**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA –Definición**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

[…]

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los 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 –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato. 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 a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes, haciendo que estos se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

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, comparativamente, más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. El numeral segundo 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 segundo 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 la elección de la oferta que represente la mejor relación *costo-beneficio* para la entidad

**EXPERIENCIA ADECUADA- Definición**

El Manual citado, dispone que “la experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar”, y es proporcional “cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar”. De allí que las entidades al establecer el requisito de experiencia en los procedimientos de contratación deben velar por velar que con esta exigencia, se garantice la idoneidad del proponente y los criterios de proporcionalidad y adecuación, lo cual se logra a través de la ponderación del requisito con los resultados obtenidos producto del análisis del sector económico del bien o servicio a contratar.

**OFRECIMIENTO MÁS FAVORABLE**

[…] Las entidades deben diseñar en sus pliegos de condiciones, criterios que contengan tanto factores técnicos y económicos de escogencia, siendo la oferta más ventajosa 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.

La escogencia entre una u otra alternativa corresponderá determinarla a cada una de las entidades estatales a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones



Bogotá D.C., 30 de junio de 2023

Señor

# OSCAR OVIDIO MUÑOZ CAMPO

Ciudad

# Concepto C-043 de 2023

**Temas:** PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Fundamento – Alcance / OFRECIMIENTO MÁS FAVORABLE / EXPERIENCIA ADECUADA – Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes para participar en los procedimientos de contratación – Finalidad – Idoneidad proponente.

**Radicación:** Respuesta a consulta P20230331002974

Estimado Señor Oscar Muñoz:

De conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y en ejercicio de las competencias otorgadas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde a la petición de la referencia presentada el 03 de abril de 2023, en la cual usted consulta lo siguiente:

“¿Una entidad estatal puede rechazar, no habilitar, descalificar o impedir la participación en un proceso de selección de un proponente, quien fue multado o se le haya aplicado la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento de un contrato anterior con esa misma entidad estatal, sin que el proponente se encuentre en una inhabilidad por incumplimiento reiterado?

¿Una entidad estatal en un proceso de selección puede solicitar como requisito de participación, la certificación bajo la gravedad de juramento de no estar incurso en procedimientos administrativos sancionatorios contractuales (Art. 86 de la Ley 1474 de 2011) y de no haberle incumplido a la entidad estatal durante los tres (3) últimos años al cierre del proceso de selección? ¿La omisión en suministrar dicho documento puede ser causal de rechazo de la propuesta?” (SIC)

# Consideraciones:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **1** DE **13** |



En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 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. 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 particulares 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.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **2** DE **13** |

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 pública1. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. 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– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, para responder los anteriores cuestionamientos, se analizarán los siguientes temas: i) Interpretación de la causal de inhabilidad por incumplimiento reiterado del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por las Leyes 1955 de 2019 y 2195 de 2022 ii) Requisitos Habilitantes. Importancia del pliego de condiciones para la determinación de la oferta más favorable.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el incumplimiento reiterado en el concepto C - 973 del 22 de diciembre de 2022, principio de selección objetiva esta entidad ha emitido los conceptos con radicado No: 4201913000006471

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”.



del 28 de octubre de 2019, 2201913000006511 del 3 de septiembre de 2019. Igualmente, se pronunció sobre requisitos habilitantes en el concepto, 201913000009500 de 20 de diciembre de 2019 y el concepto C-190 del 27 de junio de 20232. Los argumentos y las consideraciones expuestas en los conceptos mencionados se reiteran y se complementan en lo pertinente.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **3** DE **13** |

# Interpretación de la causal de inhabilidad por incumplimiento reiterado del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por las Leyes 1955 de 2019 y 2195 de 2022

Las multas y la declaratoria de incumplimiento son sanciones administrativas impuestas por la entidad en cada contrato, frente al incumplimiento, parcial o definitivo, de las obligaciones pactadas. En principio, las consecuencias de estas sanciones no se proyectan más allá del marco del contrato en el que fueron impuestas. No obstante, en aras de hacer prevalecer los principios de probidad, transparencia y eficiencia, en el marco de la respuesta al fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, el legislador determinó que la declaratoria reiterada de estas sanciones, bien sea por la misma entidad o por varias, en uno o varios contratos, tuviera consecuencias negativas para el contratista más allá de los incumplimientos contractuales que las generaron.

