CCE-DES-FM-17

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

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

Para el cumplimiento de tales fines, el artículo 1 dispone que las entidades estatales, en los procedimientos de selección que realicen e independientemente del régimen contractual que les sea aplicable, deben adoptar criterios que apoyen la industria nacional. En consonancia con lo anterior, el parágrafo de dicho artículo indica que: Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.

**DOCUMENTOS TIPO – Diligenciamiento del Formato 9 – Servicios Nacionales**

La entrada en vigor del Decreto 680 de 2021, al modificar la noción de Servicios Nacionales contenida en el Decreto 1082 de 2015, generó la necesidad de adecuar los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las potestades conferidas por la Ley 2022 de 2020. Lo anterior considerando que, en los documentos vigentes antes de dicho Decreto, el puntaje por apoyo a la industria nacional y la verificación de la procedencia del trato nacional se encontraban desarrolladas conforme con la antigua concepción de Servicio Nacional, por lo que para acceder al máximo puntaje, anteriormente, bastaba con acreditar ser una persona natural colombiana o una persona jurídica constituida de acuerdo con la ley colombiana. Debido a esto, el parágrafo segundo del artículo 3 de tal decreto, contempló un plazo de tres (3) meses para que esta Agencia realizara la adecuación de los documentos tipo.

En atención a este mandato, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en desarrollo del procedimiento de actualización regulado por la Resolución 160 de 2020, expidió la Resolución 304 de 2021 «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente». Esta resolución modificó y adicionó los documentos base, formatos y matrices de los documentos tipo de infraestructura de transporte –en sus distintas modalidades–, agua potable y saneamiento básico e infraestructura social, introduciendo una metodología aplicable a la mayoría de estos procedimientos, a partir de la cual, en aplicación de la definición de Servicios Nacionales del Decreto 680 de 2021, se otorga el puntaje por apoyo a la industria nacional en consideración al ofrecimiento de los bienes nacionales relevantes. De acuerdo con esta metodología, las entidades pueden establecer de manera objetiva los bienes nacionales que resultan relevantes para el desarrollo del objeto contractual, que al estar incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales son determinantes para la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional.

**PUNTAJE POR SERVICIOS NACIONALES O CONTRATO NACIONAL – Proponente Nacional – Acreditación – Requisitos – Documento Base – Numeral 4.3.1.1 – Formato 9A**

[…] el numeral 4.3.1.1 del Documento Base de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte - Versión 3, modificado por la Resolución 304 de 2021, dispone que, para obtener el puntaje por Servicios Nacionales el proponente nacional deberá presentar, además del «Formato 9A – Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional», los siguientes documentos, según corresponda: i) Persona natural colombiana: La cédula de ciudadanía del Proponente, ii) Persona natural extranjera residente en Colombia: La visa de residencia que le permita la ejecución del objeto contractual de conformidad con la ley y, iii) Persona jurídica constituida en Colombia: El certificado de existencia y representación legal emitido por alguna de las cámaras de comercio del país.

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, para obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional en el marco de procesos adelantados con documentos tipo, resulta indispensable acompañar la cédula de ciudadanía, la visa de residencia o el certificado de existencia y representación, según corresponda, del «Formato 9A - Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional» debidamente suscrito, y el cual recoge en su contenido los diferentes parámetros introducidos por el Decreto 680 de 2021, a efectos de calificar el servicio ofertado como nacional. Conforme a ello, en el mencionado formato se encuentra plasmado el compromiso de los proponentes de incorporar los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad, o en su defecto, el de vincular el porcentaje mínimo de personal para la ejecución del contrato y, en el caso de los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional, para manifestar su voluntad de acogerse a la regla de origen del respectivo país. Por esto, la no presentación del «Formato 9A» hace inviable otorgar puntaje por apoyo a la industria nacional, independientemente de que el respectivo proponente haya acreditado la condición de natural colombiano, residente en Colombia o persona jurídica constituida conforme a la ley colombiana con los documentos exigidos por la citada disposición, en el entendido de que tal situación indica que el proponente no ha cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos por el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 680 de 2021, y el Documento Base para la asignación del puntaje.

**DOCUMENTOS TIPO** **– Inalterabilidad – Principio de prevalencia del derecho sustancial**

[…] la regla de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizarse con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirvan para ello los actores del sistema de contratación pública.

