**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** **– Competencia Consultiva** **– Contratación Estatal – Normas Generales**

Debe tenerse 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 concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

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

**REQUISITOS HABILITANTES – Noción**

Los requisitos habilitantes se definen como exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los criterios de evaluación –también conocidos como criterios de calificación– en que estos son los factores definidos por la Entidad Estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

A partir de lo dicho se deduce entonces que los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

**REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo**

Es necesario indagar si los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, pues la norma no hace referencia a otros diferentes. Por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como “únicamente” o “solo” , al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 20073. Esta segunda respuesta contiene la interpretación jurídica que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Existen otros argumentos que sustentan dicha elección interpretativa. Como lo han considerado la Corte Constitucional4 y el Consejo de Estado5, en virtud del “principio del efecto útil”, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que sólo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que “las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos”? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma sub examine, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate legislativo en donde se incluyó el parágrafo comentado anteriormente, lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, del reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, reglamentados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015.

**REQUISITOS HABILITANTES – Autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos**

El principio de autonomía de la voluntad, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta, y en el artículo 1602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que, si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes. Esto en la medida que además de los argumentos que ya se han planteado, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Dado lo anterior, para efectos de configurar requisitos habilitantes como los expuestos en los numerales 1 y 2 de la consulta, la Entidad Estatal tiene la carga de justificar en los estudios previos y análisis del sector del proceso de selección su procedencia, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

**CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Conceptos – Requisitos habilitantes**

La capacidad financiera se deriva del comportamiento contable de la empresa, su liquidez y endeudamiento, para determinar que sus recursos y solidez financiera le permita cumplir los compromisos que adquiera. Como explica la Agencia en el “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”, los indicadores de capacidad financiera “buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato”. La capacidad organizacional, por su parte, “[…] es la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna. El Decreto 1082 de 2015 definió los indicadores de rentabilidad para medir la capacidad organizacional de un proponente teniendo en cuenta que está bien organizado cuando es rentable”.

Como se expuso previamente, tanto la capacidad financiera como organizacional debe acreditarse en el RUP, esto es, a través de los estados financieros del proponente, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, si cuenta con tales documentos. De este modo, lo que se verifica con el registro es que el proponente tenga los indicadores financieros y organizacionales mínimos solicitados por la entidad, que le permitan satisfacer la necesidad que se contratará una vez desarrollado el procedimiento de selección.

**CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Opciones – Cálculo**

Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de capacidad financiera que las entidades pueden incluir en sus procesos de selección, los siguientes: i) el índice de liquidez, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el índice de endeudamiento, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la razón de cobertura de intereses, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones financieras.

Adicionalmente, la Agencia recomienda valorar otro tipo de indicadores como el capital de trabajo, la razón de efectivo, la denominada prueba ácida18, la concentración de endeudamiento a corto y a largo plazo y el patrimonio19. Por su parte, según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la rentabilidad del patrimonio, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente.

Por el otro, la rentabilidad del activo, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio. A juicio de esta Agencia, también son relevantes los siguientes indicadores, pero únicamente en aquellos casos en los que, por las características del objeto a contratar, la naturaleza o la complejidad del proceso de contratación, se requieran: i) margen bruto; ii) margen operacional; iii) margen neto; iv) retorno sobre capital invertido; v) rotación de activos totales; vi) rotación de activos fijos; y vii) rotación de inventarios.

**EXPERIENCIA – Noción ‒ Colombia Compra Eficiente**

Por lo demás, el “Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación”, indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar.

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, lo que ayuda a que exista pluralidad de oferentes.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señora

**Yury Alexandra Salamanca López**

[ximteconsultores@gmail.com](mailto:ximteconsultores@gmail.com)

Nobsa, Boyacá

**Concepto C-432 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / REQUISITOS HABILITANTES – Noción / REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo / REQUISITOS HABILITANTES – Autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos / CAPACIDAD FINANCIERA Y ORGANIZACIONAL – Conceptos – Requisitos habilitantes – Opciones – Cálculo / EXPERIENCIA – Noción ‒ Colombia Compra Eficiente / SOCIEDADES NUEVAS ‒ Experiencia ‒ Sociedades – Menor a 3 años de constitución / EXPERIENCIA – Conservación – Sociedades – Menor a 3 años de constitución – Posibilidad de acreditar la experiencia de los socios en procesos donde el RUP no es exigible / MÍNIMA CUANTÍA – Garantía de seriedad de la oferta – Limitación del proceso a MiPymes. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230911015025 |

Estimada señora Salamanca:

En virtud de la competencia conferida 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 a su consulta del 11 de septiembre de 2023.

**1. Problema planteado**

En el respectivo escrito, usted solicita sea emitido concepto jurídico en el que se den a entender mejor los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de contratación para promover la participación de microempresas, a través de la respuesta a las siguientes inquietudes:

“(…) 1. ¿Cuáles son los procesos de contratación pública que, de acuerdo con la normativa vigente, no requieren como requisito habilitante la presentación de indicadores financieros tales como el índice de liquidez, nivel de endeudamiento, razón de cobertura de intereses y capital de trabajo? En caso de que se requieran estos indicadores, ¿podría proporcionarse información sobre los aspectos específicos a tener en cuenta y la base normativa que respalda su solicitud?

2. ¿Qué procesos de contratación pública no exigen como requisito habilitante la presentación de la Capacidad Organizacional, incluyendo indicadores como la rentabilidad sobre el patrimonio y la rentabilidad sobre el activo? Si estos indicadores son requeridos, ¿podría detallarse en qué circunstancias se solicitan y bajo qué normativa se respaldan?