En ese sentido, dentro del conjunto de medidas administrativas, fiscales y penales adoptadas por la Ley 1474 de 2011, conocida como Estatuto Anticorrupción, se incluyó la creación de una inhabilidad para contratar por el incumplimiento reiterado en la ejecución de otros contratos estatales. Conforme a esto, el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 estableció, originalmente, la inhabilidad de 3 años, que se configuraba bajo las siguientes tres (3) causales:

“Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

* + 1. Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;
		2. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;
		3. Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes,

2 Estos conceptos pueden ser consultados en la Relatoría de esta Agencia en el siguiente Link: https://relatoria.coombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos



de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **4** DE **13** |

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

Como se aprecia, el texto original de la Ley 1474 de 2011, contemplaba tres supuestos de hecho que daban lugar a la configuración de la inhabilidad: a) el primero relativo a la imposición de cinco (5) multas por incumplimiento –parcial– durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; b) un segundo supuesto que consistía en la concurrencia de dos (2) declaratorias de incumplimiento –definitivo– de contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; y c) un tercer supuesto alusivo a la imposición de dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento –definitivo–, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales3. Ante la configuración de cualquiera de tales supuestos, la persona incursa en los mismos quedaba inhabilitada por un periodo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción en el RUP de la última multa o declaratoria de incumplimiento.

Posteriormente, los literales a) y b) transcritos fueron modificados por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, en lo atinente al intervalo de tiempo dentro del que se deben presentar las multas y declaratorias de incumplimiento para que se den los dos primeros supuestos que dan lugar a la configuración de la inhabilidad por incumplimiento reiterado. Los literales a) y b) quedaron así:

“a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres*

*(3) años*;

1. Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, *durante los últimos tres (3) años*”. (Cursivas fuera de texto).

En ese orden, a la luz del texto original de la Ley 1474 de 2011, para que se configurara la inhabilidad era necesario que las cinco multas –literal a)– o los dos incumplimientos –literal b)– fueran declarados en la misma vigencia fiscal, esto es, en el mismo año. Después de la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, basta que las dos declaratorias de incumplimiento o las cinco multas se hayan impuesto dentro de los últimos tres años.

3 AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 11 de diciembre de 2019. Radicado de entrada No. 4201912000007060, Radicado de salida No. 2201913000009165.



Ahora bien, tal modificación, conlleva, en principio, un problema hermenéutico relativo a la aplicación de la ley en el tiempo. Al respecto conviene recordar que los efectos de una ley se producen a partir de su vigencia, lo que quiere decir que, por regla general, en las leyes colombianas opera la irretroactividad. Así se desprende de la Ley 153 de 1887, que dispuso que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y en el evento en que existan discrepancias entre las mismas se debe aplicar la ley posterior4. No obstante, si en vigencia de la anterior ley se consolidó una situación jurídica no deberá aplicarse la ley posterior, pues de acuerdo con la Constitución Política los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, a menos que se trate de leyes penales que beneficien al reo –principio de favorabilidad– o que comprometan el interés público o social5.

Conforme a lo anterior, el conflicto sobre la aplicación de una ley se presenta cuando en vigencia de la ley anterior nace un hecho allí previsto, sin que se consolide situación jurídica alguna, pero los efectos se producen bajo la vigencia de la ley posterior. De igual forma, cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley anterior pero la ley posterior contempla nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, es decir, en vigencia de la ley anterior solo se presentaron situaciones que generaron una simple expectativa6.