De acuerdo con lo anterior, el carácter inalterable de los Documentos Tipo no puede hacerse extensivo a los aspectos simplemente formales de tales documentos, esto es, el tamaño y tipo de letra, las márgenes o las expresiones que pretenden hacer más comprensible el documento, como es el caso de aquellas que informan que una expresión larga será referida con otra similar pero más corta. Lo anterior teniendo en cuenta que estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los Documentos Tipo, esto es, no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

Bogotá D.C. 21 de septiembre de 2022



Señora

**Sara Inés Alvarado Carvajal**

Tunja – Boyacá

**Concepto C – 600 de 2022**

**Temas**: INDUSTRIA NACIONAL – Ley 816 de 2003 – Bienes y servicios nacionales / DOCUMENTOS TIPO – Diligenciamiento del Formato 9 – Servicios Nacionales / PUNTAJE POR SERVICIOS NACIONALES O CONTRATO NACIONAL – Proponente nacional – Acreditación – Requisitos – Documento Base – Numeral 4.3.1.1 – Formato 9A / DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Principio de prevalencia del derecho sustancial.

**Radicación**: Respuesta a consulta P20220810007908

Estimada señoraAlvarado,

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 de fecha 9 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

Respecto a la asignación de puntaje por servicios nacionales consagrada en los documentos tipo y su forma de acreditación, usted formula la siguiente consulta:

«Si un ofrente, modifica, cambia o no hace uso de los formatos ponderables del pliego tipo, ejemplo formato 9 PROMOCIÓN DE SERVICIOS NACIONALES O CON TRATO NACIONAL (no presenta el formato) pero si presenta el contenido nuna hoja sin formato, la enidad le debe otorgar los puntos o no» (Sic)

**2. 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 temáticas de la contratación estatal y las compras públicas. Dado esto, 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. 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[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, tampoco puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual -dentro del límite de sus atribuciones, esto es haciendo abstracción del caso particular expuesto- resolverá su consulta conforme las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de Servicios Nacionales introducida por el Decreto 680 de 2021, ii) la regulación del puntaje por apoyo a la industria nacional en procesos adelantados con documentos tipo después de la expedición del Decreto 680 de 2021 y iii) el alcance de la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la aplicación del Decreto 680 de 2021 y el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional en los procedimientos de selección en los conceptos C-442 del 26 de agosto de 2021, C-542 del 20 de octubre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021,C-020 del 22 de febrero de 2022, C-219 del 21 de abril de 2022 y C-265 del 4 de abril de 2022. Así mismo, la Agencia explicó la aplicación de la Resolución 304 de 2021 «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente» en los conceptos C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-647 del 22 de noviembre de 2021, C-688 del 4 de enero de 2022, C-166 del 5 de abril de 2022, C-196 del 13 de abril de 2022, C-201 del 13 de abril de 2022, C-327 del 23 de mayo de 2022, C-352 del 2 de junio de 2022 y C-396 del 15 de junio de 2022. De igual forma, en los conceptos C–144 de 2 de marzo de 2020, C-174 del 16 de marzo de 2020, C-129 del 24 de marzo de 2020, C-193 del 6 de abril de 2020, C–189 del 8 de abril de 2020, C-009 del 27 de abril de 2020, C-289 del 26 de mayo de 2020, C-332 del 26 de mayo de 2020, C-354 del 4 de junio de 2020, C-384 del 4 de junio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-411 del 30 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-427 del 9 de julio de 2020, C-395 del 9 de julio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-444 del 13 de julio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-466 del 24 de julio de 2020, C-420 del 28 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-478 del 30 de julio de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-531 del 21 agosto de 2020, C-546 del 26 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-630 del 21 de octubre de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-635 del 29 de octubre de 2020, C-653 del 9 de noviembre de 2020, C-665 del 11 de noviembre de 2020, C-698 del 19 de noviembre de 2020, C-716 del 30 de noviembre de 2020, C-058 del 8 de marzo de 2022, entre otros, explicó el principio de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones. Las tesis desarrolladas se expondrán a continuación y se complementarán en lo pertinente.

**2.1. Otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional de conformidad con la Ley 816 de 2003 y la noción de *Servicios Nacionales* introducida por el Decreto 680 de 2021**

La Ley 816 de 2003 «Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública», tiene como objetivo promover una mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las entidades públicas. De igual manera, la citada Ley adoptó con el propósito de crear un factor de preferencia para las propuestas que ofrezcan productos o servicios nacionales[[2]](#footnote-2).

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

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

En materia de contratación pública, dicho trato nacional es aplicable a los proponentes que ofrezcan bienes y servicios nacionales, de conformidad con las definiciones del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, así como a los extranjeros que cumplan con los criterios que se encuentran regulados en el artículo 2.2.1.2.4.1.3. del mismo Decreto[[3]](#footnote-3), en el que se establece la forma como se debe acreditar la existencia de trato nacional para extranjeros, dependiendo del fundamento de este y exigiendo el certificado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no exista tratado, ni regulación andina aplicable. Por otra parte, las entidades estatales deben aplicar en sus procedimientos de selección lo previsto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, que establece un criterio de calificación diferencial, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