3. ¿En qué situaciones y de acuerdo con qué normas se establece como requisito habilitante contar con el Registro Único de Proponentes (RUP) en los procesos de contratación pública? Asimismo, ¿cuáles son los criterios relacionados con la experiencia y el valor en salarios mínimos legales vigentes (SMMLV) de los contratos requeridos en los pliegos?

4. En relación con el personal mínimo requerido en los procesos de contratación pública, ¿podría proporcionarse información detallada sobre los aspectos en los que la entidad se basa para solicitar experiencia, títulos y cualquier otro requisito relacionado con el personal? ¿Cuál es la normativa o directrices que respaldan la determinación de estos requisitos? Esta información es de vital importancia para comprender los criterios de selección y asegurar una competencia justa y equitativa en los procesos de contratación.

5. ¿Bajo qué condiciones una entidad puede incluir la Capacidad Residual como requisito habilitante en los pliegos de contratación pública? ¿Existen procesos de contratación que no requieren la presentación de este requisito?

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 3.5 y 11.8 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 relacionadas en los artículos citados. 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 este 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.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia intervenga 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-2). 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/o disciplinarias, según corresponda.

Bajo este entendido, la Subdirección -dentro del límite de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier caso particular que pueda llegar a proponer la peticionaria- resolverá la presente consulta de acuerdo con el alcance general de las normas en materia de contratación estatal. Con tal propósito, analizará los siguientes temas: *(i)* los requisitos habilitantes como criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual; *(ii)* el carácter enunciativo de los requisitos habilitantes previstos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007 y la autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos; *(iii)* el Registro Único de Proponente –RUP–y otros documentos que acreditan el cumplimiento de requisitos habilitantes; *(iv)* los requisitos habilitantes de la capacidad financiera y organizacional; *(v)* una aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública; *(vi)* acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución y la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios en procesos donde el RUP no es exigible; y *(vii)* la limitación a MiPymes en los Procesos de Contratación adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía y la no exigencia de garantía de seriedad de la oferta.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 15 de noviembre, del 28 de noviembre, 16 de diciembre de 2019 –radicados No. 2201913000008520, 4201912000007329 y 2201913000009295–, así como en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-330 del 27 de mayo de 2020, C-396 de 16 de julio de 2020, C-387 de 3 de agosto de 2021, C-669 de 3 de diciembre de 2021, C-573 de 13 de septiembre de 2022, C- 831 de 28 de noviembre de 2022 y C-868 del 19 de diciembre de 2022, entre otros, analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y su carácter enunciativo en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007.

Por su parte, sobre la acreditación de los requisitos habilitantes de los oferentes en el Registro Único de Proponentes, se emitió, entre otros, los siguientes conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C-002 del 12 de febrero de 2020, C-089 del 4 de marzo de 2020, C-099 del 06 de abril de 2020, C-166 del 14 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-326 del 9 de junio de 2020, C-140 del 9 de abril de 2021, C-831 de 28 de noviembre de 2022.

De igual forma, la Agencia se pronunció sobre la acreditación de los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, en los conceptos No. 4201912000006798 del 24 de octubre de 2019, C-002 del 12 de febrero de 2020, C-089 del 4 de marzo de 2020, C-099 del 06 de abril de 2020, C-166 del 14 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-326 del 9 de junio de 2020, C-140 del 9 de abril de 2021, C-439 del 5 de julio de 2022, C-673 de 19 de octubre de 2022, entre otros.

Por su parte, sobre la acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución, se han emitido los siguientes conceptos 4201913000006797 del 19 de noviembre de 2019, C-025 del 16 de marzo de 2020, C-051 del 2 de marzo de 2020, C-113 del 25 de marzo de 2020, C-165 del 1 de abril de 2020, C-233 del 16 de abril de 2020, C-350 del 1° de junio de 2020, C-407 de 12 de junio de 2020, C-398 de 30 de junio de 2020, C-470 del 14 de julio de 2020 C-584 de 31 de agosto 2020, C-619 de 21 de septiembre 2020, C-662 del 9 de noviembre de 2020, C-710 del 9 de diciembre de 2020, C-717 del 10 de diciembre de 2020, C-729 del del 11 de diciembre de 2020, C-008 del 15 de febrero de 2021, C-103 del 24 de marzo de 2021, C-230 del 25 de mayo de 2021, C-316 del 29 de junio de 2021, C-318 del 29 de junio de 2021, C-474 del 6 de septiembre de 2021, C-589 del 19 de octubre de 2021, C-608 del 29 de octubre de 2021, C-696 del 31 de diciembre de 2021, C-725 del 25 de enero de 2022, C-034 del 2 de marzo de 2022, C-144 del 1° de abril de 2022, C-239 del 26 de julio de 2022, C-324 del 19 de mayo de 2022, C-447 del 19 de julio de 2022, C-456 del 15 de julio de 2022, C-592 del 20 de septiembre de 2022, C-623 del 29 de septiembre de 2022, C-837 del 6 de diciembre de 2022, C-841 del 6 de diciembre de 2022, C-929 del 30 de diciembre de 2022, C-128 del 18 de mayo de 2023 y C-146 de 13 de junio de 2023, entre otros.

