía?».

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 y C-125 del 24 de marzo de 2022 se pronunció sobre el ámbito de aplicación del artículo 58 de la Ley 2195 de 2022. 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 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 […]»[[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 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.

**3. Respuesta**

«Según lo anterior, en procesos de contratación estatal donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, no se aplicará esta reducción de puntaje. la consulta puntual es ¿cuáles son los procesos de contratación estatal donde únicamente se pondera el menor precio ofrecido además de los de mínima cuantía?»

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 que a los 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.

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: | Gabriel Alejandro Murcia Taboada  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector 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)