 Aclarado el alcance de la norma que promueve el factor de evaluación de apoyo a la industria nacional en las compras públicas, es importante señalar que la aplicación del puntaje al que se refiere el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 fue reglamentado mediante el Decreto 680 de 2021. Por lo tanto, ha de tenerse en cuenta la nueva regulación de la regla de origen contemplada en este Decreto. En primer lugar, el artículo 1 del mencionado Decreto modificó parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, para definir los *Servicios Nacionales* en forma distinta, así:

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, la noción de *Servicios Nacionales* no está determinada únicamente por la naturaleza jurídica de su prestador, ya que además de tratarse de una persona natural colombiana o jurídica conformada según la ley colombiana, se requiere que la propuesta, en principio, incluya en la ejecución del contrato la utilización de los bienes nacionales relevantes. En ese sentido, la definición de *Servicios Nacionales* remite a la noción de *Bienes Nacionales* establecida en el mismo artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, que dispone que son aquellos «Bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». El artículo 1 del Decreto 2680 de 2009 dispone que «Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente decreto».

En consecuencia, si el contrato debe cumplirse en Colombia, la entidad estatal debe definir los bienes nacionales relevantes, pues el uso de estos por parte del proponente es uno de los criterios que permiten establecer si el servicio puede calificarse como nacional –el otro criterio es la vinculación del porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda–. Si el contrato no debe cumplirse en Colombia, para que el servicio sea nacional, no es necesario que se usen bienes o personal colombianos, sino que basta con que sea prestado «por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos». Lo anterior en consonancia con el artículo 1 del Decreto 680 de 2021.

De otra parte, el último inciso de la definición transcrita establece una prerrogativa aplicable solo a los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional. Conforme a esta, es posible establecer si se acoge la regla de origen establecida en el Decreto 1082 de 2015, o si por el contrario se acredita el origen de los servicios conforme a las reglas de sus correspondientes países o las contemplada en los respectivos Acuerdos Comerciales. Esto es aplicable oferentes de países con Acuerdos Comerciales vigentes, los provenientes de países que tengan trato nacional por reciprocidad y a los miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

De otra parte, el Decreto 680 de 2021 consagra, en el artículo 2, unos lineamientos que deben seguir las entidades estatales para definir los *bienes colombianos relevantes* y otorgar el puntaje de que trata el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En efecto, el artículo 2 del Decreto en comento, establece:

«Adiciónese el artículo 2.2.1.2.4.2.9. 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, cuyo texto será el siguiente:

«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.9. Puntaje para la promoción de la industria nacional en los Procesos de Contratación de servicios. La Entidad Estatal en los Procesos de Contratación de servicios, otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que oferte Servicios Nacionales o servicios extranjeros con trato nacional de acuerdo con la regla de origen aplicable.

En los contratos que deban cumplirse en Colombia, la Entidad Estatal definirá de manera razonable y proporcionada los bienes colombianos relevantes teniendo en cuenta:

1. El análisis del sector económico y de los oferentes, y, toda aquella información adicional con la que cuente la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación;

2. El porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del Proceso de Contratación; y

3. La existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.

La Entidad Estatal documentará este análisis y dejará constancia en los Documentos del Proceso».

Según el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, que desarrolla lo establecido en la Ley 816 de 2003, para definir los bienes colombianos relevantes, la entidad estatal debe tener en cuenta tres criterios, a saber: i) el análisis del sector económico y de los oferentes, además de toda aquella información recabada en la etapa de planeación proceso, ii) el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto del proceso de contratación y iii) la existencia de los bienes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, en los términos del Decreto 2680 de 2009. Las entidades estatales deben valerse de estos criterios para analizar los insumos requeridos para la ejecución del objeto contractual ofertado y establecer cuales constituyen los bienes nacionales relevantes, análisis que debe constar en los Documentos del Proceso. Se considera importante que en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes se establezca con claridad que bienes colombianos deben incluir en las propuestas para que puedan ser consideradas de origen nacional y, en consecuencia, optar al puntaje por apoyo a la industria nacional.

El penúltimo inciso del artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021, establece una regla subsidiaria para otorgar el puntaje de industria nacional en procesos de contratación en los que, en atención al objeto contractual no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los bienes relevantes en el Registro de Productores de Bienes Nacionales. Esta regla consiste en otorgar el puntaje al proponente que vincule el porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos establecido por la entidad estatal, el cual no podrá ser inferior al cuarenta por ciento (40%) del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato. Conforme a esta regla residual, cuando en el marco de la fase de planeación, la entidad estatal no logre establecer que el objeto contractual requiera de bienes nacionales que se ajusten a los referidos criterios, deberá otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los proponentes que se comprometan a ejecutar el contrato garantizando la participación de personal colombiano en el correspondiente porcentaje mínimo.