Aunado a ello, en los conceptos C-005 del 16 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-126 del 06 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-163 y C-164 del 19 de abril de 2021, C-242 del 25 de mayo de 2021, C-496 del 14 de septiembre de 2021, C-573 de 13 de octubre de 2021 y C-001 del 17 de febrero de 2022, C-293 del 12 de mayo de 2022, entre otros, se analizó el alcance del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Igualmente, en los conceptos C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-125 del 05 de abril de 2021, C-127 del 06 de abril de 2021, C-130 del 07 de abril de 2021, C-144 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C−151 del 12 de abril de 2021, C-160 del 20 de abril de 2021, C−189 del 26 de abril de 2021, C-206 del 3 de mayo de 2021, C-208 del 10 de mayo de 2021, C-211 del 11 de mayo de 2021, C-234 del 24 de mayo de 2021, C-271 del 9 de junio de 2021, C-306 del 28 de junio de 2021, C-426 del 18 de agosto de 2021, C-309 del 24 de agosto de 2021 y C-455 del 31 de agosto de 2021, esta Agencia se pronunció sobre la nueva regulación de la promoción del desarrollo en la contratación estatal contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 y la posibilidad de limitar a MiPymes en los procesos de selección de mínima cuantía.

Finalmente, sobre la garantía de seriedad de la oferta, esta Agencia profirió los siguientes conceptos: 2201913000008068 del 28 de octubre del 2019, 2201913000008484 del 14 de noviembre del 2019, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-036 del 31 de marzo de 2023 y C-262 del 13 de julio de 2023, entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. Los requisitos habilitantes como criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual**

En múltiples conceptos de esta Agencia los *requisitos habilitantes* se han delimitado como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección que están previstas en disposiciones normativas de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el respectivo acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los *criterios de evaluación* -también conocidos como *criterios de calificación*- en que estos son los factores definidos por la Entidad Estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, de ahí, la propuesta ganadora.

En este sentido, los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo. Esto, sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo dispone que se considera *“*objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”*. En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, *entre otros*, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera; y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa citada dispone:

“Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación […]”.

Una vez fijados los requisitos habilitantes por la Entidad Estatal, quienes presenten ofertas deben *acreditar* que cumplen con los mismos, pues, en el evento contrario, las propuestas deberán ser rechazadas.

**2.2. Carácter enunciativo de los requisitos habilitantes previstos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, y autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos**

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, es necesario indagar si los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, pues la norma no hace referencia a otros diferentes. Por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como *“*únicamente*”* o *“*solo*”*, al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007[[3]](#footnote-4). Esta segunda postura contiene la interpretación jurídica que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Con todo, lo cierto es que existen otros argumentos que sustentan dicha elección interpretativa. Tal y como lo han considerado la Corte Constitucional[[4]](#footnote-5) y el Consejo de Estado[[5]](#footnote-6), en virtud del *“*principio del efecto útil*”*, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que sólo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que *“*las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos*”*? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma *sub examine*, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate legislativo en donde se incluyó el parágrafo comentado anteriormente[[6]](#footnote-7), lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, del reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, reglamentados en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015[[7]](#footnote-8).

Por otro lado, en el *“Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”[[8]](#footnote-9)* expedido por esta Agencia, se determinaron los parámetros para *establecer*, *acreditar* y *subsanar* los requisitos habilitantes estudiados en los párrafos precedentes. Allí también se precisó que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir *“*la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia*”*. De acuerdo con el Manual, su propósito consiste en *“*establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la *Entidad Estatal* sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación*”*. En otras palabras, al tratarse de condiciones mínimas, significa que las entidades podrían establecer otras, según su autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta el objeto del contrato, los riesgos detectados en los estudios previos, el presupuesto oficial, entre otros factores.

En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional. Esto último, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, debe hacerse de acuerdo con la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los *riesgos* *asociados al contrato*, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto[[9]](#footnote-10). Todo porque la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, como, por ejemplo, el que establece el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Al respecto, en la Sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que *“*[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada*”*.

El *principio de autonomía de la voluntad*, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta, y en el artículo 1602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que, si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes. Esto en la medida en que además de los argumentos ya planteados, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que *“*En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”*. Dado lo anterior, para efectos de configurar otra clase de requisitos habilitantes, la Entidad Estatal tiene la carga de justificar en los estudios previos y análisis del sector del proceso de selección su procedencia, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

Recuérdese que esta Agencia ha indicado que las Entidades Estatales al momento de realizar sus Procesos de Contratación, podrán establecer reglas que les permitan conocer que el proponente a contratar cuenta con el cumplimiento de dicho requisito e incluso como obligaciones contractuales a cargo del contratista y a verificar por el supervisor o interventor del contrato, pero en todo caso, se recomienda no disponer dicho requisito a título de habilitante, dado que con él no se relaciona o acredita ningún criterio de capacidad del proponente para ejecutar el contrato.

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos; que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual, debidamente justificados y de acuerdo con los parámetros fijados en el Decreto 1082 de 2015; y que una vez establecidos los requisitos habilitantes, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas. Esto sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar.

**2.3. El Registro Único de Proponente –RUP–y otros documentos que acreditan el cumplimiento de requisitos habilitantes**

En cuanto a la forma para acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-, en virtud de lo establecido en el artículo 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007, están obligadas a efectuar la evaluación correspondiente teniendo en cuenta la información que reposa en el certificado del Registro Único de Proponentes -en adelante RUP-, documento que constituye plena prueba de la información que contiene[[10]](#footnote-11), tal como lo establece el artículo 6.1 de la Ley 1150 de 2007. Por su parte, el artículo 5.1 ibidem, al fijar los criterios que deben tener en cuenta las entidades estatales para garantizar la selección objetiva, dispone que las Cámaras de Comercio verificarán la información suministrada por las personas naturales o jurídicas para la inscripción en el Registro.

Dicha información debe tenerse en cuenta por las entidades en los procedimientos de contratación en los que es exigible el RUP. Así las cosas, los requisitos habilitantes deberán ser verificadas exclusivamente a través del Registro Único de Proponentes, pues de acuerdo con lo expuesto, este documento es plena prueba de la información financiera, de experiencia y de capacidad acreditada por la persona natural o jurídica[[11]](#footnote-12).

