**EXPERIENCIA – Forma de acreditación – Socios – Sociedades con menos de 3 años de constituidas – Decreto 1082 de 2015**

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 ésta, 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.

**EXPERIENCIA – Sociedades con menos de 3 años de constituidas – Acreditación posterior – Inscripción en el RUP**

El criterio que se adopta es que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para aquellas sociedades que al momento de inscribirse en el RUP tenían menos de 3 años de constituidas, puede seguir siendo acreditada por la persona jurídica después de transcurridos los 3 años del acto de constitución.

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.

**EXPERIENCIA – Acreditación – Socios – Sociedades con menos de 3 años de constitución – Proceso de mínima cuantía – Excentos de inscripción – RUP**

se puede acreditar en un proceso de mínima cuantía mediante certificados de los contratos ejecutados directamente o a través de consorcios, uniones temporales y sociedades en los que el accionista haya participado. En este orden de ideas, la experiencia se podrá acreditar con alguno de los siguientes documentos: i) certificación expedida por el tercero que recibió el bien, obra o servicio en donde conste que el contrato se encuentra ejecutado, donde conste la identificación de las partes, el valor del contrato expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) a la fecha de terminación del contrato, los bienes y servicios que se pretenden acreditar; ii) acta de liquidación del contrato suscrita por el tercero contratante acompañada de una declaración expedida por el proponente, que se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, en la que certifique que le consta que la información del acta de liquidación está en firme; y iii) copia del contrato ejecutado suscrito por las partes.

**DOCUMENTOS TIPO – Experiencia Proponentes – No relacionada – Objeto del contrato**

De acuerdo con el numeral 3.5 del “Documento Base” la verificación del cumplimiento de la experiencia se realiza a partir del objeto o las actividades ejecutadas, siempre que correspondan a las definidas para la “Actividad a Contratar” de la “Matriz 1 – Experiencia”. Por su parte, el numeral 3.5.7 establece que para establecer el valor mínimo a certificar en porcentaje (%) del Presupuesto Oficial “se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados (incluido IVA) en SMMLV de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en este Pliego de Condiciones”. Colombia Compra Eficiente considera que la desagregación únicamente será procedente en aquellos eventos en los cuales las actividades que se pretenden desagregar son totalmente ajenas a las actividades requeridas en la “Matriz 1 – Experiencia.

Le corresponderá al comité evaluador de la entidad estatal ponderar en cada caso particular si el contrato puede ser tomado por el valor total o por la proporción de las actividades ejecutadas y que tienen relación con las actividades válidas para la acreditación de experiencia.

**MIPYMES – Forma de verificación**

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. establecen la forma de acreditación de los requisitos necesarios para participar en procesos de contratación limitados a Mipymes, los cuales son: i) la condición de Mipyme se acredita a través de un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador. ii) la existencia de mínimo un año se acredita con “el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación”, y iii) el domicilio se acredita con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa. En consecuencia, no es posible realizar la verificación de la condición de Mipyme con documentos diferentes a los previamente señalados.

Bogotá D.C., **19/11/2019 Hora 19:19:2s**

**N° Radicado: 2201913000008614**

Señor

# Arnulfo Meneses V.

**Jefe de Evaluación Contractual**

Gobernación del Quindío

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201913000006797

**Temas:** Rup, Documentos Tipo, Otros

**Tipo de asunto consultado:** Experiencia en sociedades con menos de 3 años de

constitución, precio en concurso de méritos, RUP, documentos tipo, condición de Mipyme.

Estimado señor Meneses,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de octubre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

* **Problema planteado**

“1. Tema: Experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica.

De manera respetuosa se solicita a la Agencia Nacional de Contratación Pública, acoger lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de validar la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica que se encuentre inscrita en el RUP, incluso, después de los tres (3) años de constituida, pues como se advirtió, la norma en comento NO señala como prohibición que, transcurridos los tres (3) años, dicha experiencia no pueda ser validada por la Entidad Pública Contratante en un proceso de selección. De no acogerse la petición anterior, se solicita de manera respetuosa indicar ¿Cuál es el fundamento jurídico que soporta el cambio de posición respecto a la NO validación de la experiencia aportada por los accionistas, socios o constituyentes de las personas jurídicas después de transcurridos los tres (3) años de constitución? Para ello, que solicito de manera respetuosa, tener en cuenta los antecedentes aquí expuestos.

“2. Tema: Experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica cuando la misma no cuenta con RUP.

¿Cuál es la posición que tiene Colombia Compra Eficiente, respecto a la acreditación de la experiencia aportada por los accionistas, socios o constituyentes de la persona jurídica, cuando ésta no cuenta con Registro Único de Proponentes, es decir, puede la entidad estatal habilitar a la persona jurídica en un proceso de selección de mínima cuantía, cuando la experiencia que acreditó, fue ejecutada por uno de sus accionistas, socios o constituyentes?

“3. Tema: Oferta económica en los concursos de méritos.