 De acuerdo con lo anterior, corresponde a las entidades estatales, dentro de la planeación de los procesos de selección competitivos que adelantan, establecer cuál de las dos alternativas para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional tendrá aplicación, para lo cual deben realizar un análisis que conste en los Documentos del Proceso. Adicionalmente, en la medida en que el Decreto 680 de 2021 no establece ninguna regla especifica al respecto, se estima indispensable que las entidades estatales, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-4), establezcan en los pliegos de condiciones las reglas por las que deben seguirse los proponentes al momento de presentar sus ofertas para poder obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional.

 En consonancia con lo aquí explicado, tales reglas aplicables a la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional no solo deberán reparar en si el oferente es una persona natural colombiana, una persona jurídica constituida conforme a la ley nacional, un proponente extranjero con derecho a trata nacional o un proponente plural conformado por estos, sino que además deben procurar en que se satisfaga el criterio adicional necesario para hablar de *Servicio Nacional*, en cualquiera de las dos alternativas por las que se haya decantado la entidad tras aplicar el artículo del 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 680 de 2021. En ese sentido, si se determinó que existen bienes con una participación importante en el presupuesto incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, para otorgar el puntaje la entidad deberá verificar que el oferente efectivamente se haya comprometido a hacer uso de esos bienes en la ejecución del contrato en caso de resultar adjudicatario, o en su defecto, que se haya hecho el compromiso de vincular el personal mínimo establecido por la entidad, el cual, se reitera, no podrá ser inferior al cuarenta (40%).

**2.2. Regulación del puntaje por apoyo a la industria nacional en procesos adelantados con documentos tipo después de la expedición del Decreto 680 de 2021**

La entrada en vigor del Decreto 680 de 2021, al modificar la noción de *Servicios Nacionales* contenida en el Decreto 1082 de 2015, generó la necesidad de adecuar los documentos tipo expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en ejercicio de las potestades conferidas por la Ley 2022 de 2020[[5]](#footnote-5). Lo anterior considerando que, en los documentos vigentes antes de dicho Decreto, el puntaje por apoyo a la industria nacional y la verificación de la procedencia del trato nacional se encontraban desarrolladas conforme con la antigua concepción de *Servicio Nacional*, por lo que para acceder al máximo puntaje, anteriormente, bastaba con acreditar ser una persona natural colombiana o una persona jurídica constituida de acuerdo con la ley colombiana. Debido a esto, el parágrafo segundo del artículo 3 de tal decreto, contempló un plazo de tres (3) meses para que esta Agencia realizara la adecuación de los documentos tipo.

En atención a este mandato, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en desarrollo del procedimiento de actualización regulado por la Resolución 160 de 2020, expidió la Resolución 304 de 2021 «Por la cual se modifican los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente».

Esta resolución modificó y adicionó los documentos base, formatos y matrices de los documentos tipo de infraestructura de transporte –en sus distintas modalidades–, agua potable y saneamiento básico e infraestructura social, introduciendo una metodología aplicable a la mayoría de estos procedimientos, a partir de la cual, en aplicación de la definición de Servicios Nacionales del Decreto 680 de 2021, se otorga el puntaje por apoyo a la industria nacional en consideración al ofrecimiento de los bienes nacionales relevantes. De acuerdo con esta metodología, las entidades pueden establecer de manera objetiva los bienes nacionales que resultan relevantes para el desarrollo del objeto contractual, que al estar incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales son determinantes para la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional.

Vale la pena aclarar que la metodología definida en la Resolución 304 de 2021 no es aplicable para todos los procesos de contratación que deban utilizar los documentos tipo. Así, la «Matriz – Bienes Nacionales Relevantes», que incorpora la referida metodología, se adoptó para los siguientes documentos tipo: i) Documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3–. ii) Documentos tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte –versión 2–. iii) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico. iv) Documentos tipo para procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano. v) Documentos tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura social.

Por otro lado, se advierte que las modificaciones realizadas por la Resolución 304 de 2021, se encuentran vigentes para los procesos cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre de 2021.

Para efectos de su petición, es menester precisar que en la consulta no mencionó algún documento tipo en particular, por lo que la misma se resolverá tomando como referencia los «Documentos tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte -Versión 3», teniendo en cuenta la mención al «Formato 9 – Puntaje de Industria Nacional».

Concretamente, el Capítulo I de la Resolución modifica los documentos tipo de infraestructura de transporte. En atención a las disposiciones contenidas en el Decreto 680 de 2021, fueron reformados los siguientes numerales del documento base: 4.3 «Apoyo a la industria nacional», 4.3.1 «Promoción de servicios nacionales o con trato nacional», 4.3.1.1 «Acreditación del puntaje por servicios nacionales o con trato nacional» y 4.3.2. «Incorporación de componente nacional en servicios extranjeros». Además, se incluye la Matriz 4 - Bienes nacionales relevantes para la obra pública del sector transporte y se modifican los formatos y anexos respectivos.