No obstante, por interesar a la presente causa, debe anotarse que el RUP no es exigible en algunos procedimientos de contratación, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, razón por la cual las entidades estatales deben verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes[[12]](#footnote-13). Estas excepciones son taxativas y se rigen por una interpretación restrictiva. Así lo dispone el artículo 2.2.1.1.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015, al prescribir que la inscripción en el RUP es imperativa para los sujetos mencionados en el primer inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley. Adicionalmente, en el numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que cuando sea necesario verificar requisitos o información que no reposa en RUP, la entidad podrá solicitar información adicional solo para complementar la información contenida en el RUP[[13]](#footnote-14).

Por tanto, las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como regla general, deben tener en cuenta el certificado del RUP en la determinación y evaluación de los requisitos habilitantes. Por su parte, las entidades exceptuadas de dicho régimen no están obligadas a utilizar el RUP, precisamente por ser un registro propio de los contratos sometidos al EGCAP.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando por las características del objeto a contratar y con la finalidad de acreditar una debida idoneidad y experiencia del proponente, se requieran verificar requisitos o información adicional a los contenidos en el RUP, las entidades deben hacer la verificación de forma directa. Esto también sucede en los procedimientos de selección en los cuales no es exigible el RUP, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-15). En ambos supuestos, la Entidad Estatal, en el marco de la autonomía y la potestad de dirección que le asiste en los procesos de contratación que adelanta debe establecer en los Documentos del Proceso –particularmente en el pliego de condiciones o la invitación– los documentos o instrumentos que exigirá a los proponentes para acreditar dicha experiencia, contando con cierta discrecionalidad para establecer qué documentos son adecuados y proporcionales para verificar el requisito de experiencia establecido. Las entidades por ejemplo suelen requerir documentos como actas de liquidación, actas de entrega, terminación, final o de recibo definitivo, certificaciones expedidas con posterioridad a la fecha de terminación del contrato, entre otros documentos.

**2.4. Requisitos habilitantes de la capacidad financiera y organizacional**

Dentro de los requisitos habilitantes se destaca la capacidad financiera y organizacional del proponente. Al respecto, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de selección, es autónoma para requerir la capacidad financiera y la capacidad organizacional necesaria de acuerdo con el objeto contractual que se pretende satisfacer. Según el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe tener en cuenta, para la determinación de la capacidad financiera y organizacional, el estudio del sector y sus componentes como la identificación de riesgos y el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar[[15]](#footnote-16).

La capacidad financiera se deriva del comportamiento contable de la empresa, su liquidez y endeudamiento, para determinar que sus recursos y solidez financiera le permita cumplir los compromisos que adquiera. Como explica la Agencia en el “*Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”*, l*os indicadores* de capacidad financiera *“buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato”[[16]](#footnote-17).* La capacidad organizacional, por su parte, *“[…] es la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna. El Decreto 1082 de 2015 definió los indicadores de rentabilidad para medir la capacidad organizacional de un proponente teniendo en cuenta que está bien organizado cuando es rentable”.*

Como se expuso previamente, tanto la capacidad financiera como organizacional debe acreditarse en el RUP, esto es, a través de los estados financieros del proponente, suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, si cuenta con tales documentos. De este modo, lo que se verifica con el registro es que el proponente tenga los indicadores financieros y organizacionales mínimos solicitados por la entidad, que le permitan satisfacer la necesidad que se contratará una vez desarrollado el procedimiento de selección.

A manera de ejemplo, la Agencia puso a disposición de los interesados en el *“Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”* definiciones para cada requisito habilitante propuesto, e indica lineamientos orientadores que las entidades pueden considerar para establecerlos, siempre y cuando su inclusión sea adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir, su valor, plazo, forma de pago y objeto contractual, por lo cual no es suficiente la aplicación mecánica de fórmulas financieras, pues la Entidad Estatal debe conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación.

Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de capacidad financiera que las entidades pueden incluir en sus procesos de selección, los siguientes: i) el *índice de liquidez*, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el *índice de endeudamiento*, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la *razón de cobertura de intereses*, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones financieras. Adicionalmente, la Agencia recomienda valorar otro tipo de indicadores como el *capital de trabajo*, la *razón de efectivo*, la denominada *prueba ácida*[[17]](#footnote-18), la *concentración de endeudamiento a corto* y *a largo plazo* y el *patrimonio[[18]](#footnote-19)*.

Por su parte, según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la *rentabilidad del patrimonio*, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente.

Por el otro, la *rentabilidad del activo*, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio.

A juicio de esta Agencia, también son relevantes los siguientes indicadores, pero únicamente en aquellos casos en los que, por las características del objeto a contratar, la naturaleza o la complejidad del proceso de contratación, se requieran: i) margen bruto; ii) margen operacional; iii) margen neto; iv) retorno sobre capital invertido; v) rotación de activos totales; vi) rotación de activos fijos; y vii) rotación de inventarios[[19]](#footnote-20).

En ese sentido, para justificar la determinación de alguno de los requisitos anteriormente expuestos, tanto para capacidad financiera y organizacional, la Entidad Estatal debe tener en cuenta el estudio del sector que le permitió a la entidad conocer cómo se debe ejecutar el objeto contractual, y que es necesario analizar cada fórmula para que la interpretación no sea operativa, sino que su aplicación se base en el entendimiento del resultado y sus implicaciones para el procedimiento contractual[[20]](#footnote-21). Esto permitirá que sus resultados se interpreten observando el riesgo que un indicador alto o bajo representa para el procedimiento de contratación. Por ende, la entidad debe establecer unos límites dentro de los cuales se garantice que el proponente pueda cumplir el contrato en caso de celebrarlo[[21]](#footnote-22).

