**EMPATE DE OFERTAS – Criterios de desempate**

De empate entre varias ofertas, el primer criterio que tiene que aplicar la entidad estatal corresponde a los factores de calificación, en tanto que estas deben seleccionar la oferta que tenga el mayor puntaje “en el primero de los factores de escogencia” y, si persiste la paridad, “se escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones”.

Persiste el empate, una vez agotados los factores de calificación la entidad deberá aplicar “en forma sucesiva y excluyente” los criterios previstos en los numerales 1 a 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

Bogotá D.C., **09/09/2019 Hora 17:24:46s**

**N° Radicado: 2201913000006679**

Señor

Mario Fernando Gámez

**Radicación:** Respuesta a la consulta 4201912000005518

**Temas:** Incentivos a favor de personas con discapacidad

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación del Decreto 392 de 2018

Estimado señor Gámez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 14 de agosto de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

# Problemas planteados

**En relación con lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015:**

* 1. “*Solicito aclarar si el 25%* (SIC) *de la experiencia acreditada corresponde a la totalidad de la experiencia habilitante ó* (SIC) *a la experiencia adicional ó* (SIC) *a la sumatoria de las anteriores*”*.*
  2. “*Solicito aclarar si el porcentaje del 25%* (SIC) *se calcula sobre salarios (SMMLV) ó* (SIC) *áreas ó* (SIC) *números de contratos de la experiencia acreditada*”.

# Respecto de lo previsto en el artículo 1 del Decreto 392 de 2018:

* 1. “*Respecto al numeral 2 donde indica que debe aportarse certificación del Ministerio de trabajo* (SIC)*, es de resaltar que la misma debe cumplir con las condiciones establecidas en la ley que* (SIC) *por lo menos el diez por ciento (10%)* (SIC) *de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997.*
  2. “*Solicito aclarar si el porcentaje del 40%* (SIC) *de la experiencia requerida corresponde a la totalidad de la experiencia habilitante ó* (SIC) *a la experiencia adicional ó* (SIC) *a la sumatoria de las anteriores*”*.*
  3. “*Solicito aclarar si el porcentaje del 40%* (SIC) *de la experiencia requerida se calcula sobre salarios (SMMLV) ó* (SIC) *áreas ó* (SIC) *números de contratados de la experiencia requerida*”.
  4. “*En caso que ambos integrantes del proponente plural acrediten mínimo el 40%* (SIC) *de la experiencia requerida,* [¿]*cual* (SIC) *planta de personal se tendría en cuenta?, ¿Quién debería aportar el discapacitado?*”.
  5. “*Al verificar el número de personal en planta contra el mínimo de trabajadores con discapacidad tenemos los siguientes porcentajes:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Número total de trabajadores de la planta de personal del***  ***proponente*** | ***Número mínimo de trabajadores con discapacidad***  ***exigido*** | ***Rango de %*** |
| *Entre 1 y 30* | *1* | *100% - 3,30%* (SIC) |
| *Entre 31 y 100* | *2* | *6,46% - 2,00%* (SIC) |
| *Entre 101 y 150* | *3* | *2,97% - 2,00%* (SIC) |
| *Entre 151 y 200* | *4* | *2,65% - 2,00%* (SIC) |
| *Más de 200* | *5* | *2,50%* (SIC) |

*Como se evidencia, ningún porcentaje cumple con por lo menos el diez por ciento (10%)* (SIC) *de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Para cumplir el porcentaje mínimo tendrían que disminuir la cantidad de trabajadores de planta de tal manera que al dividir el número de trabajadores con discapacidad se cumpla el (10%)* (SIC) *mínimo requerido. Para lo anterior, tendrían* (SIC) *que realizarse el siguiente ajuste:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Número total de trabajadores de la planta de personal del***  ***proponente*** | ***Número mínimo de trabajadores con discapacidad***  ***exigido*** | ***Rango de %*** |
| *Entre 1 y 10* | *1* | *100% - 10,00%* (SIC) |
| *Entre 11 y 20* | *2* | *18,18 % - 10,00%* (SIC) |
| *Entre 21 y 30* | *3* | *14,29% - 10,00%* (SIC) |
| *Entre 31 y 40* | *4* | *12,91% - 10,00%* (SIC) |
| *Más de 40* | *5* | *12,20%* (SIC) |

*Por lo anteriormente expuesto, solicito aclarar las discrepancias entre el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 392 de 2018*”.