Considerando que los numerales 3, 4, y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado a través de Auto No. 2356 del veinte (20) de febrero de 2019, dictado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso 61463, se solicita indicar si ¿es posible que las entidades estatales en el Pliego de Condiciones de un Concurso de Méritos, establezcan la oferta económica como un requisito habilitante, de modo que, de presentarse errores en la misma, ésta pueda ser objeto de subsanación durante el traslado del informe de evaluación, toda vez que este es un requisito que no otorga puntaje en la referida modalidad?

“4.- Tema: Experiencia de los proponentes en los Pliegos Tipo. ¿Si durante la evaluación de las ofertas en un proceso de Licitación Pública con Pliego Tipo, se advierte que un proponente acreditó experiencia que se encuentra relacionado con el proceso de selección, pero además la misma contiene otras actividades que NO guardan relación con el objeto o alcance del contrato a celebrar, debe la entidad estatal validar la experiencia por el valor total del contrato, o solo debe tener en cuenta el valor del contrato que corresponde a las actividades exigidas en el Pliego Tipo?

“5.- Tema: Inscripción, renovación o actualización del RUP en los Pliegos Tipo. Frente a la casual de rechazo ‘F’ de los Documentos Tipo y lo señalado por la Circular Externa Única solicita:

“¿Debe la Entidad Estatal rechazar la propuesta presentada por un proponente que actualizó o renovó dentro del término legal su RUP, si este no adquiere firmeza durante el traslado del informe de evaluación? Pese a que la Circular Externa Única señala que la ‘información contenida en el RUP, previa la suministrada para renovar el registro, continua en firme hasta que finalice el trámite de renovación correspondiente. Así, en el periodo comprendido entre el momento de la solicitud de renovación y el momento en que adquiera firmeza la información renovada, es válido el RUP del año anterior, cuyos efectos no han cesado y se encuentra vigente y en firme’”.

“6.- Tema: oferta con posible precio artificialmente bajo en la licitación pública de obra.

¿cuál es el procedimiento que debe realizar la entidad estatal en la audiencia de adjudicación de una licitación pública de obra (Ley 1882 de 2018) si una vez abiertos los sobres que contienen la oferta económica de los proponentes habilitados, encuentra que una de las ofertas puede ser considerada con precio artificialmente bajo?

“7.- Tema: Acreditación de la condición de MIPYME. ¿En un proceso de selección que se encuentra limitado a MIPYME, puede una entidad estatal verificar la condición de Micro, Pequeña o Mediana Empresa de los proponentes a través del Registro Único de Proponentes RUP, en virtud de lo consignado en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012?

* **Consideraciones**
	1. **Acreditación de experiencia de sociedades nuevas**

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación por parte de las entidades como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje; con excepción del proceso de selección de consultores, donde es posible otorgar puntaje al criterio de experiencia[[1]](#footnote-1).

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala que todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren celebrar contratos con las entidades deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación[[2]](#footnote-2). Frente al requisito habilitante de experiencia, en el “Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación” se define la experiencia como “el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato”.

El Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, numeral 2.1, establece que si una persona natural es la que se inscribe al 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[[3]](#footnote-3).

El numeral 2.5 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 tres (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 medida, 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 ésta, 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.

Ahora bien, este aspecto ofrece meridiana claridad en cuanto a su aplicación, pero el interrogante que ha generado la norma es ¿qué pasa después de que la sociedad a la que le ha sido permitido certificar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes cumple 3 años de su constitución? ¿puede seguir siendo beneficiaria de la prerrogativa del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015?

Estos interrogantes le han sido planteados a la Subdirección de Gestión Contractual, y frente a ellos se han presentado respuestas en uno y otro sentido. Así, en Concepto del 7 de febrero de 2018 se sostuvo que las personas jurídicas que hubieran sido beneficiarias de la norma podían seguir acreditando la experiencia de sus socios o accionistas, inclusive después de transcurridos 3 años desde la constitución de la sociedad, siempre que se renovara el RUP, en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo anterior, aunque la persona jurídica 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 éste 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[[4]](#footnote-4).

Una posición contraria a la citada se adoptó en un concepto del 3 de abril del 2018, en el que frente a la misma pregunta esta Subdirección respondió que después de cumplidos los 3 años desde la constitución de la sociedad, las entidades estatales no deberían tener como válida la experiencia acreditada por los socios, accionistas o constituyentes. Como fundamento de esta posición, la Subdirección consideró lo siguiente:

* + 1. La posición de Colombia Compra Eficiente respecto a la validez de la experiencia de los accionistas, socios o constituyentes, acreditada en el RUP por una sociedad nueva, cuando está ya superó los 3 años de constituida, ha variado.
		2. El Decreto 1082 de 2015 establece que para la inscripción en el RUP de una persona jurídica, si su constitución es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.
		3. 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 libre competencia en la contratación estatal.
		4. En consecuencia, la persona jurídica cuya constitución es menor a tres (3) años puede registrar la experiencia de sus socios en el RUP, la cual no podrá ser tenida en cuenta por la Entidad Estatal como experiencia de la sociedad una vez cumplidos los tres (3) años de constituida la persona jurídica a los que hace referencia la norma, pues no se cumple con el presupuesto normativo para acceder al beneficio que contempla el Decreto 1082.
		5. Las Cámaras de Comercio se encargan de hacer la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribir, renovar o actualizar su información en el RUP. De esa forma, a diferencia de la renovación, la actualización del RUP puede llevarse a cabo en cualquier momento (únicamente para la capacidad jurídica y experiencia) y debe ser verificada junto con sus soportes por la Cámara de Comercio correspondiente[[5]](#footnote-5).

Ante esta disparidad de criterios, la Subdirección de Gestión Contractual estima necesario recoger estos pronunciamientos y unificar nuestra posición en torno a la posibilidad o no de que las sociedades nuevas puedan seguir acreditando la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, incluso después de cumplidos 3 años de constitución de la persona jurídica.

El criterio que se adopta es que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para aquellas sociedades que al momento de inscribirse en el RUP tenían menos de 3 años de constituidas, puede seguir siendo acreditada por la persona jurídica después de transcurridos los 3 años del acto de constitución. Esta posición ya había sido acogida por esta Subdirección en pronunciamientos más recientes, esto es, posteriores a la acogida en el Concepto del 3 de abril de 2018 antes citado[[6]](#footnote-6).

Se reitera 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[[7]](#footnote-7). En la actualidad, las Cámaras de Comercio sólo pueden eliminar la experiencia registrada en el RUP a solicitud del proponente, por tanto, le corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las entidades estatales verificar, para efectos de tener en cuenta 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 determina si después de tres (3) años de constituida la persona jurídica la experiencia que fue aportada por los socios, accionistas o constituyentes sigue siendo válida o la entidad la puede rechazar, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes aportada a la persona jurídica sigue siendo válida porque de esta forma se garantiza la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación.

# Acreditación de experiencia en las excepciones al RUP

El Registro Único de Proponentes no es exigible en todos los procesos de selección. El segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 señala los casos en los que no se requerirá el Registro Único de Proponentes: “(…) 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”.

La norma señala que, en estos eventos, las entidades contratantes tienen del deber de verificar las condiciones de capacidad jurídica, técnica, financiera y organizacional de los oferentes. Adicionalmente, en los casos que sea necesaria la verificación de requisitos o información que no repose en el RUP, la entidad estatal podrá solicitar información adicional -por ejemplo, longitudes de obra, especificaciones técnicas, etc.- sólo para complementar la información contenida allí, y con el fin de verificar condiciones adicionales de experiencia del proponente.

De esta forma, sólo en aquellos casos en los 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 y solicitar documentos diferentes al mismo.

Ahora bien ¿qué ocurre con la medida contenida en el inciso final del numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 en aquellos casos en que la persona jurídica con menos de 3 años de constitución no está inscrita en el RUP? ¿pueden las sociedades recién creadas -con menos de 3 años- acreditar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes en los procesos del segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, esto es, cuando no se exige que el proponente no se inscriba en el RUP?

Teniendo en cuenta que la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios para las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución se encuentra contenida en una norma que regula el RUP, en principio, solo aplicaría para los casos en los que la persona jurídica está inscrita en dicho registro. Para los demás eventos, como ya se anotó, la entidad contratante tiene la carga de verificar, entre otros, el requisito de experiencia de los oferentes y ello lo hará de conformidad con la regla que al efecto haya establecido en los pliegos de condiciones.

La entidad, en virtud de su autonomía, puede determinar en los pliegos de condiciones que en la evaluación del requisito de experiencia tendrá en cuenta la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de aquellas personas jurídicas con menos de 3 años de constitución.

No obstante, la Subdirección de Gestión Contractual considera, a pesar de la discrecionalidad y autonomía que les asiste a las entidades contratantes, que la regla expresada en el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 se debe hacer extensiva, inclusive, a las personas jurídicas que no estén inscritas en el RUP y participen en los procesos de selección exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.

La anterior consideración tiene su principal sustento en el principio de igualdad de trato que orienta e irradia la actividad contractual del Estado. El principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, es un valor fundamental, no solo de la contratación estatal sino del ordenamiento jurídico. La igualdad, según la Corte Constitucional, tiene la connotación de principio, valor y derecho[[8]](#footnote-8), por lo que representa un criterio de obligatoria observancia tanto para la producción como para la aplicación e interpretación del derecho.

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa, y en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa a través del equilibrio de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad.

Es por ello que el Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia, como la selección objetiva y la transparencia:

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, a pesar de que la norma que concede la posibilidad de acreditar la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes para las personas jurídicas con menos de 3 años de creación se refiere al RUP, ello no impide que se pueda hacer una aplicación extensiva o analógica para los eventos en los que no sea necesaria la inscripción en el RUP. Es más, se insiste en que esta aplicación analógica se impone en virtud del principio de igualdad de trato en la contratación pública, pues no se observa ningún criterio de distinción que justifique que en un caso se les tenga en cuenta la experiencia de los socios y en otros casos no. Personas jurídicas con menos de 3 años de constitución inscritas en el RUP son esencialmente iguales a las que no tienen dicho registro.