No obstante, como se ha expuesto, las Entidades Estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones o documentos equivalentes pueden establecer los indicadores financieros y organizacionales necesarios, siempre que estos sean proporcionales y así lo justifiquen, en ese orden de ideas, resulta ser totalmente potestativo de la Entidad Estatal el exigir capital de trabajo e indicadores mínimos conforme dicho indicador, de manera que entre más fuerte sea el nexo entre el objeto contractual y el indicador, con mayor rigurosidad debe ser el análisis por parte de la Entidad Estatal de los datos para establecer los límites de los requisitos habilitantes y su nivel de exigencia.

En consecuencia, para efectos de los escenarios descritos en el párrafo precedente, la inclusión o exclusión de los indicadores previstos en el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015 está unida a la carga justificativa de la *Entidad Estatal* en los estudios y documentos previos del proceso de selección.

**2.5. Aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece a la experiencia como requisito habilitante, y debe ser entendida como aquella que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos y se verifica con el RUP[[22]](#footnote-23), siempre y cuando este sea exigible de acuerdo con la ley, sobre el cual se predica que los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento son plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación[[23]](#footnote-24).

Igualmente se ha indicado que la experiencia, esta debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente[[24]](#footnote-25). De esta manera, con el RUP se verifica que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico.

Por lo demás, el “*Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación”,* indica que la experiencia tiene un carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar[[25]](#footnote-26).

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, lo que ayuda a que exista pluralidad de oferentes.

Así mismo, conviene recalcar que las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante. Lo anterior, salvo que se trate de objetos contractuales regidos por documentos tipo, evento en el cual las reglas relativas a la experiencia exigida y a la forma de acreditación están allí previstas.

Ahora, como bien se expuso previamente, el RUP fue creado por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y constituye el medio idóneo para verificar las condiciones de los proponentes en procesos de contratación pública. De lo anterior se concluye que la regla general es que la experiencia se acredite a través del RUP y, en consecuencia, la evaluación de la experiencia, como requisito habilitante, no puede ser evaluada nuevamente por la entidad pública a partir de otros criterios distintos a los contenidos en dicho registro.

**2.6. Acreditación de experiencia de socios por parte de sociedades con menos de tres años de constitución y la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios en procesos donde el RUP no es exigible**

Dada las inquietudes presentadas en esta oportunidad, relacionadas principalmente con la promoción de microempresas, ha de señalarse que el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, establece que si una persona natural se inscribe en el RUP aportará los certificados de experiencia en provisión de bienes, obras y servicios, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras y servicios, y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado[[26]](#footnote-27).

El numeral 2.5[[27]](#footnote-28) del mismo artículo señala que la persona jurídica se registrará aportando los certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado.

El interesado debe indicar en cada certificado, o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios, en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

La parte final del numeral 2.5 del artículo citado incluye una medida diferenciada para las personas jurídicas cuya constitución sea menor a 3 años al momento del registro. Esta prerrogativa, que puede ser entendida como de fomento a la participación de pequeños oferentes en la contratación estatal, permite que las sociedades relativamente nuevas ─con menos de 3 años de constitución─ puedan acreditar como experiencia en el RUP la de sus accionistas, socios o constituyentes. A pesar de que la experiencia es inherente a la persona que la ha obtenido, razón por la cual es intransferible en virtud de su carácter personalísimo, por disposición legal o reglamentaria, en casos excepcionales, como el descrito por el artículo mencionado, se aplica de otra forma.

La finalidad de esta norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la competencia en la contratación estatal. Así las cosas, el socio transfiere la experiencia adquirida directamente a la sociedad de la que es parte, para que esta, como persona jurídica independiente, pueda cumplir con los requisitos habilitantes o puntuables que establezcan las entidades estatales en sus procesos de contratación, y de esta forma promover el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública.

Asimismo, esta Agencia ha indicado que la persona jurídica que tenga más de tres años de constituida y haya registrado inicialmente la experiencia de sus socios en el RUP ―pues su constitución era inferior a tres años― y este es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si el RUP no es renovado y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Igualmente, se ha reiterado que la finalidad del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 es incentivar la libre competencia y la pluralidad de oferentes en la contratación estatal. Adicionalmente, el Decreto 1082 de 2015 establece que la persona inscrita en el RUP debe presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, de lo contrario cesan sus efectos[[28]](#footnote-29). En la actualidad, las cámaras de comercio solo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente, por tanto, les corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar el RUP para efectos de evaluar la experiencia.

En otras palabras, si la persona jurídica con menos de tres años de constituida registra la experiencia de sus socios en el RUP, y éste es renovado, puede continuar utilizando la experiencia inscrita mientras no cesen los efectos del RUP. Por el contrario, si no se renueva y la persona jurídica supera los tres años de constituida, la experiencia que registró de sus socios no puede ser inscrita nuevamente, puesto que el RUP ha cesado sus efectos y la cámara de comercio tiene que hacer nuevamente la verificación documental de la información presentada al momento de inscribirse en el registro.

Lo anterior, tiene fundamento en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el numeral 4.2, sobre el procedimiento para llevar el Registro Único de Proponentes, que establece:

“4.2.5. Vigencia de los documentos. Para efectos de renovación y actualización se considera que los documentos no pierden su vigencia salvo disposición legal en contrario. Por lo anterior, las Cámaras de Comercio no podrán abstenerse de realizar la inscripción argumentando el vencimiento de los documentos de soporte”.

Así las cosas, con el fin de incentivar la participación continúa y constante de los proponentes, las entidades estatales, en sus procesos de contratación, aceptarán como válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes incluso después de cumplidos los tres años de constitución de la sociedad, pues esta interpretación permite incentivar la creación de empresa y generar una mayor participación de las empresas recién constituidas.

En este sentido, si bien la norma no dispone qué sucede con la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes, después de los 3 años de constituida la persona jurídica, para esta Subdirección sigue siendo válida, por lo que la entidad la debe tener en cuenta. De esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

En línea con lo anterior, el numeral 2.5. del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 consagra, como se dijo, una prerrogativa para las sociedades nuevas, que busca fomentar la competencia de las mismas en el campo de la contratación estatal, sin establecer limitantes en relación con las entidades o procesos de contratación en los que las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución pueden acreditar la experiencia transferida por sus socios en virtud de la referida prerrogativa.

Por tanto, en atención al principio general de interpretación según el cual donde el legislador no distingue no le es dado hacerlo al interprete, el hecho de que una sociedad con menos de 3 años de constitución haya hecho uso de la referida prerrogativa en determinado proceso de contratación o entidad, no excluye la posibilidad de que dicha sociedad siga haciendo uso del beneficio en otros procesos de contratación adelantados por otras entidades, incluso, en aquellos procesos que en principio no requieren de la presentación del RUP para verificar requisitos habilitantes, así haya vencido los 3 años de constitución, siempre que no hayan cesado los efectos del RUP por el incumplimiento del deber de renovación.

Lo anterior implica que, una vez en firme la inscripción, actualización o renovación en el marco del cual una sociedad con menos de tres años de constitución presenta certificados de experiencia adquirida por sus socios o constituyentes, de acuerdo con el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, dicha experiencia queda consolidada en el RUP de la persona jurídica quien por el efecto de la prerrogativa podrá acreditar esa experiencia como propia, mientras no cesen los efectos del RUP por su no renovación. De esta manera la experiencia inscrita de acuerdo con la referida prerrogativa podrá ser acreditada en procesos de selección mediante el respectivo RUP, con efectos de plena prueba de las circunstancias de las que en el constan. En ese orden de ideas, en procesos de selección donde el RUP no es exigible por excepción de la Ley, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren entidades con régimen especial de contratación, podrá hacerse válida la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes a nombre de la persona jurídica quien por el efecto de la prerrogativa acredita esa experiencia como propia, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique en el RUP que no han cesado sus efectos por la no renovación de este registro.

De esta manera, en los procesos de contratación que no es exigible ni obligatoria la presentación del RUP para acreditar requisitos habilitantes, deberán los proponentes aportar su RUP, además de los otros requisitos establecidos en el pliego de condiciones o invitación para acreditar requisitos habilitantes, con el fin de que las Entidades Estatales puedan validar la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes a nombre de la persona jurídica, quien por el efecto de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, acredita esa experiencia como propia, siempre y cuando el RUP no se haya dejado de renovar a tiempo, pues en este caso, la norma estableció una tarifa legal probatoria en el RUP para la acreditación de dicha experiencia, sin distinción en su trámite frente a las distintas modalidades de selección de contratistas.

**2.7. Limitación a MiPymes en los Procesos de Contratación adelantados bajo la modalidad de mínima cuantía y la no exigencia de garantía de seriedad de la oferta**

En este punto, conviene precisar que el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. En esta modalidad de selección, la *Entidad Estatal* realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Fue creada por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011 y modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, disponiendo que el factor determinante para adelantarla es el valor del presupuesto oficial con independencia de su objeto. Por lo demás, como en este procedimiento el contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta, se considera un sucedáneo de los denominados *“*contratos sin formalidades plenas*”*[[29]](#footnote-30).

En esencia, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 conserva a grandes rasgos el procedimiento previsto en el derogado artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, el cual define los aspectos generales del procedimiento contractual[[30]](#footnote-31). No obstante, aludiendo expresamente al desarrollo reglamentario, el parágrafo primero introduce el siguiente cambio: *“*Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones *a Mipymes* o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional*”* (Énfasis fuera de texto).

Esta modificación es importante, pues antes de la Ley de Emprendimiento era imposible limitar a Mipyme la mínima cuantía, especialmente, cuando el artículo 94 la Ley 1474 de 2011 disponía que no era aplicable la Ley 816 de 2003, *“*Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública*”*, ni el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la promoción del desarrollo en la contratación pública. A partir de la expedición del artículo 30, parágrafo 2, de la Ley 2069 de 2020, *“*La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003*”*. Es decir, al no prohibir la aplicación del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, la norma –además de reiterar la importancia de su reglamentación posterior– permite las convocatorias limitadas a MiPymes en esta modalidad de selección. Como se observa, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 dispone que el reglamento es importante para regular: i) las *“*particularidades del procedimiento de selección*”* y ii) la posibilidad de realizar estas adquisiciones a MiPymes o establecimientos que correspondan a la definición de *“*gran almacén*”*.

Con fundamento en lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre de 2021, *“*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones*”*. Entre los aspectos reglamentados por el mencionado decreto se encuentra el procedimiento de mínima cuantía.

Así las cosas, el artículo 2 modificó la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, que se titula *“*mínima cuantía*”*, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la *“*invitación*”* y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a Mipyme, de acuerdo con el mandato del parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020. iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente defina las reglas para la utilización de instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la *Entidad Estatal* es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de *“*grandes almacenes*”*.

En efecto, a partir de las modificaciones reguladas en el Decreto 1860 de 2021, la invitación se debe publicar por un término no inferior a un (1) día hábil, para que los interesados se informen de su contenido y formulen observaciones o comentarios. En este plazo se podrán presentar las solicitudes para limitar la convocatoria a MiPymes colombianas, las cuales se tramitarán de conformidad a lo contemplado en el parágrafo de artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, esto es, de conformidad con lo prescrito en los artículos 2.2.1.2.4.2.2 a 2.2.1.2.4.2.4 del citado Decreto para la limitación a MiPymes en las otras modalidades de selección, con el único cambio de que las solicitudes para limitar el proceso a MiPyme se recibirán durante el término previsto para la publicación de la invitación.