Ahora bien,el numeral 4.3 *«Apoyo a la Industria Nacional»* del «Documento Base de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte - Versión 3» indica que, *«los proponentes pueden obtener puntaje de apoyo a la industria nacional por: i) Servicios Nacionales o con Trato Nacional o por ii) la incorporación de componente nacional en servicios extranjeros […]»,* es decir, que el proponente deberá verificar en primer lugar si accederá al referido puntaje mediante alguno de los dos conceptos mencionados que se relacionan así en la siguiente tabla:

| **Concepto** | **Puntaje** |
| --- | --- |
| Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional | 20 |
| Incorporación de componente nacional en servicios extranjeros | 5 |

Así mismo, el numeral 4.3.1 *ibidem* *«Promoción De Servicios Nacionales o Con Trato Nacional»* explica cómo el proponente se hace acreedor para el otorgamiento de puntaje, las reglas que las entidades deben tener en cuenta para definir los Bienes Nacionales Relevantes y el porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos al que deberán comprometerse los proponentes en caso de que ninguno de los bienes relevantes están incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, con el fin de que la entidad estatal otorgue el puntaje.

De igual forma, para la *«Acreditación del Puntaje por Servicios Nacionales o Con Trato Nacional»* el numeral 4.3.1.1 prevé que:

*«Para que el Proponente nacional obtenga puntaje por Servicios Nacionales debe presentar, además del Formato 9 A – Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional, alguno de los siguientes documentos, según corresponda:*

1. *Persona natural colombiana: La cédula de ciudadanía del Proponente.*
2. *Persona natural extranjera residente en Colombia: La visa de residencia que le permita la ejecución del objeto contractual de conformidad con la ley.*
3. *Persona jurídica constituida en Colombia: El certificado de existencia y representación legal emitido por alguna de las cámaras de comercio del país»* [Énfasis fuera de texto].

Así las cosas, para el otorgamiento del puntaje por apoyo a la industria nacional un proponente nacional tendrá que presentar los documentos anteriormente enunciados, acompañados del «Formato 9A», tal y como se indica en el «Documento Base de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte - Versión 3». El «Formato 9A - *Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional*» comienza con una nota aclaratoria en relación a su alcance, en la cual dispone que:

«[Este Formato ÚNICAMENTE debe ser diligenciado por los Proponentes nacionales o extranjeros con trato nacional, o los Proponentes Plurales integrados por estos. En ningún caso el Formato debe diligenciarse por los Proponentes extranjeros sin derecho a trato nacional que opten por el puntaje correspondiente a la incorporación de componente nacional en servicios extranjeros]».

De acuerdo con el ámbito de aplicación de la primera franja del puntaje por apoyo a la industria nacional, el «Formato 9A» solo debe ser diligenciado por proponentes nacionales o extranjeros con derecho a trato nacional, al igual que por los proponentes plurales que estos conformen. Lo anterior comoquiera que son estos los sujetos habilitados para acceder al puntaje al que se refiere el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

El «Formato 9A» recoge en su contenido los diferentes parámetros introducidos por el Decreto 680 de 2021, a efectos de calificar el servicio ofertado como nacional y, en consecuencia, otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional proponente que presente el mencionado formato debidamente diligenciado, acompañado de la documentación correspondiente. Conforme a esto, el «Formato 9A» es el documento destinado a recoger el compromiso de los proponentes de incorporar los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad, o en su defecto, el de vincular el porcentaje mínimo de personal para la ejecución del contrato y, en el caso de los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional, para manifestar su voluntad de acogerse a la regla de origen del respectivo país. Para estos efectos, el referido formato contempla las siguientes opciones:

[**Opción 1.** Incorporar si la Entidad Estatal determina que existe al menos un bien nacional relevante contenido en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, aplicando la definición de Servicios Nacionales del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 y la metodología definida en la Matriz 4- Bienes nacionales relevantes para la obra pública del sector transporte]

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que en caso de resultar adjudicatario incorporaré a la ejecución del contrato los bienes nacionales relevantes establecidos por la Entidad Estatal en el Pliego de Condiciones:

| **No.** | **Bien nacional relevante** | **Fecha de inscripción** | **Fecha de vigencia** | **No. de partida arancelaria** | **% de participación**  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1. |  |  |  |  |  |
| 2. |  |  |  |  |  |

El cumplimiento de esta obligación será verificado por la interventoría o la supervisión, según corresponda, durante la ejecución del contrato. A tales efectos, se deberán presentar facturas, órdenes de compras, certificaciones y cualquier otro documento que permita establecer que los bienes empleados para el desarrollo de la obra efectivamente fueron adquiridos a proveedores inscritos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales y que fueron obtenidos durante la vigencia del registro de los respectivos bienes.