En efecto, si se realiza una comparación entre los dos grupos de sujetos a los que se hace referencia, se tendría que concluir que son esencialmente iguales: i) ambos son personas jurídicas recién creadas, esto es, con menos de 3 años de constitución; ii) ambos se encuentran dentro del ámbito de protección o finalidad de la norma, es decir, con la aplicación extensiva de la norma también se promueve el desarrollo de la empresa y la pluralidad de oferentes en la contratación pública y iii) no existe ningún criterio material o sustantivo que justifique el trato diferenciado.

La única diferencia existente entre los dos grupos de sujetos es la inscripción en el RUP, el cual es obligatorio por regla general, pero esa obligatoriedad tiene excepciones. En estas excepciones la persona jurídica no está obligada por la ley a realizar el registro para poder participar en los procesos de selección que la norma excluye del deber de inscripción en el registro. La inscripción en el RUP no se considera un criterio de diferenciación que pueda justificar un trato diferenciado entre dos grupos de personas que son esencialmente iguales, máxime cuando la falta de inscripción en el RUP, en los casos exceptuados, es una situación permitida por la propia ley -segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007-.

Así las cosas, frente a la acreditación de la experiencia de los socios, accionistas o constituyentes de una persona jurídica con menos de 3 años de constitución, para participar en los eventos exceptuados al deber de inscripción en el RUP, como los procesos de selección de mínima cuantía, la entidad contratante, en virtud de su autonomía, cuenta con la discreción de adoptar dos alternativas: i) aplicar el numeral 2.5 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 de manera restrictiva, es decir, solo para los eventos de personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que se inscriban en el RUP o ii) hacer una aplicación extensiva o analógica de esta norma, y determinar en los pliegos de condiciones que estas personas jurídica, que por virtud de los eventos exceptuados por el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, no están obligadas a inscribirse en el RUP y no lo han hecho, pueden acreditar la experiencia de sus socios, accionistas y constituyentes si tiene menos de 3 años de constitución.

La Subdirección de Gestión Contractual considera que la segunda alternativa es la más adecuada, toda vez que realiza el principio de igualdad de trato que rige la contratación de las entidades estatales y materializa el fin de protección de la norma, que es promover el desarrollo de la pequeña empresa y la pluralidad de oferentes.

# El precio en los concursos de mérito

El Consejo de Estado, en providencia reciente, suspendió provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.3.2 del Decreto 1082 de 2015, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

* + 1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.
		2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.
		3. *La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*
		4. *La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*
		5. *Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato* (…).

Los numerales 3, 4 y 5 del artículo anterior fijan reglas en relación con la verificación del precio, de forma que se encuentre dentro del presupuesto disponible y el acuerdo que se logre sobre el precio entre la entidad y el primer calificado (numerales 3 y 4), y el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no lleguen a un acuerdo sobre el precio.

El Consejo de Estado determinó, de manera preliminar, que estas normas podrían violar el último inciso del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que señala: “En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”, y el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que consagra: “2°. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias”.

Para el Consejo de Estado la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconoce el principio de selección objetiva y convierte al precio en un factor de escogencia en los concursos de méritos, en contravía de lo dispuesto por la ley:

Bajo este escenario, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del “… precio ofrecido …” con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un “acuerdo” sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25

de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen “… trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos …” en la ley; en efecto, celebrar un “acuerdo” sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido.

En consecuencia, debe el despacho suspender provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, pues claramente el Gobierno Nacional se excedió en su potestad reglamentaria, en tanto pasó por alto el contenido normativo del artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 (selección objetiva), así como lo dispuesto en el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993[[10]](#footnote-10).

Como se observa, en este momento se encuentra el procedimiento para verificar que el precio se ajuste a la disponibilidad presupuestal de la entidad para el contrato. No obstante la decisión del Consejo de Estado, se considera que a pesar de que el precio no es un factor de escogencia en los concursos de méritos, la oferta de los proponentes no podría superar el presupuesto de la entidad, pues es lo que la entidad, en ejercicio de la planeación, ha dispuesto para suplir la necesidad que va a contratar.

Se trata de dos cuestiones diferentes: una cosa es que en los concursos de méritos la entidad no pueda utilizar el precio ofertado como factor para seleccionar la oferta más favorable; y otra que se vea a abocada a contratar más allá del presupuesto que ha dispuesto para el contrato. En virtud de lo anterior, en los concursos de méritos los ofrecimientos deben estar ajustados a lo dispuesto por la entidad en los pliegos de condiciones, inclusive en relación con el presupuesto oficial. El precio, por más de que no sea un factor de escogencia, no puede superar el presupuesto oficial.

Ahora, el solicitante pregunta si una entidad puede determinar en el pliego de condiciones de un concurso de méritos que el precio es un requisito habilitante, de forma que pueda ser objeto de subsanación durante el término del traslado del informe de evaluación, en la medida que no se trata de un requisito que otorgue puntaje.

Al respecto, es necesario advertir que la posibilidad de subsanar documentos o requisitos de las ofertas no depende de que se trate o no de requisitos habilitantes, sino que lo omitido sea un aspecto que no otorgue puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si la Administración, al verificar, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, entonces no es posible subsanarlo; pero si lo omitido no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane. Así las cosas, si la oferta económica, en un concurso de méritos, es susceptible de ser subsanada porque se incurrió en algún error, para que ello proceda no es necesario que se entienda que el precio es un requisito habilitante, pues lo fundamental en cuanto a la subsanabilidad es el criterio del puntaje.

# o Experiencia en los documentos tipo

El numeral 3.5 del “Documento Base o Pliego Tipo” establece las reglas para la acreditación y evaluación de la experiencia requerida en el proceso de contratación, este numeral dispone que los Proponentes deben acreditar su experiencia a través de: i) la información consignada en el RUP para quienes estén obligados a tenerlo y ii) la presentación el Formato 3 – Experiencia para todos los Proponentes. El numeral 3.5.1 señala las características que deben cumplir los contratos o certificaciones aportados para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.2 enuncia los aspectos para analizar la experiencia acreditada; el numeral 3.5.3 señala los códigos del “clasificador de bienes, obras y servicios de las naciones unidas” en los cuales se deben encontrar clasificados los contratos aportados para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.4 establece la información mínima que deben contener los documentos válidos para la acreditación de experiencia; el numeral 3.5.5 define los documentos válidos para acreditar experiencia; el numeral 3.5.6 señala las reglas para la acreditación de experiencia a través de subcontratos; y el numeral 3.5.7 establece el valor mínimo que se debe acreditar con relación al presupuesto oficial de acuerdo con el número de contratos aportados.

En cuanto a los temas objeto de su consulta, el “Documento Base” y la “Matriz 1- Experiencia” permiten efectuar la evaluación de la experiencia a partir del objeto y las actividades ejecutadas, por ejemplo, el literal A del numeral 3.5.1 señala:

**3.5.1. CARACTERISTICAS DE LOS CONTRATOS PRESENTADOS PARA ACREDITAR LA EXPERIENCIA EXIGIDA**

Los contratos por acreditar deberán cumplir las siguientes características:

A. Que las actividades ejecutadas correspondan a [Actividad o actividades señaladas en la “Matriz 1 - Experiencia] y guarden relación directa con el objeto del contrato.

Esta regla exige que los contratos aportados para acreditar experiencia incluyan “las actividades ejecutadas” definidas en la “Matriz 1- Experiencia”, lo cual no impide que se acredite a partir del objeto cuando su descripción permita identificar el alcance de las actividades ejecutadas.

El numeral 3.5.4 establece la información que se debe acreditar para cada uno de los contratos que se aporten como experiencia:

* + 1. **ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA REQUERIDA**

Los Proponentes acreditarán para cada uno de los contratos aportados la siguiente información mediante alguno de los documentos señalados en la sección 3.5.5 del pliego de condiciones:

* + - 1. Contratante
			2. Objeto del contrato
			3. Principales actividades ejecutadas

Por su parte la “Matriz 1 – Experiencia” establece en la Columna B del Excel la siguiente nota:

Que hayan contenido la ejecución de:

(Nota: La ejecución de actividades se pedirán según el requerimiento de cada proceso, se pueden pedir los de cada ACTIVIDAD A CONTRATAR o sus combinaciones.

La anterior nota también establece que la verificación de la experiencia se realizará a partir de las actividades requeridas y ejecutadas para cada “actividad a contratar”.

El numeral 3.5.7 señala que para establecer el valor mínimo a certificar en porcentaje (%) del Presupuesto Oficial “se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados (incluido IVA) en SMMLV de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en este Pliego de Condiciones”, es decir, en este numeral no se establece la posibilidad de desagregar el valor del contrato por cada una de las actividades ejecutadas, sino que este criterio se evalúa a partir del valor total del contrato.

# o Inscripción, renovación o actualización del RUP

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6[[11]](#footnote-11), establece como obligación para las personas naturales o jurídicas que aspiran celebrar contratos con las entidades estatales estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. Esta obligación se reiteró por el artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, al establecer que: “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”. En este sentido, las personas naturales o jurídicas que aspiren celebrar contratos con entidades estatales deben estar inscritas en el Registro Único de Proponentes, al momento de presentar oferta en un proceso de contratación.

Ahora, el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la Cámara de Comercio realizará la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el RUP[[12]](#footnote-12). Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 relaciona los documentos que debe aportar tanto la persona natural como jurídica para inscribirse en del Registro Único de Proponentes: i) certificados de experiencia, ii) identificación de los bienes y servicios que ofrecerá a las entidades estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel, ii) si la persona debe llevar contabilidad, copia de la información contable del último año exigida por las normas tributarias, entre otros.

Con fundamento en estos, la Cámara de Comercio, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, verificará y certificará los requisitos habilitantes de experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera.

En este sentido, de acuerdo con lo establecido en el numeral 6.3[[13]](#footnote-13), artículo 6, de la Ley 1150 de 2007, la Cámara de Comercio verificada la información aportada por el proponente, publicará el acto de inscripción del Registro Único de Proponentes, contra el cual la persona podrá interponer recurso de reposición dentro de los diez (10) días siguientes contados a partir de su publicación. En firme el acto administrativo que realiza la inscripción del Registro Único de Proponentes se podrá demandar su nulidad sin que la presentación de la demanda suspenda la inscripción del Registro Único de Proponentes.

La firmeza del acto administrativo de la inscripción del RUP, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, procederá: i) desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, ii) desde el día siguiente al del vencimiento para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubieren renunciado expresamente a ellos, iii) desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos, y, finalmente, v) desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo [85](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#85) para el silencio administrativo positivo.

Conforme a lo anterior, la persona natural o jurídica podrá presentarse a los procesos de contratación cuando el acto administrativo que realiza la inscripción del RUP se encuentra en firme, porque es un requisito para las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras con domicilio en Colombia, que aspiran celebrar contratos con las entidades estatales, estar inscritas en el RUP, salvo las excepciones previstas de forma taxativa en la ley.

# Oferta con valor artificialmente bajo

El artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 establece que cuando el valor de una oferta parezca artificialmente bajo, la entidad debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Frente a estas explicaciones le corresponde al comité evaluador analizarlas y recomendar si sebe rechazar la oferta o continuar con el análisis de la oferta durante la evaluación de las ofertas.

El artículo precitado también dispone que “cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas”.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación”, en la cual se incluyen recomendaciones y pautas para el manejo de aquellas ofertas que cumplen con las características para ser consideradas artificialmente bajas.

En esta guía se define que una oferta es artificialmente baja cuando “a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo a la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector”. Para determinar que una propuesta es artificialmente bajo se puede acudir a la comparación absoluta o la comparación relativa. La primera, se refiere a contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio de acuerdo con en el Estudio del Sector elaborado por la Entidad Estatal, en este evento se recomienda que cuando la entidad reciba menos de 5 ofertas debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje, al coste estimado por la entidad estatal. La segunda, esto es, en la comparación relativa, la entidad debe contrastar cada oferta con las demás ofertas presentadas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sugiere una metodología que las entidades pueden aplicar para identificar ofertas con precios artificialmente bajos, en procesos en los que hay más de 5 ofertas. Esta metodología sugiere que la entidad puede:

1. Tomar el conjunto de ofertas a evaluar.
2. Calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta.
3. Calcular la desviación estándar del conjunto.
4. Determinar el valor mínimo aceptable.

Para determinar el valor mínimo aceptable, la entidad debe calcular la mediana ordenando los valores de mayor a menor y tomar el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, debe tomar los valores de la mitad, sumarlos y dividirlo en dos. Posteriormente, deberá calcular la desviación estándar utilizando la siguiente fórmula:



Por su parte, el valor mínimo aceptable es igual a la mediana menos una (1) desviación estándar. De acuerdo con la “guía”, este valor mínimo aceptable puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuente la entidad estatal.

Identificadas las ofertas con valores que parecen artificialmente de acuerdo con la anterior metodología, la entidad debe solicitar aclaración a los proponentes, analizar las explicaciones obtenidos para determinar si estos son suficientes para la ejecución del contrato y finalmente, debe decidir “si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos”.

El numeral 4.1.1 del “Documento Base” establece las reglas aplicables cuando existe un precio que parece artificialmente:

**4.1.1. PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO**

En el evento en el que el precio de una oferta no parezca suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector, la Entidad deberá aplicar el procedimiento descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente.

El “Documento Base” de los Documentos Tipo integra el Decreto 1082 de 2015 y la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación”. Por lo tanto, deberá aplicar los instrumentos enunciados y valorar si se configuran los presupuestos para que el valor de una oferta sea considerado artificialmente bajo.

# Limitación de procesos de contratación a MIPYME

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 establece acciones afirmativas en los procesos de contratación pública para favorecer las micro, pequeñas y medianas empresas. Dentro de estas acciones se establece que le corresponde al Gobierno definir las condiciones para realizar convocatorias limitadas para Mipymes, en las que “previo a la Resolución de apertura del proceso respectivo, se haya manifestado el interés del número plural de Mipymes que haya sido determinado en el reglamento”.

Así mismo dispone que las entidades podrán realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las Mipymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato y para que puedan participar en estas convocatorias, deberán acreditar como mínimo un año de existencia, presentando el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación.

El Decreto 1082 de 2015 al reglamentar el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, estableció que las entidades deben limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

1. El valor del Proceso de Contratación es 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 cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y
2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la apertura del Proceso de Contratación[[14]](#footnote-14).

Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato y para la acreditación de su domicilio deben aportar el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa[[15]](#footnote-15).

El Decreto 1082 de 2015 también establece en el artículo 2.2.1.2.4.2.4. que la Mipyme nacional debe acreditar su condición con un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, en el cual conste que la Mipyme tiene el tamaño empresarial establecido de conformidad con la ley.

Por lo anterior, la acreditación de las condiciones exigidas en las normas precitadas se debe hacer: i) la condición de Mipyme se acredita a través de un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador. ii) la existencia de mínimo un año se acredita con “el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación”, y iii) el domicilio se acredita con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

* **Respuestas**
	1. Tema: Experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica.

De manera respetuosa se solicita a la Agencia Nacional de Contratación Pública, acoger lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, en el sentido de validar la experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica que se encuentre inscrita en el RUP, incluso, después de los tres (3) años de constituida, pues como se advirtió, la norma en comento NO señala como prohibición que, transcurridos los tres (3) años, dicha experiencia no pueda ser validada por la Entidad Pública Contratante en un proceso de selección. De no acogerse la petición anterior, se solicita de manera respetuosa indicar ¿Cuál es el fundamento jurídico que soporta el cambio de posición respecto a la NO validación de la experiencia aportada por los accionistas, socios o constituyentes de las personas jurídicas después de transcurridos los tres (3) años de constitución? Para ello, que solicito de manera respetuosa, tener en cuenta los antecedentes aquí expuestos.

La experiencia aportada por los socios, accionistas y constituyentes para las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución puede seguir siendo acreditada, inclusive después de transcurrido ese tiempo, de conformidad con lo expuesto.

* 1. Tema: Experiencia aportada por los socios, accionistas o constituyentes de la persona jurídica cuando la misma no cuenta con RUP.

¿Cuál es la posición que tiene Colombia Compra Eficiente, respecto a la acreditación de la experiencia aportada por los accionistas, socios o constituyentes de la persona jurídica, cuando ésta no cuenta con Registro Único de Proponentes, es decir, puede la entidad estatal habilitar a la persona jurídica en un proceso de selección de mínima cuantía, cuando la experiencia que acreditó, fue ejecutada por uno de sus accionistas, socios o constituyentes?

Las personas jurídicas con menos de 3 años de constitución que no se hayan inscrito en el RUP y que participen en procesos de selección en los que por disposición de la ley no es obligatorio el registro, también pueden aportar la experiencia de sus socios, accionistas o constituyentes, en virtud del principio de igualdad de trato en la contratación pública.

* 1. Tema: Oferta económica en los concursos de méritos.

Considerando que los numerales 3, 4, y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado a través de Auto No. 2356 del veinte (20) de febrero de 2019, dictado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso 61463, se solicita indicar si ¿es posible que las entidades estatales en el Pliego de Condiciones de un Concurso de Méritos, establezcan la oferta económica como un requisito habilitante, de modo que, de presentarse errores en la misma, ésta pueda ser objeto de subsanación durante el traslado del informe de evaluación, toda vez que este es un requisito que no otorga puntaje en la referida modalidad?

El precio en un concurso de méritos, en principio, es un requisito subsanable, toda vez que no otorga puntaje. Así, si el precio ofrecido en un concurso de méritos excede el presupuesto oficial, sería posible subsanarlo para que se ajuste al Pliego de Condiciones, de lo contrario, la consecuencia sería su rechazo, sin que sea necesario que la causa que lo motiva sea calificada como un requisito habilitante.

* “Tema: Experiencia de los proponentes en los Pliegos Tipo. ¿Si durante la evaluación de las ofertas en un proceso de Licitación Pública con Pliego Tipo, se advierte que un proponente acreditó experiencia que se encuentra relacionado con el proceso de selección, pero además la misma contiene otras actividades que NO guardan relación con el objeto o alcance del contrato a celebrar, debe la entidad estatal validar la experiencia por el valor total del contrato, o solo debe tener en cuenta el valor del contrato que corresponde a las actividades exigidas en el Pliego Tipo?

De acuerdo con el numeral 3.5 del “Documento Base” la verificación del cumplimiento de la experiencia se realiza a partir del objeto o las actividades ejecutadas, siempre que correspondan a las definidas para la “Actividad a Contratar” de la “Matriz 1 – Experiencia”.

Por su parte, el numeral 3.5.7 establece que para establecer el valor mínimo a certificar en porcentaje (%) del Presupuesto Oficial “se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados (incluido IVA) en SMMLV de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en este Pliego de Condiciones”.

Colombia Compra Eficiente considera que la desagregación únicamente será procedente en aquellos eventos en los cuales las actividades que se pretenden desagregar son totalmente ajenas a las actividades requeridas en la “Matriz 1 – Experiencia”, por ejemplo, cuando el contrato aportado para la acreditación de experiencia era objeto mixto, compuesto por el estudio, diseño y construcción de la obra, o tratándose de contratos de concesión en los cuales únicamente se considerará la etapa de construcción, sin embargo, en aquellos eventos en los cuales las actividades se encuentren relacionadas e incluyan las actividades exigidas en la “Matriz 1 – Experiencia” no será procedente efectuar la desagregación.

Por lo tanto, le corresponderá al comité evaluador de la entidad estatal ponderar en cada caso particular si el contrato puede ser tomado por el valor total o por la proporción de las actividades ejecutadas y que tienen relación con las actividades válidas para la acreditación de experiencia.

* Tema: Inscripción, renovación o actualización del RUP en los Pliegos Tipo. Frente a la casual de rechazo ‘F’ de los Documentos Tipo y lo señalado por la Circular Externa Única solicita:

¿Debe la Entidad Estatal rechazar la propuesta presentada por un proponente que actualizó o renovó dentro del término legal su RUP, si este no adquiere firmeza durante el traslado del informe de evaluación? Pese a que la Circular Externa Única señala que la ‘información contenida en el RUP, previa la suministrada para renovar el registro, continua en firme hasta que finalice el trámite de renovación correspondiente. Así, en el periodo comprendido entre el momento de la solicitud de renovación y el momento en que adquiera firmeza la información renovada, es válido el RUP del año anterior, cuyos efectos no han cesado y se encuentra vigente y en firme.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente agradece la observación presentada frente a la posible inconsistencia existente entre los Documentos Tipo y la Circular Externa Única. De igual manera le informamos que se realizará el análisis correspondiente para determinar si se requiere el ajuste de la causal de rechazo “F”, el cual se verá reflejado en una próxima versión de los Documentos Tipo.

* Tema: oferta con posible precio artificialmente bajo en la licitación pública de obra.

¿cuál es el procedimiento que debe realizar la entidad estatal en la audiencia de adjudicación de una licitación pública de obra (Ley 1882 de 2018) si una vez abiertos los sobres que contienen la oferta económica de los proponentes habilitados, encuentra que una de las ofertas puede ser considerada con precio artificialmente bajo?

El numeral 4.1.1 del “Documento Base” establece que cuando una oferta parezca artificialmente baja, la entidad deberá aplicar el procedimiento descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la “Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación”. Por lo tanto, cuando la entidad identifique que una oferta presenta un valor que parece artificialmente bajo, deberá solicitar aclaración al proponente y con base en las explicaciones presentadas debe decidir “si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos”.

* Tema: Acreditación de la condición de MIPYME. ¿En un proceso de selección que se encuentra limitado a MIPYME, puede una entidad estatal verificar la condición de Micro, Pequeña o Mediana Empresa de los proponentes a través del Registro Único de Proponentes RUP, en virtud de lo consignado en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012?

El artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011 y los artículos 2.2.1.2.4.2.2., 2.2.1.2.4.2.3. y 2.2.1.2.4.2.4. establecen la forma de acreditación de los requisitos necesarios para participar en procesos de contratación limitados a Mipymes, los cuales son: i) la condición de Mipyme se acredita a través de un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo,

o el contador. ii) la existencia de mínimo un año se acredita con “el certificado expedido por la cámara de comercio o por la autoridad que sea competente para dicha acreditación”, y

iii) el domicilio se acredita con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

En consecuencia, no es posible realizar la verificación de la condición de Mipyme con documentos diferentes a los previamente señalados.

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

Atentamente,



Proyectó: Fredy Alexander Rodríguez Ardila y Leider Gómez Caballero

1. Ley 1150 de 2007: “Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#6)o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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”. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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:

“1.2. 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-3)
4. Colombia Compra Eficiente. Concepto del 7 de febrero de 2018, Rad. 2201813000000954. [↑](#footnote-ref-4)
5. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 3 de abril de 2018, Rad. 2201813000002553. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver: Colombia Compra Eficiente, Concepto del 10 de octubre de 2019, Rad. 2201913000007585; Concepto del 20 de agosto de 2019, Rad. 2201913000006028. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.5.1. Inscripción, renovación, actualización y cancelación del RUP. 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.

“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 los efectos del RUP. La persona inscrita en el RUP puede actualizar la información registrada relativa a su experiencia y capacidad jurídica en cualquier momento.

“Los inscritos en el RUP pueden en cualquier momento solicitar a la cámara de comercio cancelar su inscripción”. [↑](#footnote-ref-7)
8. “La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”. Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 1996-3771-01 (12.037). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019, C.P. Carlos Alberto Zambrano, Rad. 2018-00061-00 (61.463). [↑](#footnote-ref-10)
11. “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”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 1150 de 2007, artículo 6 “6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

“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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#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.

“Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o actualización que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.

“La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento. La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita”. [↑](#footnote-ref-12)
13. “6.3. De la impugnación de la inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP). Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

“En firme la inscripción, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.

“La presentación de la demanda no suspenderá la inscripción, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma sólo tendrá efectos hacia el futuro.

“Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de Comercio tendrán un plazo de veinte (20) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP.

“En el evento en que la Cámara de Comercio establezca la existencia de graves inconsistencias se le cancelará la inscripción en el registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. En caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

“Las mismas sanciones previstas en el inciso anterior se predicarán en el evento en que el Juez de lo Contencioso Administrativa declare la nulidad del acto de inscripción.

“La información contenida en el registro es pública y su consulta será gratuita”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artículo 2.2.1.2.4.2.3. *ibidem*. [↑](#footnote-ref-15)