En la invitación se deberá incluir un cronograma que tenga en cuenta los términos mínimos establecidos en el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, entre ellos el momento en que publicará un aviso en el SECOP precisando si el proceso efectivamente se limitó a MiPyme o si podrá participar cualquier otro interesado y el término adicional dentro del cual los proponentes podrán presentar sus ofertas, el cual será de mínimo un (1) día hábil luego de publicado el aviso en que se informe si el proceso se limita o no a MiPyme.

De esta forma encontramos que la limitación a MiPyme de procesos de contratación de mínima cuantía no es potestativa de la Entidad Estatal, toda vez que si se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, esto es que se presenten por lo menos dos (2) solicitudes de MiPymes colombianas de mínimo un (1) año de existencia, dentro del término establecido en la invitación para limitar la convocatoria a MiPyme colombianas, y el valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; la Entidad Estatal estará obligada a limitar la participación de la invitación a MiPymes.

Por su parte, en lo que respecta a la potestad de exigir en los procesos de selección por mínima cuantía la garantía de seriedad de la oferta, es pertinente señalar que el artículo 2.2.1.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015, indica que la Entidad Estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de "grandes almacenes".

Conforme lo anterior, es posible concluir que, para establecer la obligación de la *Entidad Estatal* de exigir a los oferentes la constitución de la garantía de seriedad de oferta es necesario determinar la modalidad de selección del contratista a emplear. En los procesos de contratación que se adelanten mediante la modalidad de mínima cuantía, la *Entidad Estatal* deberá justificar la exigencia o no de la garantía de seriedad de oferta en el estudio previo o documento equivalente.

**3. Respuesta**

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- solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías, ni para pronunciarse sobre asuntos particulares, mucho menos para brindar directrices especiales sobre la validez y/o pertinencia de solicitar ciertos requisitos en el marco de un proceso de selección contractual, por parte de las *Entidades Estatales* como requisitos habilitantes.

Sin embargo, en línea con las precisiones normativas previamente realizadas, conviene señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una configuración taxativa de los requisitos habilitantes en cada proceso contractual. Por el contrario, las entidades estatales, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, deben decidir el contenido de los requisitos habilitantes que en cada caso o proceso de selección permitirán comprobar que los eventuales oferentes puedan estar habilitados para participar. En ese sentido, las entidades estatales podrán optar por aplicar los requisitos habilitantes señalados en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, o si opta por aplicar requisitos adicionales a estos. En este último caso, la entidad deberá realizar directamente la verificación de la información relativa a la acreditación del correspondiente requisito adicional.

Así, considerando la discrecionalidad para establecer requisitos habilitantes con la que cuentan las entidades estatales, es necesario tener en cuenta que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 –aplicable en los procedimientos contractuales en virtud del artículo 77 de la Ley 80 de 1993– dispone que *“*En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”*. Para efectos de establecer requisitos habilitantes, entonces, le asiste a la Entidad Estatal la carga justificativa de su adopción en los estudios y documentos previos del proceso de selección.

Sea del caso también señalar que el *“Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación*” adoptado por esta Agencia, contiene recomendaciones para determinar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación y, por ende, su contenido no es de obligatorio cumplimiento. De esta manera, les corresponde a las Entidades Estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional, para lo cual deberán tener en cuenta la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los riesgos asociados al contrato, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto.

Con todo, a lo anterior debe sumarse el hecho de que, por ejemplo, para efectos de fijar los indicadores de capacidad financiera y organizacional, en la sección VI del citado Manual se indica que la *Entidad Estatal* *“debe establecer el límite para los indicadores de capacidad financiera y organizacional como resultado del análisis de los criterios previstos en la sección I.B. y evitar hacerlo de manera mecánica, pues cada Proceso de Contratación tiene una naturaleza distinta y está asociado a Riesgos particulares”*. De esta manera, es deber de la entidad establecer en los pliegos de condiciones la forma en la cual se calcularán los indicadores de capacidad financiera y organizacional de los proponentes, para lo cual puede optar por exigir capital de trabajo, sin perjuicio de utilizar opciones distintas, pues como se indicó, existe discrecionalidad en las entidades estatales para determinar sus requisitos habilitantes.

Ahora, se considera conveniente dejar en claro que en los procesos de contratación en donde no es exigible ni obligatoria la presentación del RUP para acreditar requisitos habilitantes, deberán los proponentes aportar su RUP, además de los otros requisitos establecidos en el pliego de condiciones o invitación pública para acreditar los demás requisitos habilitantes, con el fin de que las Entidades Estatales puedan validar la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes a nombre de la persona jurídica, quien por el efecto de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, acredita esa experiencia como propia, siempre y cuando el RUP no se haya dejado de renovar a tiempo, pues en este caso, la norma estableció una tarifa legal probatoria en el RUP para la acreditación de dicha experiencia, sin distinción en su trámite frente a las diferentes modalidades de selección.

Igualmente, la limitación a MiPyme de procesos de contratación de mínima cuantía no es potestativa de la Entidad Estatal, toda vez que si se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, esto es que se presenten por lo menos dos (2) solicitudes de MiPymes colombianas de mínimo un (1) año de existencia, dentro del término establecido en la invitación para limitar la convocatoria a MiPyme colombianas, y el valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; la entidad Estatal estará obligada a limitar la participación de la invitación a MiPymes.