4 Ley 153 de 1887 “Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

5 Constitución Política de Colombia “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

[…]

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

[…]

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

6 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C -619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa. Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que, por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **5** DE **13** |



En ese sentido, ¿cómo debe resolverse el conflicto de la aplicación de la ley en el tiempo en lo relativo al supuesto de hecho del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, tras su modificación por cuenta del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019? Lo anterior obliga a determinar a partir de cuándo debe contarse el término de tres (3) años, o si para la configuración de la inhabilidad resulta válido tener en cuenta declaratorias de incumplimiento consolidadas antes de la vigencia de la Ley 1955 de 2019. Sobre este particular esta Agencia, en Concepto 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, explicó lo siguiente:

“El 25 de mayo del presente año entró a regir la Ley 1955 de 2019, la cual modificó lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, ampliando el plazo durante el cual se deben declarar las sanciones a un contratista para que se configure la inhabilidad por incumplimiento reiterado.

El legislador no contemplo excepción frente a la aplicación retroactiva de la Ley 1955 de 2019, y si bien la inhabilidad del artículo 43 es de carácter sancionatorio, por tratarse de la potestad punitiva del Estado, el principio de favorabilidad es aplicable al proceso sancionatorio administrativo en virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011.

Ahora, la Ley en mención tampoco contempló su aplicación retrospectiva a las situaciones de hecho que tuvieron lugar antes de su entrada en vigencia, porque sencillamente si dichas situaciones se hubiesen presentado en vigencia del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 se hubiera configurado la inhabilidad; en este sentido sus efectos tampoco serían ultractivos.

Así las cosas, los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia el futuro, y en este sentido no se podrán tener en cuenta las sanciones impuestas antes del 25 de mayo de 2019, ya que la Ley 1955 de 2019 derogó todas las disposiciones contrarias. Entonces, como quiera que desde el 25 de mayo de 2019 entró a regir una nueva disposición normativa para la inhabilidad por incumplimiento reiterado, a partir de esta fecha se deberá contabilizar los tres (3) años durante los cuales al contratista le han sido impuestas cinco (5) o más multas, o declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos. Esto quiere decir que no es posible acumular las sanciones anteriores ni tampoco los años durante los cuales aquellas fueron impuestas.

La Constitución Política dispone en materia del derecho al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, lo cual aplica para el caso de las inhabilidades de naturaleza sancionatoria, pues como se anotó en precedencia, estas limitan derechos subjetivos. Por lo anterior, la inhabilidad por incumplimiento reiterado después del 25 de mayo de 2019 se debe configurar según lo indicado en el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, a menos que antes de su entrada en vigencia se hubiese consolidado la situación jurídica prevista en el artículo

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **6** DE **13** |



90 de la Ley 1474 de 2011”7.

De acuerdo con tales consideraciones, dado que los efectos del artículo 43 de la Ley 1955 de 2019 se producen hacia al futuro, y al haberse derogado el texto original de los literales a y b del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 –y no haberse dispuesto efectos ultractivos–, para que se configure la causal de inhabilidad aludida es necesario que las declaratorias de incumplimiento se hayan consolidado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, esto es, del 25 de mayo de 2019 en adelante.

Tal interpretación además se impone con ocasión del carácter sancionador o *punitivo*8 de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, que implica que su aplicación deba ser respetuosa del debido proceso9 y el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones10, por lo que circunstancias consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019 no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de configurar la referida inhabilidad, en la medida que el contenido del supuesto de hecho de la falta sancionada con la inhabilidad cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019. En tal sentido, admitir la configuración de la

7 AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Concepto de 3 de octubre de 2019, Radicado de entrada No. 4201913000005694, Radicado de salida No. 2201913000007385.

8 Dicha naturaleza sancionatoria de la inhabilidad por incumplimiento reiterado, la hace asimilable a una pena en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que dispone que para efectos de determinar la pena procedente la infracción correspondiente deberá ser castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Este artículo señala que: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

9 Constitución Política de Colombia “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable […]”.

10 Ley 1437 de 2011 “Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem […]”.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **7** DE **13** |



inhabilidad conforme al supuesto de hecho vigente respecto de circunstancias anteriores a su entrada en vigor no solo constituiría una aplicación retroactiva de la ley, sino también una vulneración al principio de legalidad y los postulados del derecho al debido proceso.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **8** DE **13** |

La postura anterior además se encuentra de acuerdo con el principio *pro libertate* que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como son las inhabilidades. Esto en la medida en que asumir una interpretación contraria a la esbozada, esto es, la que indicaría que configurar la causal de inhabilidad en comento resultaría válido considerar hechos ocurridos –en un intervalo de 3 años–, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, implicaría una mayor restricción de derechos, ya que se extenderían los efectos de la norma a un mayor número de casos particulares, lo cual resultaría contrario a la interpretación restrictiva que amerita la norma bajo estudio.