[**Opción 2.** Incorporar si la Entidad determina que no existen bienes nacionales relevantes incluidos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, aplicando la definición de Servicios Nacionales del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015]

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que en caso de resultar adjudicatario para la ejecución del objeto contractual destinaré un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, de al menos el [el Proponente incluirá el porcentaje definido por la Entidad Estatal en el numeral 4.3.1 del documento base que sea por lo menos del cuarenta por ciento (40 %), sin perjuicio de incluir uno superior] del total del personal requerido para el cumplimiento del contrato.

Para el cumplimiento de esta obligación, tendrá que verificarse la nacionalidad del personal, para lo que deberá presentarse alguno de los documentos previstos en el numeral 4.3.1.1 del documento base de las personas con las cuales se cumple el porcentaje de personal no inferior al [el Proponente incluirá el porcentaje definido por la Entidad Estatal en el numeral 4.3.1 del documento base que sea por lo menos del cuarenta por ciento (40 %), sin perjuicio de incluir uno superior]. Adicionalmente, el Contratista, a partir de iniciar la ejecución del contrato, deberá allegar mensualmente una declaración expedida por su representante legal en la que conste que mantiene el porcentaje de personal nacional y adjuntar el soporte de la vinculación laboral o por prestación de servicios de ese personal.

[**Opción 3.** Esta opción ÚNICAMENTE puede ser diligenciada por los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional o Proponentes Plurales conformados por estos, que manifiesten su voluntad de acogerse a la regla de origen de su país]

Manifiesto que los servicios ofrecidos para la eventual ejecución del objeto contractual son originarios de [indicar nombre del país de origen de los servicios], país con el que la República de Colombia [indicar si: A) tiene vigente un Acuerdo Comercial, en los términos del Capítulo VI del documento base; B) ha certificado Trato Nacional por reciprocidad; o C) se trata de un país miembro de la Comunidad Andina de Naciones].

A efectos de demostrar el origen de los servicios, me acojo a la regla de origen prevista en [Indicar el instrumento jurídico o comercial en el que se regula la regla de origen del correspondiente país], para lo cual adjunto la siguiente documentación: [Señalar anexos al Formato 9, requeridos para demostrar el origen de los servicios en el correspondiente país].

Conforme a esto, para obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional, las personas naturales colombianas o residentes en Colombia, las personas jurídicas constituidas conforme a la ley nacional, así como los proponentes plurales conformados por estas, deben presentar el «Formato 9A» debidamente diligenciado en alguna de las dos primeras opciones. Esto significa que, para acceder al puntaje con ocasión de la inclusión en la propuesta de los bienes nacionales relevantes identificados por la entidad aplicando la metodología prevista en la Matriz 4, el proponente deberá hacer uso de la Opción 1 del «Formato 9A» diligenciando la tabla dispuesta para el efecto y suscribiendo el formato mediante el cual se compromete a incorporar tales bienes en la ejecución del contrato. Por el contrario, si no existen bienes nacionales relevantes, para acceder al puntaje en razón de la vinculación de un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del personal requerido para la ejecución del contrato, los proponentes deben diligenciar la Opción 2 del formato en comento.

A las anteriores opciones se suma la Opción 3, aplicable solo a los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional y proponentes plurales conformados por estos, a quienes, en concordancia con lo establecido en el Decreto 680 de 2021, se les permite obtener el puntaje aplicando las reglas de origen de sus respectivos países. Para definir la regla aplicable al proceso, los Proponentes extranjeros deben manifestarlo con el diligenciamiento de la Opción 3 del «Formato 9A», en la que manifiestan su voluntad de acogerse a la regla de origen de su país. Si no se diligencia este formato, la entidad estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con las reglas previstas en el numeral 4.3.1 «Promoción de servicios nacionales o con trato nacional» del documento base o pliego tipo.

Es de anotar que el debido diligenciamiento del «Formato 9A» exige que la opción diligenciada por el proponente sea congruente con lo establecido por la entidad como criterio para la asignación de puntaje. Esto significa que, si la entidad señala unos bienes nacionales relevantes en el pliego de condiciones, solo se podrá otorgar el puntaje a los proponentes que ofrezcan tales bienes diligenciando la Opción 1, no resultando procedente otorgar puntos a proponentes por incorporar otros bienes, ni por vincular porcentajes de personal colombiano a la ejecución de la obra. Del mismo modo, si la entidad estableció que dentro del proceso se otorgaría el puntaje a los proponentes que vinculen a la ejecución del contrato el porcentaje mínimo de personal colombiano señalado, solo se podrá otorgar el puntaje a quienes diligencien la Opción 2, no siendo procedente otorgar punto por este factor por otros criterios. Al margen de lo anterior, los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional o los proponentes plurales conformados por estos, podrán acogerse a la Opción 3, independientemente de que la entidad haya determinado la existencia o no de bienes nacionales.

Ahora bien, de cara a la consulta planteada y en atención a lo expuesto, es posible afirmar que, para que el proponente pueda obtener los puntos establecidos en la primera franja del puntaje por apoyo a la industria nacional *«Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional»*, en el marco de procesos adelantados con documentos tipo, resulta indispensable acompañar la cédula de ciudadanía, la visa de residencia o el certificado de existencia y representación, según corresponda, del «Formato 9A - *Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional*» debidamente suscrito, conforme lo dispone el numeral 4.3.1.1 del Documento Base. La no presentación del «Formato 9A» hace inviable otorgar puntaje por apoyo a la industria nacional, independientemente de que el respectivo proponente haya acreditado la condición de natural colombiano, residente en Colombia o persona jurídica constituida conforme a la ley colombiana con los documentos exigidos por la citada disposición, en el entendido de que tal situación indica que el proponente no ha cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos por el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 680 de 2021, y el Documento Base para la asignación del puntaje.

**2.3. Alcance de la regla de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones**

Dado que en la consulta objeto del presente concepto se hace mención del evento en que el proponente modifica o cambia los formatos ponderables del pliego tipo, ejemplo el «Formato 9», resulta oportuno hacer referencia al principio de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones. Al respecto debe señalarse que, todas las resoluciones[[6]](#footnote-6) expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad está en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». En esta línea, las entidades públicas deberán sujetarse de forma irrestricta a las reglas establecidas en los documentos tipo, dispuestas en las diferentes resoluciones expedidas por la Agencia, por lo que no pueden hacer excepciones bajo una supuesta discrecionalidad a estas reglas que son obligatorias.

La parte introductoria de los documentos base de los documentos tipo disponen que los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris deben ser diligenciados por la entidad. Así las cosas, excepcionalmente, le corresponde al proponente consignar la información incluida en corchetes y resaltada en gris, como, por ejemplo, los formatos que requieren de la firma del proponente o su representante legal. De todos modos, en cada acápite que esté resaltado en gris la entidad tendrá la libertad de determinar la información que se diligenciará en los documentos tipo, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones de los mismos documentos tipo.

En suma, la regla general frente la aplicación de los documentos tipo es su inalterabilidad, y no podrán incluirse o modificarse en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En tal sentido, estos solo se podrán modificar respecto a aquellos contenidos que el mismo documento tipo lo permita. Esta regla de inalterabilidad también aplica a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse en el procedimiento de contratación. Estos, al igual que el «Documento Base», contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso del formato.

Con todo, la regla de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizarse con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirvan para ello los actores del sistema de contratación pública.

En relación con el principio constitucional *sub examine*, la Corte Constitucional ha señalado que «[…] por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas»[[7]](#footnote-7). Ese fue el sentido que inspiró la Sentencia C-029 de 1995, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, argumentando, además, que el artículo 228 de la Constitución reconoce que «prevalecerá el derecho sustancial», con lo que también está reconociendo, según el tribunal constitucional, que el fin de los procedimientos es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo.

De acuerdo con lo anterior, el carácter inalterable de los documentos tipo no puede hacerse extensivo a los aspectos simplemente formales de tales documentos, esto es, el tamaño y tipo de letra, las márgenes o las expresiones que pretenden hacer más comprensible el documento, como es el caso de aquellas que informan que una expresión larga será referida con otra similar pero más corta. Lo anterior teniendo en cuenta que estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los documentos tipo, esto es, no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

Conforme a lo expuesto, si bien en el marco de procesos adelantados con los documentos tipo el «Formato No. 9», es el establecido para acceder al puntaje por apoyo a la industria nacional, es preciso advertir que lo que realmente permite acceder al puntaje es el contenido del formato. En ese sentido, en el caso objeto de consulta, es necesario acudir a la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial, en aras de, eventualmente, permitir la asignación de puntaje a un proponente que acreditó todo lo que debía acreditar mediante el «Formato 9», allegando un documento sin formato. En todo caso, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis para determinar el otorgamiento de puntaje en los procesos de selección que adelante, de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador.