Con todo, recuérdese que, tal y como se expuso en líneas precedentes, los requisitos habilitantes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de ser enunciativos, pues una lectura integral y sistemática de las normas en materia de contratación estatal permite colegir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, cuando quiera que en un caso concreto se exige capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007[[31]](#footnote-32).

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diego Andrés Zambrano Pérez  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 |

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 pública del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el objetivo de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3º *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de la entidad. Concretamente, el numeral 5º del citado 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”*. A su turno, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* indica que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: *“[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”*. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-3)
3. “Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones. Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-4)
4. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-5)
5. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencias del 11 de diciembre de 2002, dictada dentro del expediente AG-1683, y del 18 de octubre de 2001, proferida dentro del plenario AG-021. [↑](#footnote-ref-6)
6. Gaceta 096 de 2007. Pág. 9. Allí se lee: *“*Parágrafo 2°. Nuevo. Se adiciona un parágrafo nuevo para *establecer de manera concreta* que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos, con el fin de evitar la exclusión de aquellas personas o empresas principalmente en regiones apartadas que carecen de tal requisito. Dejando sin embargo a la administración la posibilidad de fijar la implementación de planes de calidad*”* (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-7)
7. *“***Artículo 2.2.1.1.1.5.3.**Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

   1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.

   Los contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación, para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en smmlv.

   2. Capacidad Jurídica – La capacidad jurídica del proponente para prestar los bienes, obras, o servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales y la capacidad del representante legal de las personas jurídicas para celebrar contratos y si requiere, autorizaciones para el efecto con ocasión de los límites a la capacidad del representante legal del interesado en relación con el monto y el tipo de las obligaciones que puede adquirir a nombre del interesado.

   3. Capacidad Financiera – los siguientes indicadores miden la fortaleza financiera del interesado:

   3.1. Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente.

   3.2. Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total.

   3.3. Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses.

   4. Capacidad Organizacional – los siguientes indicadores miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado:

   4.1. Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio.

   4.2. Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total*”*.

   [↑](#footnote-ref-8)
8. Ver en línea: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/manual-para-determinar-y-verificar-los-requisitos> [↑](#footnote-ref-9)
9. *“*Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes*”*. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1150 de 2007: *“*Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes.

    […]

    *“*6.1. […]

    *“*El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

    *“*No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

    […]*”*. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Exp. 31.753. C.P. Mauricio Fajardo Gómez: *“*El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como “plena prueba” de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio según se observa de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 1150*”*. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ley 1150 de 2007: *“*Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes.

    [...]

    *“*No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

    [...]*”*. [↑](#footnote-ref-13)
13. *“*6.1. [...] No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa*”*. [↑](#footnote-ref-14)
14. Como se señaló, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 impuso la obligación a todos los proponentes de inscribirse en el Registro Único de Proponente, salvo en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. [↑](#footnote-ref-15)
15. Decreto 1082 de 2015: *“*Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes*”*. [↑](#footnote-ref-16)
16. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf>. [↑](#footnote-ref-17)
17. Mide la liquidez del proponente de manera más estricta que el índice de liquidez, pues no tiene en cuenta su inventario. El inventario es excluido, teniendo en cuenta que es la cuenta menos líquida del activo corriente y no debe ser usada para pagar las obligaciones de corto plazo. [↑](#footnote-ref-18)
18. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. El citado Manual puede ser consultado en el siguiente en lace: <https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf>. [↑](#footnote-ref-19)
19. Ibídem. [↑](#footnote-ref-20)
20. Dice el Manual que: *“*[...] En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y de su valor, plazo y forma de pago, la Entidad Estatal debe hacer uso de los indicadores que considere adecuados respecto al objeto del Proceso de Contratación.

    *“*Las Entidades Estatales no deben limitarse a determinar y aplicar de forma mecánica fórmulas financieras para determinar los indicadores. Deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación*”*. [↑](#footnote-ref-21)
21. Al respecto, el Manual indica: *“*La determinación de cada requisito habilitante debe estar enmarcada en el análisis y el concepto de lo que mide el indicador. Si el indicador representa una mayor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un valor máximo para el requisito habilitante. Si el indicador representa una menor probabilidad de Riesgo a medida que su valor es mayor, la Entidad Estatal debe fijar un mínimo*”*. [↑](#footnote-ref-22)
22. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

    1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.

    [...]”. [↑](#footnote-ref-23)
23. Ley 1150 de 2007: “Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

    [...]

    El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

    No obstante, lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa”. [↑](#footnote-ref-24)
24. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

    1. Si es una persona natural:

    1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

    1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Cla­sificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel”. [↑](#footnote-ref-25)
25. Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: “La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

    Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

    [...]

    La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

    La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

    [...]”. [↑](#footnote-ref-26)
26. “Artículo 2.2.1.1.1.5.2: Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

    […]

    2.1.   Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel”. [↑](#footnote-ref-27)
27. “Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

    […]

    2.5. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel. Si la constitución del interesado es menor a 3 años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes”. [↑](#footnote-ref-28)
28. En el marco del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 417 de 2020, a causa de la pandemia mundial desatada por el virus del Covid 19, se expidió el Decreto 434 de 2020 el cual dispone lo siguiente: “Artículo 2°. Renovación del Registro Único de Proponentes. Las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio en Colombia, interesadas en participar en Procesos de Contratación convocados por las entidades estatales, deben estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley. Las personas inscritas en el RUP deben presentar la información para renovar su registro a más tardar el quinto día hábil del mes de julio de 2020”. [↑](#footnote-ref-29)
29. Al respecto, la jurisprudencia explica que *“*[…] los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues […] el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 […]; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas*”* (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-30)
30. Ambas normas disponen lo siguiente: *“*5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

    *“*a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

    *“*b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

    *“*c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

    *“*d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal*”*. [↑](#footnote-ref-31)
31. “Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones. Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-32)