De otra parte, conviene recordar que, de conformidad con el inciso anterior al parágrafo del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, la inhabilidad por incumplimiento reiterado se configura a partir de la inscripción en el Registro Único de Proponentes de la última multa o declaratoria de incumplimiento requerida para su configuración. Por lo tanto, no se podrá extender la inhabilidad desde que se declaró la sanción por parte de la entidad, pues esto implicaría afectar la interpretación restrictiva que rige en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.



Resulta relevante poner esto de presente, pues frente a otras causales de inhabilidad e incompatibilidad el legislador sí previó que la inhabilidad se cuenta desde el momento en que se materializa en un acto administrativo en firme el hecho sancionado con la inhabilidad, como en los casos de la declaratoria de la caducidad del contrato o cuando se declara el incumplimiento del interventor. Es así como el literal c) del numeral 1, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, referido a la declaratoria de caducidad, señala que la inhabilidad de cinco (5) años empezará a contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declara la caducidad del contrato11; y el literal k) establece que la inhabilidad se extenderá por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento por parte del interventor al deber de entregar información a la entidad contratante12. Conforme a esto, no fue accidental que el legislador, en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, dispusiera que la inhabilidad se configura con la *publicación* del acto administrativo que impone la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes y no cuando la entidad lo declara en el acto administrativo.

# Requisitos Habilitantes. Importancia del pliego de condiciones para la determinación de la oferta más favorable.

Uno de los principios transversales de los procedimientos contractuales es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda o el interés personal.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran ~~antecedentes normativ~~os que consagraban dicho principio13

11 Ley 80 de 1993: “Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar:

[…]

1. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. […]

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma”.

12 Ley 80 de 1993: “Artículo 8 De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente”.

13 Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: “La selección de contratistas será objetiva.” Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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. “Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo,

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **9** DE **13** |





|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **10** DE **13** |

, en la actualidad la disposición legal que lo regula es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474de 2011. De acuerdo con esta norma, y conforme ha explicado esta Agencia, propósito del deberde selección objetiva es que las entidades escojan en los procesos de selección 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.

Además del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva y su carácter vinculante encuentre fundamento en varios apartados de la Ley 80 de 1993, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen “los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”, iii) elartículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir“ reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley.

Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”, v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que “La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”, vii) el numeral2 del artículo 30, que dispone

precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos no será objeto de evaluación”.” El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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 caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.



que “La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegosde condiciones, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación yponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”, viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio alas entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **11** DE **13** |

De una parte, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los 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 –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Tales requisitos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato14. 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 a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben acreditar los proponentes para demostrar que cumplen con las condiciones requeridas para ejecutar el contrato, de tal manera que pueden participar de la fase competitiva del procedimiento de selección y optar a la adjudicación del contrato.

Finalmente, es necesario indicar que la Ley 1882 de 2018, fue creada con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. Es así como el artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

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

14DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355.



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. (subraya fuera del texto)

Como puede observarse, esta norma se 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.

Conforme a los anteriores referentes, se puede entonces indicar que, bajo la condición legal aplicable para establecer la inhabilidad de un oferente interesado en participar de un proceso de selección, frente a la imposición de multas y sanciones, la norma es clara al desarrollar las condiciones fácticas en las que dichas situaciones generan las consecuencias sobre la capacidad del posible oferente, siendo estas las llamadas a verificar por parte de las entidades públicas en aplicación de la normativa en los procesos de selección, sin por ello representar causales de rechazo que no son aplicables conforme a las condiciones establecidas por el EGC y lo dispuesto en la Ley 1882 de 2018.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

En los anteriores términos esperamos haber atendido su solicitud y quedamos atentos a cualquier requerimiento de su parte.

Atentamente,-



Elaboró: Sergio Luis Mondragón Duarte

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **12** DE **13** |





|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **13** DE **13** |