**3. Respuesta**

«Si un ofrente, modifica, cambia o no hace uso de los formatos ponderables del pliego tipo, ejemplo formato 9 PROMOCIÓN DE SERVICIOS NACIONALES O CON TRATO NACIONAL (no presenta el formato) pero si presenta el contenido nuna hoja sin formato, la enidad le debe otorgar los puntos o no» (Sic)

Conforme a lo expuesto, el Decreto 680 de 2021, modificó la definición de *Servicios Nacionales* del artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, incorporando a la misma el uso de bienes nacionales relevantes o la vinculación de un mínimo de personal colombiano como criterios para establecer el origen colombiano del servicio ofertado, condicionando con ello la asignación del puntaje por apoyo a la industria nacional establecido en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 816 de 2003. En consonancia con esto, el numeral 4.3.1.1 del Documento Base de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte - Versión 3, modificado por la Resolución 304 de 2021, dispone que, para obtener el puntaje por Servicios Nacionales el proponente nacional deberá presentar, además del «Formato 9A – Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional», los siguientes documentos, según corresponda: i) Persona natural colombiana: La cédula de ciudadanía del Proponente, ii) Persona natural extranjera residente en Colombia: La visa de residencia que le permita la ejecución del objeto contractual de conformidad con la ley y, iii) Persona jurídica constituida en Colombia: El certificado de existencia y representación legal emitido por alguna de las cámaras de comercio del país.

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras y contratación pública, para obtener el puntaje por apoyo a la industria nacional en el marco de procesos adelantados con documentos tipo, resulta indispensable acompañar la cédula de ciudadanía, la visa de residencia o el certificado de existencia y representación, según corresponda, del «Formato 9A - *Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional*» debidamente suscrito, y el cual recoge en su contenido los diferentes parámetros introducidos por el Decreto 680 de 2021, a efectos de calificar el servicio ofertado como nacional. Conforme a ello, en el mencionado formato se encuentra plasmado el compromiso de los proponentes de incorporar los bienes nacionales relevantes establecidos por la entidad, o en su defecto, el de vincular el porcentaje mínimo de personal para la ejecución del contrato y, en el caso de los proponentes extranjeros con derecho a trato nacional, para manifestar su voluntad de acogerse a la regla de origen del respectivo país. Por esto, la no presentación del «Formato 9A» hace inviable otorgar puntaje por apoyo a la industria nacional, independientemente de que el respectivo proponente haya acreditado la condición de natural colombiano, residente en Colombia o persona jurídica constituida conforme a la ley colombiana con los documentos exigidos por la citada disposición, en el entendido de que tal situación indica que el proponente no ha cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos por el Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 680 de 2021, y el Documento Base para la asignación del puntaje.

Por otro lado, si bien el marco de procesos adelantados con los documentos tipo, el «Formato No. 9», es el establecido para acceder al puntaje por apoyo a la industria nacional, es preciso advertir que lo que realmente permite acceder al puntaje es el contenido del formato. En ese sentido, en el caso objeto de consulta, es posible acudir a la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial, expuesto en el numeral 2.3 de este concepto, en aras de, eventualmente, permitir la asignación de puntaje a un proponente que acreditó lo que debía acreditar mediante el «Formato 9», allegando un documento sin formato.En todo caso, corresponde a cada entidad estatal realizar el correspondiente análisis para determinar el otorgamiento de puntaje en los procesos de selección que adelante, de acuerdo con la situación fáctica y jurídica particular del caso concreto, para lo cual las consideraciones expuestas en el presente concepto constituyen un instrumento orientador.

Por demás se advierte que, los límites de la competencia consultiva atribuida por los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, no le permiten a esta Agencia indicar si puede o no una entidad pública, asignar puntaje en el marco de su gestión contractual.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Fabiola Herrera Hernández Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) ANCP – CCE  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Gaceta del Congreso. Cámara de Representantes. Año X – No. 642, 11 de diciembre de 2001. Disponible en: [GACETAS DEL CONGRESO (imprenta.gov.co)](http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/) [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.4.1.3. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (e) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

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

»Los certificados para acreditar la condición a la que se refiere el literal (b) anterior deben ser publicados en la forma y oportunidad que para el efecto disponga Colombia Compra Eficiente. La vigencia de los certificados será de dos años contados a partir de la fecha de su expedición, sin perjuicio de que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o Colombia Compra Eficiente soliciten al Ministerio de Relaciones Exteriores su revisión con ocasión de la expedición de nueva normativa en el Estado sobre el cual se expide el certificado. Colombia Compra Eficiente puede determinar vía circular la forma como el Ministerio de Relaciones Exteriores debe constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional y de revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública para la expedición del certificado». [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1082 de 2015: **«**Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

[…]

   »3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

   […]

»5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato […]».

 [↑](#footnote-ref-4)
5. «Artículo 1o. Modifíquese el artículo [4o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html#4) de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

» Artículo [4o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html#4). Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo [2o](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#2) de la Ley 1150 de 2007.

» Parágrafo 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

» Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública. […]». [↑](#footnote-ref-5)
6. En cuanto a las resoluciones vigentes, dicha regla se observa en el artículo 3 de las Resoluciones 240 de 2020, 241 de 2020, 248 de 2020, 249 de 2020, 269 de 2020, 219 de 2021, 392 de 2021, 454 de 2021, entre otras, así como lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 094 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)