**CCE-DES-FM-17**

**ESTUDIOS DEL SECTOR – Principio de planeación**

[…] la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes a la hora de determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como, por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio, y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

**DOCUMENTOS TIPO – Requisitos habilitantes – Inalterabilidad**

Los Documentos Tipo estandarizaron los diferentes requisitos habilitantes, estableciendo para los procesos de licitación pública y selección abreviada los siguientes: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) visita al sitio de la obra; vi) capacidad financiera; vii) capital de trabajo; viii) capacidad organizacional; y ix) capacidad residual. Para los procesos de mínima cuantía se fijaron los requisitos de: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) capacidad financiera; y vi) capacidad residual. Estos requisitos se encuentran detalladamente regulados por los «Documentos Base o Pliegos Tipo» de las modalidades de licitación pública y selección abreviada, al igual que en la «Invitación» desarrollada para procesos de mínima cuantía. Esta regulación abarca desde la cuantificación del requisito exigible, hasta la forma y documentación mediante los que deben ser acreditados por los proponentes, criterios que, se itera, son inmodificables e inalterables por las entidades.

[…]

Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes, entre ellos la experiencia, la capacidad financiera y organizacional, al igual que los indicadores financieros y organizacionales, se encuentran determinados por los Documentos Tipo, lo que dada su obligatoria observancia e inalterabilidad, supone un reducido margen de potestad de las entidades estatales en la configuración de estos requisitos, que necesariamente se traduce una disminución de los esfuerzos que conforme al principio de planeación se imponen para la determinación de los requisitos habilitantes para cada proceso de contratación.

**DOCUMENTOS TIPO – Estudio del sector – Determinación – Requisitos habilitantes**

En ese entendido, si bien el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto de 2015 establece que uno de los factores en virtud del cual deben determinarse los requisitos habilitantes aplicables para los procesos de contratación es el análisis o estudio del sector económico, tratándose de procesos en los que resulte obligatoria la aplicación de Documentos Tipo, tal determinación esta vedada a las entidades por cuenta de la obligatoriedad e inalterabilidad de estos requisitos, lo que en virtud de una interpretación integradora de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 del Decreto 1082 de 2015, hace forzoso concluir que el artículo 2.2.1.1.1.6.2 no es aplicable a los procesos adelantados con Documentos Tipo.

**ESTUDIO DEL SECTOR – Finalidad**

En conclusión, análisis del sector debe ser visto desde una perspectiva funcional, como una labor enfocada a situar la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales dentro de las condiciones del mercado del sector en el que serán adquiridos, la cual constituye una aplicación de los principios de planeación y economía. Dicha labor debe evidenciarse de manera palpable en los *Documentos del Proceso*, ya sea dentro de los estudios previos, como documento autónomo o dentro de alguno de los soportes del proceso de contratación, abarcando los campos legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015.

En ese orden, el análisis del sector sirve de sustento a la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía, desde una perspectiva multidisciplinaria, que implica un estudio de la oferta y la demanda que permite identificar los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc. En últimas, el estudio o análisis del sector permite a las entidades entender el mercado del bien, obra o servicio que pretenden adquirir, obteniendo información valiosa para el diseño del proceso.

**ESTUDIO DEL SECTOR – Procesos de selección – Documentos tipo – Alcance**

[…] los procedimientos para selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con Documentos Tipo, a pesar de contar requisitos habilitantes e índices financieros previamente acotados por dichos documentos, con efectos obligatorios y carácter inalterable, no se encuentran exentos de la obligación de realizar un análisis del sector en el que tendrá lugar la contratación, para lo cual deberán necesariamente abordar los campos a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015, evidenciando dicho análisis dentro de los *Documentos del Proceso.*

La información producto de este análisis, si bien no le servirá a las entidades para determinar los requisitos habilitantes e índices financieros, si permitirá por ejemplo tener un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, realizar el análisis de los riesgos, determinar si una oferta contienes precios artificialmente bajos, sustentar la escogencia de los factores de calidad, determinar la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial o la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía.

Bogotá D.C., **23/06/2020 Hora 16:10:33s**

**N° Radicado: 2202013000005289**

Señora

**Diana López Leal**

Medellín, Antioquia

**Concepto C – 387 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | ESTUDIOS DEL SECTOR – Manifestación – Principio de planeación / DOCUMENTOS TIPO – Requisitos habilitantes – Inalterabilidad / DOCUMENTOS TIPO – Estudio del sector – Determinación de requisitos habilitantes / ESTUDIO DEL SECTOR – Finalidad / ESTUDIO DEL SECTOR – Alcance en procesos con Documento Tipo |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000004275 |

Estimada señora López Leal,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 28 de mayo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1.** **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «[…] Teniendo en cuenta que un estudio del sector se hace, entre otros, para determinar requisitos habilitantes y determinar indices financieros en un proceso de selección, resulta inoperante exigirlo en los casos donde se aplique pliego tipo para obra, toda vez que los requisitos y los indices ya se encuentran establecidos y son inmodificables. Requiero entonces se me aclare cual debe ser el alcance del documento mencionado, es decir, el estudio del sector […]».

**2.** **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, se analizarán los siguientes temas: i) estudios del sector en el Estatuto General de Contratación y ii) alcance del estudio del sector en procesos de selección con Documentos Tipo.

**2.2. Estudios del sector en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

En el presente acápite se reiterarán algunas de las consideraciones expuestas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261–, en el que se estudió la finalidad y regulación del estudio del sector. La tesis expuesta fue la siguiente:

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc., que conlleven a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados […].

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación se requieren unos estudios previos que permitan estructurar, concretar y viabilizar los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos. Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, norma que exige que se determine el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

[…]

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone lo siguiente: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En dicho instrumento, se recomienda que un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada en el precedente explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía. La Entidad Estatal debe consignar en los *Documentos del Proceso*, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015.

**2.3. Alcance del estudio del sector en procesos de selección con Documentos Tipo**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 establece que al Gobierno Nacional le corresponde adoptar los «documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas» y que estos «*deberán* ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten». Adicionalmente señala, frente a su contenido, que «[d]entro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con *alcance obligatorio* para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia […] teniendo en cuenta la naturaleza y la cuantía de los contratos».

En ejercicio de la competencia conferida por el citado parágrafo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 342 de 2019, por medio del que se adoptaron los Documentos Tipo para licitaciones públicas para selección de contratistas de obra de infraestructura de transporte, por lo que adicionó la Sección 6 y la Subsección 1 al Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Posteriormente el Gobierno Nacional profirió el Decreto 2096 de 2019, el cual de manera análoga a lo realizado mediante el Decreto 342 de 2019, respecto de la licitación de obra pública, adoptó los Documentos Tipo para procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte adelantados en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, para lo que se adicionó la Subsección 2 a la Sección 6 del Capítulo 2 del Título 1 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. En el mismo sentido, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 594 de 2020, por medio de los que se adoptaron Documentos Tipo para la selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en la modalidad de mínima cuantía, modificando el artículo 2.2.1.2.6.1.6. y adicionando la Subsección 3, a la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El desarrollo e implementación de estos Documentos Tipo fue encomendado a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en coordinación con el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación. La Agencia ejerció esta competencia expidiendo la Resolución No. 1798 de 2019, referida a procesos de licitación pública –Versión 1–, la cual fue actualizada por la Resolución No. 045 de 2020 –Versión 2–-. Así mismo se expidieron la Resolución No. 044 de 2020 que implementó los Documentos Tipo para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, y la Resolución No. 094 de 2020, que se hizo lo propio respecto de la modalidad de mínima cuantía.

Estos documentos contienen parámetros de obligatoria observancia para las entidades estatales regidas el régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, que adelanten procesos de selección en las referidas modalidades para la contratación de obra pública de infraestructura de transporte. Conforme a lo anterior, y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, los Documentos Tipo adoptados para las referidas modalidades de selección establecieron las condiciones habilitantes aplicables, así como los factores técnicos y económicos de escogencia para los procesos de selección en los que corresponda su aplicación, los cuales son de obligatoria observancia. Estos factores además son inalterables e inmodificables por parte de las entidades a la hora de utilizar los Documentos Tipo para adelantar sus procesos de contratación de conformidad con los artículos 2.2.1.2.6.1.4[[1]](#footnote-1), 2.2.1.2.6.2.3[[2]](#footnote-2). y 2.2.1.2.6.3.4[[3]](#footnote-3) del Decreto 1082 de 2015.

Los Documentos Tipo estandarizaron los diferentes requisitos habilitantes, estableciendo para los procesos de licitación pública y selección abreviada los siguientes: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) visita al sitio de la obra; vi) capacidad financiera; vii) capital de trabajo; viii) capacidad organizacional; y ix) capacidad residual. Para los procesos de mínima cuantía se fijaron los requisitos de: i) capacidad jurídica; ii) existencia y representación legal; iii) certificación de pagos de seguridad social y aportes legales; iv) experiencia; v) capacidad financiera; y vi) capacidad residual.

Estos requisitos se encuentran detalladamente regulados por los «Documentos Base o Pliegos Tipo» de las modalidades de licitación pública y selección abreviada, al igual que en la «Invitación» desarrollada para procesos de mínima cuantía. Esta regulación abarca desde la cuantificación del requisito exigible, hasta la forma y documentación mediante los que deben ser acreditados por los proponentes, criterios que, se itera, son inmodificables e inalterables por las entidades.

En el caso de la experiencia, la «Matriz 1 – Experiencia» establece una metodología para la configuración del requisito exigible respecto del objeto especifico de contratación, en función de factores como el tipo de obra, actividad a desarrollar y dimensionamiento de la misma, los cuales, subsumidos en la matriz, dan como resultado el requisito que deberán acreditar los proponentes.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la capacidad financiera y organizacional, la «Matriz 2 – Indicadores Financieros y Organizacionales» establece los respectivos indicadores con los que deben cumplir proponentes para acreditar estos requisitos habilitantes, mientras que el «Documento Base o Pliego Tipo», y la «Invitación» en el caso de la mínima cuantía, establece las fórmulas para el cálculo de los mismos.

Conforme a lo anterior, los requisitos habilitantes, entre ellos la experiencia, la capacidad financiera y organizacional, al igual que los indicadores financieros y organizacionales, se encuentran determinados por los Documentos Tipo, lo que, dada su obligatoria observancia e inalterabilidad, supone un reducido margen de potestad de las entidades estatales en la configuración de estos requisitos, que necesariamente se traduce en una disminución de los esfuerzos que, conforme al principio de planeación, se imponen para la determinación de los requisitos habilitantes para cada proceso de contratación.

En ese entendido, si bien el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto de 2015[[4]](#footnote-4) establece que uno de los factores, en virtud del cual deben determinarse los requisitos habilitantes aplicables para los procesos de contratación, es el análisis o estudio del sector económico, tratándose de procesos en los que resulte obligatoria la aplicación de Documentos Tipo, tal determinación está limitada a las entidades por cuenta de la obligatoriedad e inalterabilidad de estos requisitos, lo que en virtud de una interpretación integradora de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 del Decreto 1082 de 2015, hace forzoso concluir que en la aplicación del artículo 2.2.1.1.1.6.2 las entidades tienen coartado su ámbito de discrecionalidad, por lo que deben ceñirse a los parámetros establecidos en los Documentos Tipo para determinar los requisitos habilitantes.

Lo anterior no significa que la determinación de los requisitos habilitantes de los procesos adelantados con Documentos Tipo se encuentre desprovista de un análisis de las condiciones del sector económico en donde tiene lugar este tipo de contratación, sino que por el contrario, dada la importancia de la materia, este análisis debió ser incorporado al proceso de desarrollo e implementación de estas herramientas, que el Gobierno Nacional a través de los Decretos 342 de 2019, 2096 de 2019 y 594 de 2020, encomendó a autoridades con conocimientos y capacidades técnicas en el sector del transporte y la contratación pública como la el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

Ahora bien, tampoco quiere esto decir que las entidades que adelanten procesos con Documentos Tipo, dada la estandarización de los requisitos habilitantes e indicadores financieros y organizacionales, se encuentren relevadas del deber de realizar el análisis del sector al que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, comoquiera que brindar información para la determinación de los requisitos habilitantes e indicadores financieros no es la única finalidad del análisis del sector.

Tal como se evidenció en el acápite anterior, el análisis del sector abarca los rubros legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos del sector en donde tendrá lugar la contratación, permitiendo a las entidades acopiar información importante para el desarrollo de los procesos de contratación, irradiando estos con una aplicación más acentuada del principio de planeación. En ese sentido, a diferencia de posturas escépticas frente a la utilidad del estudio del sector en el marco de procesos de contratación pública, como la del profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza, que tilda al análisis del sector de «absurdo e innecesario, amén del agravamiento de la gestión contractual»[[5]](#footnote-5), esta Agencia estima que el análisis del sector más que un requisito adicional para el adelantamiento de los procesos contractuales, visto desde una perspectiva funcional, constituye un deber que permite que las entidades sitúen la adquisición de los bienes, obras o servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades dentro de las condiciones del mercado en donde se ofrecen, permitiéndoles tener un sustento para la decisión de adelantar el proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía, que parte de una aproximación al panorama que se enfrentan a la hora de adelantar un proceso de contratación, nutrida por información que además resulta necesaria para el adelantamiento de los procedimientos.

Un ejemplo de la funcionalidad del análisis sector y su importancia en el proceso de contratación lo evidenciamos en su calidad de antecedente tanto la disponibilidad como el compromiso presupuestal que involucra cada contrato, ya que como lo evidenció esta Agencia en el concepto C-291 del 18 de mayo de 2020 –radicado No. 2202013000003857–, el «estudio del sector relativo a los bienes, obras o servicios que adquirirá la entidad mediante el proceso contractual, permite conocer el mercado respecto de los proveedores, cadenas de producción, costos, calidad, entre otros, para lograr que el presupuesto que se comprometa al proceso corresponda al valor real, y así se cumpla el deber de la entidad de planear y conocer las adquisiciones que pretende realizar, particularmente para estimar el valor del contrato».

Otro ejemplo lo constituye el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo que, según el numeral 6 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, debe incorporarse en los estudios y documentos previos. El cumplimiento de este requisito necesariamente debe servirse del estudio producto del análisis del sector, comoquiera que este último debe permitir a las entidades conocer las dinámicas y comportamiento de los riesgos relacionados con el objeto a contratar dentro del respectivo sector, lo que brinda herramientas para determinar las posibles formas y mecanismos mediante los que podrían mitigarse.

De otra parte, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015[[6]](#footnote-6), en el que se regula la metodología para la evaluación y esclarecimiento de ofertas con precios artificialmente bajos, se refiere al artículo 2.2.1.1.1.6.1, que regula el análisis del sector y los rubros que este abarca, situando a este como el principal insumo para llevar dicho cometido. En desarrollo de esto, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» establece 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 con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector». Esto pone de presente otra importante finalidad de la información recolectada en el ejercicio de análisis o estudio del sector, a la cual no fue ajena la expedición de los Documentos Tipo, los que, particularmente, en el numeral 4.1.3 de los «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada, y en el numeral 5.1.3 de la «Invitación», para procesos de mínima cuantía, hacen expresa referencia a la información del estudio del sector como el más importante insumo para determinar si una oferta es artificialmente baja y dar aplicación al artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015.

Otras referencias al estudio del sector en los Documentos Tipo las encontramos en el numeral 4.2 de los «Documentos Base» para licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, en donde se alude a la información del estudio del sector, como sustento de la escogencia por parte de las entidades de los criterios que darán lugar a otorgar el puntaje del factor de calidad que procede en estas modalidades de selección. Asimismo, estos documentos en el numeral 3.5, al igual que la «Invitación» para procesos de mínima cuantía en el numeral 4.5, se refieren al estudio del sector, como una herramienta que sirve para determinar la necesidad de que en un proceso de selección se haga una excepción a la regla general que solo permite a los proponentes acreditar la experiencia que han adquirido por cuenta propia y no la de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial[[7]](#footnote-7). Por su parte, el documento de «Invitación» para procesos de mínima cuantía dispone en su numeral 2.8 que «la entidad debe justificar la inclusión o exclusión de anticipos basada en el estudio del sector y otros estudios que realice», estableciendo además al iniciar el capítulo VIII que la posibilidad de exigir garantías en estos procesos deberá ser consecuencia del «análisis de los riesgos del proceso y del sector económico».

Lo dicho hasta aquí ilustra la importancia del análisis o estudio del sector para el desarrollo de los procesos de contratación, como un deber de las entidades en el marco de la planeación de su gestión contractual, cuyo ejercicio permite a estas hacerse con información valiosa para la configuración de las condiciones del proceso de contratación, así como para el desarrollo del mismo en su etapa precontractual, lo cual, al suponer un abordaje de los rubros legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos del sector en donde tendrá lugar la contratación, implica mucho más que una labor dirigida a la determinación de los requisitos habilitantes e índices financieros aplicables a cada proceso.

En conclusión, el análisis del sector debe ser visto desde una perspectiva funcional, como una labor enfocada a situar la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales dentro de las condiciones del mercado o del sector en el que serán adquiridos, la cual constituye una aplicación de los principios de planeación y economía. Dicha labor debe evidenciarse de manera palpable en los *Documentos del Proceso*, ya sea dentro de los estudios previos, como documento autónomo o dentro de alguno de los soportes del proceso de contratación, abarcando los campos legal, comercial, financiero, organizacional, técnico y de riesgos, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015.

En ese orden, el análisis del sector sirve de sustento a la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía, ya que parte de un estudio del sector desde una perspectiva multidisciplinaria, que implica un estudio de la oferta y la demanda, que permite identificar los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc. En últimas, el estudio o análisis del sector permite a las entidades entender el mercado del bien, obra o servicio que pretenden adquirir, obteniendo información valiosa para el diseño del proceso.

Conforme a lo anterior, los procedimientos para selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con Documentos Tipo, a pesar de contar con requisitos habilitantes e índices financieros previamente acotados por dichos documentos, con efectos obligatorios y carácter inalterable, no se encuentran exentos de la obligación de realizar un análisis del sector en el que tendrá lugar la contratación, para lo cual deberán, necesariamente, abordar los campos a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015, evidenciando dicho análisis dentro de los *Documentos del Proceso.*

La información producto de este análisis, si bien no servirá a las entidades para determinar los requisitos habilitantes e índices financieros con el margen de discrecionalidad que les compete en procesos en los que no se apliquen Documento Tipo, si permitirá por ejemplo tener un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, realizar el análisis de los riesgos, determinar si una oferta contienes precios artificialmente bajos, sustentar la escogencia de los factores de calidad, determinar la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial o la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía.

**3. Respuesta**

«[…] Teniendo en cuenta que un estudio del sector se hace, entre otros, para determinar requisitos habilitantes y determinar indices financieros en un proceso de selección, resulta inoperante exigirlo en los casos donde se aplique pliego tipo para obra, toda vez que los requisitos y los indices ya se encuentran establecidos y son inmodificables. Requiero entonces se me aclare cual debe ser el alcance del documento mencionado, es decir, el estudio del sector […]»

En los procesos para la selección de contratistas de obra pública de infraestructura de transporte en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y mínima cuantía adelantados con Documentos Tipo, resulta obligatorio el adelantamiento del análisis del sector desde las perspectivas legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de riesgos, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 del 2015.

En cumplimiento de dicho deber, amén de la obligatoriedad e inalterabilidad de los requisitos establecidos en los respectivos Documentos Tipo, les está vedado a las entidades la configuración de requisitos habilitantes e índices financieros y organizacionales distintos de los establecidos en dichos documentos. Sin embargo, la información recolectada en el marco de este ejercicio multidisciplinar de análisis les permitirá a las entidades conocer las condiciones del mercado en el que se oferta la obra pública de infraestructura de transporte, sirviendo de sustento a la decisión de adelantar el proceso de selección desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Además, según lo determinan las reglas establecidas en los «Documentos Base» de los procesos de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, así como en la «Invitación» para procesos de mínima cuantía, la información resultante del análisis del sector servirá a las entidades para la configuración del proceso de contratación en aspectos como la generación de un antecedente del compromiso presupuestal que involucra el contrato, la elaboración del análisis de los riesgos, la identificación de ofertas con precios artificialmente bajos, la escogencia de los factores de calidad, la determinación de la posibilidad de que en un proceso los proponentes acrediten la experiencia de los integrantes de su grupo empresarial o la necesidad de exigir garantías en los procesos de mínima cuantía.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Licitación Pública «**2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo**. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo».  [↑](#footnote-ref-1)
2. «2.2.1.2.6.2.3. Criterios para selección abreviada de menor cuantía. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, deberán tener en cuenta los parámetros definidos en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del presente decreto para el desarrollo e implementación de Documentos Tipo en la modalidad de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, salvo lo referente al puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad de que tratan los artículos 2.2.1.2.4.2.6, 2.2.1.2.4.2.7, y 2.2.1.2.4.2.8 del presente decreto.

   »Los artículos 2.2.1.2.6.1.4. y 2.2.1.2.6.1.5. del presente decreto aplican para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía para la contratación obra pública de infraestructura de transporte». [↑](#footnote-ref-2)
3. Mínima cuantía: «2.2.1.2.6.3.4 Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso, condiciones habilitantes y factores económicos de escogencia distintos a los señalados en los Documentos Tipo».

   [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-4)
5. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Editorial Legis, Bogotá, 2016, p. 304 [↑](#footnote-ref-5)
6. «Artículo 2.2.1.1.2.2.4. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

   »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.

   »En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma». [↑](#footnote-ref-6)
7. Los referidos documentos disponen «[Por regla general, el Proponente solo puede acreditar la experiencia que ha obtenido y no la experiencia de su matriz, subsidiarias o integrantes del mismo grupo empresarial. No obstante, si de acuerdo con el estudio de sector es necesario que el Proponente acredite la experiencia de su matriz como en los casos de contratos de franquicia, la Entidad Estatal debe justificar dicha circunstancia en los estudios y documentos previos e indicar en el pliego de condiciones la forma de acreditar la experiencia que no aparece en el RUP]». [↑](#footnote-ref-7)