# Consideraciones

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer una serie de reflexiones en relación con (i) los criterios de desempate y (ii) el régimen de incentivos a favor de los proponentes que tienen vinculadas personas en condición de discapacidad.

# Criterios de desempate

Durante los procesos de contratación puede ocurrir que dos o más ofertas ocupen el primer lugar en el orden de elegibilidad, caso en el cual las entidades estatales deberán dar aplicación al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, según el cual:

“En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad Estatal escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación. Si persiste el empate, escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones.

Si persiste el empate, la Entidad Estatal debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar el oferente favorecido, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales:

* + 1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
    2. Preferir las ofertas presentada por una Mipyme nacional.
    3. Preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25 %); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25 %) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.
    4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10 %) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10

%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25 %) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25 %) **de la experiencia acreditada en la oferta**.

* + 1. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación”. (Negrilla fuera de texto)

Así, en caso de empate entre varias ofertas, el primer criterio que tiene que aplicar la entidad estatal corresponde a los factores de calificación, en tanto que estas deben seleccionar la oferta que tenga el mayor puntaje “*en el primero de los factores de escogencia*” y, si persiste la paridad, “*se escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación* ***establecidos en los pliegos de condiciones del Proceso*** *de Contratación y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones*”. (Negrilla fuera de texto)

Si persiste el empate, una vez agotados los factores de calificación la entidad deberá aplicar “*en forma sucesiva y excluyente*” los criterios previstos en los numerales 1 a 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

Tratándose del numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, uno de los temas objeto de consulta, procede citar lo previsto en el literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, según el cual:

“Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas en situación de discapacidad tendrán las siguientes garantías:

a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10 % de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación”.

El supuesto de hecho previsto en el citado artículo aplica para aquellos eventos en que exista “*igualdad de condiciones*” entre ofertas, esto es, un empate. Una vez se presenta la mencionada situación se debe verificar el cumplimiento de las condiciones para preferir a la propuesta que: i) acredite que tiene en su nómina “*por lo menos un mínimo del 10 % de sus empleados en (…) condiciones de discapacidad (….) contratados por lo menos con anterioridad a un año*” y ii) que mantenga dicho personal “*por un lapso igual al de la contratación*”.

Ahora bien, el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 reguló la aplicación de la preferencia a favor de empresas que vinculen a personas en situación de discapacidad cuando se trata de oferentes plurales, esto es, consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura, advirtiendo que el integrante que acredite “*que el diez por ciento (10 %) de su nómina está en condición de discapacidad*” debe (i) tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25 %) en el proponente plural y

(ii) aportar mínimo el veinticinco por ciento (25 %) “***de la experiencia acreditada en la oferta***”.

En consecuencia, el integrante que demuestre que tiene mínimo el diez por ciento (10 %) de su nómina en condición de discapacidad, debe aportar cuanto menos el veinticinco por ciento (25 %) de la totalidad de la experiencia que se exige en la oferta.

Por último, tratándose de los criterios de desempate, no sobra señalar que existen reglas especiales para la selección abreviada, subasta inversa y mínima cuantía. En el primer caso, si al terminar la subasta hay empate, “*se debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir el empate la Entidad Estatal debe aplicar las reglas del numeral 1 a 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del presente decreto*”, como lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015.

En el segundo evento, esto es, en la mínima cuantía, en caso de empate, las entidades estatales deberán aceptar “*la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo*”, según la regla contemplada en el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

# Régimen de incentivos a favor de personas con discapacidad – Decreto 392 de 2018

Lo primero que se debe señalar es que, como lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – en la Circular Externa Única, se “debe tener en cuenta que el Decreto 392 de 2018 estableció un incentivo en favor de personas en condiciones de discapacidad como un puntaje adicional, **sin que el mencionado decreto haya modificado o derogado el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 sobre los factores de desempate**”. (Negrilla fuera de texto)

Quiere decir lo anterior que una cosa es el factor de desempate que supone la preferencia de aquellos proponentes que tengan en su nómina mínimo el diez (10 %) de sus empleados en condición de discapacidad, lo cual se deriva del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, regulado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y otra bien distinta el incentivo estatuido en el Decreto 392 de 2018 que deviene de lo previsto en los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013. En efecto, el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 indica lo siguiente:

“*El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces,* ***expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional*** *en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores*”. (Negrilla fuera de texto)

El supuesto de hecho previsto en la norma citada difiere del regulado en la Ley 361 de 1997, pues exige que se “*establezca una puntuación adicional*” y no una preferencia en “*igualdad de condiciones*”. En ese marco se expidió el Decreto 392 de 2018, que en su artículo 1 agregó “*la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual tendrá tres artículos nuevos con el siguiente texto (…)*”. De los nuevos artículos adicionados se desprenden las siguientes reglas:

1. Aplica para “*procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad*”.
2. Las entidades estatales “*deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal*”, siempre y cuando se cumpla con el número mínimo de trabajadores con dicha condición especial señalados a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| ***Número total de trabajadores de la planta de personal del***  ***proponente*** | ***Número mínimo de trabajadores con discapacidad***  ***exigido*** |
| *Entre 1 y 30* | *1* |
| *Entre 31 y 100* | *2* |
| *Entre 101 y 150* | *3* |
| *Entre 151 y 200* | *4* |
| *Más de 200* | *5* |

1. Si la oferta “*es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40 %) de la* ***experiencia requerida para la respectiva contratación***”.

# Respuestas

Con base en las consideraciones incluidas en el numeral 2 de este concepto, se procede a responder las preguntas en el mismo orden en que se formularon:

1. El integrante que acredite que tiene mínimo el diez porciento (10 %) de su nómina en condición de discapacidad debe aportar cuanto menos el veinticinco por ciento (25 %) de la totalidad de la experiencia que se acredite en la oferta, como lo prevé el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.
2. El veinticinco por ciento (25 %) se refiere al porcentaje de participación que debe tener en la estructura plural el integrante que acredite que tiene mínimo el diez por ciento (10

%) de su nómina en condición de discapacidad.

Es decir, se calcula con base en la distribución de la participación de la persona en la estructura plural, llámese consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.

1. Si bien lo incluido en este numeral por el consultante no incorporó ninguna pregunta que pueda ser objeto de respuesta, sino una apreciación particular acerca del contenido del Decreto 392 de 2018, lo cierto es que como lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – en la Circular Externa Única, se “*debe tener en cuenta que el Decreto 392 de 2018 estableció un incentivo en favor de personas en condiciones de discapacidad como un puntaje adicional,* ***sin que el mencionado decreto haya modificado o derogado el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 sobre los factores de desempate***”. (Negrilla fuera de texto)

Quiere decir lo anterior que una cosa es el factor de desempate que supone la preferencia de aquellos proponentes que tengan en su nómina mínimo el diez (10 %) de sus empleados en condición de discapacidad, lo cual se deriva del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, regulado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y otra bien distinta el incentivo estatuido en el Decreto 392 de 2018 que deviene de lo contemplado en los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013.

Por último, es claro que la certificación proveniente del Ministerio de Trabajo que da fe del cumplimiento del requisito de contar en la nómina del empleador con personas en condición de discapacidad, debe satisfacer los requerimientos normativos dispuestos para el efecto.

1. El integrante que acredite el personal de discapacidad para los efectos de lo previsto en el Decreto 392 de 2018 debe aportar cuanto menos el cuarenta por ciento (40 %) de la de la experiencia “*requerida para la respectiva contratación*”.

Sobre la base de que en el Decreto 392 de 2018 no se distinguió si la experiencia era general o específica, pues simplemente se previó que era la “*requerida para la respectiva contratación*”, en criterio de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – corresponde a cualquiera de las exigidas en los documentos del proceso de contratación.

1. El cuarenta por ciento (40 %) se calcula contra la totalidad de la “*experiencia requerida para la respectiva contratación*”.
2. Esa es una determinación que deberán adoptar los integrantes del oferente plural al momento de definir los términos y condiciones de su propuesta.
3. Se reitera que una cosa es el factor de desempate que supone la preferencia de aquellos proponentes que tengan en su nómina mínimo el diez (10 %) de sus empleados en condición de discapacidad, lo cual se deriva del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, regulado en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, y otra bien distinta el incentivo estatuido en el Decreto 392 de 2018 que deviene de lo previsto en los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013.

En consecuencia, la regla descrita en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997 no deviene aplicable a efectos de acreditar la figura estatuida en el Decreto 392 de 2018.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez