**CCE-DES-FM-17**

**SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción ― Requisitos habilitantes**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». […] Los requisitos habilitantes y criterios de calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, deberán tener en cuenta, entre otras exigencias, los criterios establecidos en dicho artículo. Específicamente, el numeral 1º de la disposición en comento establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Definición ― Diferencia ― Criterios de calificación**

Los *requisitos habilitantes* se definen como exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como *criterios de calificación*– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, a la postre, la propuesta ganadora. A partir de lo dicho se deduce entonces que los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo; ello sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad jurídica**

La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas. Para efectos de la contratación estatal, es la facultad que tiene una persona natural o jurídica o una forma asociativa sin personería jurídica para celebrar contratos con una entidad pública. En ese ámbito, la capacidad jurídica se manifiesta en la facultad que alguien tiene para participar en procedimientos de selección o celebrar el contrato, en la inexistencia de inhabilidades o incompatibilidades, en su inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), cuando esta sea exigible, y en general, en el cumplimiento de los requisitos jurídicos establecidos en el ordenamiento para concurrir en procedimientos de selección y celebrar contratos estatales.

**CAPACIDAD PARA CONTRATAR ― Titularidad**

La capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces, según lo que establece el artículo 6 de la Ley 80 de 1993. Por un lado, las personas naturales tienen capacidad jurídica cuando alcanzan la mayoría de edad, claro está, siempre que su capacidad no haya sido limitada –ej. interdicción judicial–, y siempre que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar. Por otro lado, la capacidad de las personas jurídicas se traduce en la posibilidad que tienen estas para adelantar actividades en el marco de su objeto social, en las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y en la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, bien sea los socios individualmente considerados o de la empresa como tal.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Experiencia**

La experiencia como requisito habilitante, según las consideraciones expuestas en el concepto C-002 del 12 de febrero de 2020 –radicado No. 2202013000000921–, tiene como propósito que las entidades fijen unos requisitos mínimos de idoneidad técnica que deben acreditar los proponentes, para que puedan verificar su aptitud para participar en el proceso de selección y, eventualmente, ejecutar el contrato estatal. La entidad, como responsable de la estructuración del proceso de contratación, en principio, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus diferentes componentes, tales como la identificación de riesgos, el mercado y el precio del bien, obra o servicio a contratar.

**EXPERIENCIA ― Verificación**

La experiencia que se deriva de la ejecución de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos últimos, se verifica con el Registro Único de Proponentes (RUP), claro está, cuando este certificado sea exigible. Allí constan únicamente los requisitos habilitantes que se evalúan con este documento, de los cuales el mismo es plena prueba, sin que le sea posible a la entidad o al proponente solicitar o aportar documentación distinta, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3.5.5. del «Documento Base» en los «Pliegos Tipo», el cual se relaciona con «los documentos válidos para acreditar la experiencia requerida».

**EXPERIENCIA ― Acreditación**

Colombia Compra Eficiente considera que no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes. Precisamente, de esa experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, el cual es importante para la contratación pública, en la medida en que garantiza que no existirán improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, se entiende que la experiencia puede ser obtenida directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de proponentes plurales como consorcios o uniones temporales, caso en el cual, aunque la experiencia no deja de ser personal, es compartida por tratarse de esquemas asociativos. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual, aunque sí hubieran ejecutado uno similar, afectando con eso la pluralidad de oferentes.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad financiera**

La capacidad financiera se determina a través de la liquidez y el endeudamiento de los proponentes. Busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de estos últimos, particularmente, demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. En ese sentido, la capacidad financiera que la entidad requiera para un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. Además, los requisitos de capacidad financiera deben ser establecidos con fundamento en los Estudios del Sector, los cuales pueden ser elaborados según la «Guía para la Elaboración de Estudios de Sector», de esta Agencia.

**CAPACIDAD FINANCIERA ― Indicadores**

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

**REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad de organización**

La capacidad de organización, según el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», elaborado por la Agencia Nacional de Contratación Pública, es «la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna». Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la rentabilidad del patrimonio, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente. Por el otro, la rentabilidad del activo, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Ley 1150 DE 2007 ― Carácter enunciativo**

Ahora bien, en este punto vale la pena preguntarse si los cuatro requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, cuyo alcance fue explicado previamente, son taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, ya que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

**REQUISITOS HABILITANTES ― Competencia ― Determinación**

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

Bogotá D.C., **16/07/2020 Hora 9:48:18s**

**N° Radicado: 2202013000006340**

Señor

**Francisco Javier Fajardo Angarita**

Ciudad

**Concepto C‒ 396 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SELECCIÓN OBJETIVA ― Noción y factores de escogencia / REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad jurídica / CAPACIDAD PARA CONTRATAR ― Titularidad / REQUISITOS HABILITANTES ― Experiencia / EXPERIENCIA ― Verificación / EXPERIENCIA ― Acreditación / EXPERIENCIA ― Características / REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad financiera / CAPACIDAD FINANCIERA ― Indicadores / REQUISITOS HABILITANTES ― Capacidad de organización / REQUISITOS HABILITANTES DE LA LEY 1150 DE 2007 ― Carácter enunciativo / REQUISITOS HABILITANTES ― Competencia para establecerlos / REQUISITOS HABILITANTES ― Subsanabilidad  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consultas acumuladas # 4202013000004424 y 4202013000004597  |

Estimado señor Fajardo:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 2 y del 4 de junio del 2020, esta última remitida a esta Agencia, por falta de competencia, por parte del Departamento Administrativo de Planeación, el día 4 de junio de 2020. Por versar sobre el mismo objeto, ambas consultas se resolverán mediante el presente concepto.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas:

1. ¿Los requisitos habilitantes son los establecidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007?

2. ¿Puede una entidad estatal, en el desarrollo de un proceso de contratación establecer requisitos diferentes a los establecidos en la Ley?

3. ¿Pueden los requisitos habilitantes ser otros y/o diferentes a los establecidos en 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007? (sic).

4. ¿De ser afirmativa su respuesta, ¿De qué manera y cuando pueden las entidades establecer requisitos habilitantes distintos a los establecidos en la norma?

1. **Consideraciones**

Para resolver sus consultas, se analizarán los siguientes temas: i) definición de los «requisitos habilitantes» y su diferencia con los criterios de calificación y ii) carácter enunciativo de los requisitos habilitantes mencionados en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007 y autonomía de la voluntad de las entidades estatales para establecerlos.

Al respecto, conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos del 15 de noviembre, del 28 de noviembre, 16 de diciembre de 2019 –radicados No. 2201913000008520, 4201912000007329 y 2201913000009295–, así como en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020 y C-330 del 27 de mayo de 2020, analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y su carácter *enunciativo* en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007. Las tesis propuestas se exponen a continuación:

**2.1. Requisitos habilitantes: criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual**

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

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

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

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

A continuación, se explicará el alcance de los requisitos habilitantes previamente referidos.

La *capacidad jurídica* es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[1]](#footnote-2). Para efectos de la contratación estatal, es la facultad que tiene una persona natural o jurídica o una forma asociativa sin personería jurídica para celebrar contratos con una entidad pública. En ese ámbito, la capacidad jurídica se manifiesta en la facultad que alguien tiene para participar en procedimientos de selección o celebrar el contrato, en la inexistencia de inhabilidades o incompatibilidades, en su inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP), cuando esta sea exigible, y en general, en el cumplimiento de los requisitos jurídicos establecidos en el ordenamiento para concurrir en procedimientos de selección y celebrar contratos estatales.

Para efectos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces, según lo que establece el artículo 6 de la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-3). Por un lado, las personas naturales tienen capacidad jurídica cuando alcanzan la mayoría de edad, claro está, siempre que su capacidad no haya sido limitada –ej. interdicción judicial–, y siempre que no estén incursas en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar. Por otro lado, la capacidad de las personas jurídicas se traduce en la posibilidad que tienen estas para adelantar actividades en el marco de su objeto social, en las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y en la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, bien sea de los socios individualmente considerados o de la sociedad como tal. En el marco de los procedimientos de selección de contratistas, las entidades deben solicitar a los proponentes toda la información necesaria para conocer su idoneidad jurídica en relación con el contrato a celebrar[[3]](#footnote-4).

 La *experiencia* como requisito habilitante, según las consideraciones expuestas en el concepto C-002 del 12 de febrero de 2020 –radicado No. 2202013000000921–, tiene como propósito que las entidades fijen unos requisitos mínimos de idoneidad técnica que deben acreditar los proponentes, para que puedan verificar su aptitud para participar en el proceso de selección y, eventualmente, ejecutar el contrato estatal[[4]](#footnote-5). La entidad, como responsable de la estructuración del proceso de contratación, en principio, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus diferentes componentes, tales como la identificación de riesgos, el mercado y el precio del bien, obra o servicio a contratar[[5]](#footnote-6).

La experiencia que se deriva de la ejecución de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos últimos, se verifica con el Registro Único de Proponentes (RUP)[[6]](#footnote-7), claro está, cuando este certificado sea exigible. Allí constan únicamente los requisitos habilitantes que se evalúan con este documento, de los cuales el mismo es plena prueba, sin que le sea posible a la entidad o al proponente solicitar o aportar documentación distinta[[7]](#footnote-8), sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3.5.5. del «Documento Base» en los «Pliegos Tipo», el cual se relaciona con «los documentos válidos para acreditar la experiencia requerida».

La experiencia debe inscribirse, renovarse o actualizarse en el RUP con copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes los expiden dando cuenta del contrato ejecutado y de que recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente. Estos documentos deben codificarse de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios en el tercer nivel[[8]](#footnote-9). De esta manera, lo que se verifica con el RUP es que el proponente tenga experiencia en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea totalmente idéntico. Es pertinente aclarar que los códigos del clasificador de bienes y servicios ayudan a que exista un lenguaje común en la denominación de los bienes, obras o servicios que los proveedores ofrecen y que las entidades solicitan.

Colombia Compra Eficiente considera que no es posible tener experiencia si en la práctica no se ha ejercido o ejecutado lo que se ofrece a otros contratantes. Precisamente, de esa experiencia es que se deriva el conocimiento que tiene el proponente, el cual es importante para la contratación pública, en la medida en que garantiza que no existirán improvisación o mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, se entiende que la experiencia puede ser obtenida directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de proponentes plurales como consorcios o uniones temporales, caso en el cual, aunque la experiencia no deja de ser personal, es compartida por tratarse de esquemas asociativos. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual, aunque sí hubieran ejecutado uno similar, afectando con eso la pluralidad de oferentes. Igualmente, es importante resaltar que:

i) La experiencia es personal, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no participar y tener una experiencia que no es propia.

ii) La experiencia se puede compartir, sin que implique que la que se haya compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o el de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales–, evento que se verificará en el correspondiente documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede transferir y esto es diferente a compartirla, puesto que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita esa experiencia como propia.

iv) Cuando la persona que adquirió la experiencia desaparece o se liquida, no es posible que comparta o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió.

La *capacidad financiera* se determina a través de la liquidez y el endeudamiento de los proponentes. Busca establecer condiciones mínimas en relación con la «salud financiera» de estos últimos, particularmente, demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. En ese sentido, la capacidad financiera que la entidad requiera para un proceso de contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. Además, los requisitos de capacidad financiera deben ser establecidos con fundamento en los Estudios del Sector, los cuales pueden ser elaborados según la «Guía para la Elaboración de Estudios de Sector», de esta Agencia.

En atención a la naturaleza del contrato a suscribir y su valor, plazo y forma de pago, la entidad debe usar los indicadores que considere adecuados respecto del objeto del proceso de contratación, para lo cual no es suficiente la aplicación mecánica de fórmulas financieras, pues deben conocer cada indicador, sus fórmulas de cálculo y su interpretación. Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, son indicadores de la capacidad financiera los siguientes: i) el *índice de liquidez*, que corresponde a la división entre el activo corriente y el pasivo corriente, y que determina la capacidad que tiene el proponente para cumplir con sus obligaciones de corto plazo; ii) el *índice de endeudamiento*, que se calcula dividiendo el pasivo total por el activo total, el cual determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente; y iii) la *razón de cobertura de intereses*, que es igual a la utilidad operacional, sobre los gastos de intereses, y que refleja la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones financieras. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente recomienda valorar otro tipo de indicadores como el *capital de trabajo*, la *razón de efectivo*, la denominada *prueba ácida*[[9]](#footnote-10), la *concentración de endeudamiento a corto* y *a largo plazo* y el *patrimonio*.

La *capacidad de organización*, según el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», elaborado por la Agencia Nacional de Contratación Pública, es «la aptitud de un proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato en función de su organización interna». Según el artículo 2.2.1.1.1.5.3., numeral 4, del Decreto 1082 de 2015, los indicadores para medir la capacidad organizacional de un proponente son: por un lado, la *rentabilidad del patrimonio*, que corresponde a la utilidad operacional dividida por el patrimonio, y que determina la rentabilidad del patrimonio del proponente, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio, del tal forma que, a mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor es la rentabilidad de los accionistas y mejor la capacidad organizacional del proponente. Por el otro, la *rentabilidad del activo*, que se calcula al dividir la utilidad operacional por el activo total, y que mide la rentabilidad de los activos del proponente, esto es, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo, de tal manera que, a mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la rentabilidad del negocio y mejor la capacidad organizacional del proponente. Este último indicador debe ser, en todo caso, menor o igual que el referido indicador de rentabilidad sobre patrimonio.

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

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

Vale la pena preguntarse si los cuatro requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, cuyo alcance fue explicado previamente, son taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, ya que la norma no hace referencia a otros diferentes y, por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, norma que establece que «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones». Esta segunda respuesta contiene la interpretación legal que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública.

Hay otros argumentos que sustentan dicha elección interpretativa. Como lo han considerado la Corte Constitucional[[10]](#footnote-11) y el Consejo de Estado[[11]](#footnote-12), en virtud del «principio del efecto útil», el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que solo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que «las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos»? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

La intención del legislador, de la cual dan cuenta los antecedentes legislativos de la norma *sub examine*, también justifica la interpretación propuesta por esta Agencia, ya que fue hasta el cuarto debate parlamentario en donde se incluyó el parágrafo comentando anteriormente[[12]](#footnote-13), lo que deja ver la necesidad que tenía el Congreso de aclarar que unos documentos no podrían ser tenidos como requisitos habilitantes, lo que da cuenta, a su vez, del reconocimiento tácito de la existencia de otros requisitos habilitantes, distintos a los cuatro que establece el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007.

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

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

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

De todos modos, como se dijo antes, para la configuración de los requisitos habilitantes, la entidad no está limitada a los cuatro que enuncia el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, pues, se insiste, estos son solo enunciativos y no taxativos. Es más, ni siquiera tienen que concurrir. Podría presentarse el caso en el que una entidad estatal no considere necesario, por ejemplo, exigir capacidad financiera y de organización, pues la complejidad y nivel de inversión de recursos por parte del contratista no lo justifique. Y también puede darse la circunstancia en que la entidad incluya como requisitos habilitantes otros no mencionados en el artículo 5, numeral 1º, de la Ley 1150 de 2007, como por ejemplo, la visita al sitio de la obra, condiciones de calidad mínima, una propuesta metodológica, etc. Así lo admitió esta Subdirección en concepto C-013 del 17 de abril de 2020, al considerar que las entidades estatales pueden incluir solicitudes de muestras dentro de los requisitos habilitantes. Los argumentos fueron los siguientes:

Para la celebración de contratos como la compraventa y el suministro, es usual que en el sector privado se soliciten muestras para determinar las características técnicas de los bienes requeridos. Se trata de un proceso dinámico previo al perfeccionamiento del contrato, pues –a través de la comparación entre diferentes especificaciones– se determinan las características que mejor satisfacen las necesidades del adquirente, permitiendo –posteriormente– la formación del consentimiento a través del acuerdo sobre el objeto y el precio.

En esta medida, la solicitud de muestras también es posible en la contratación pública, pues –conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993– la Administración puede celebrar todos los actos jurídicos previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad; razón por la cual, en la medida en que esta práctica no está expresamente prohibida por el Estatuto General de Contratación, se encuentra permitida. No obstante, esta autonomía para requerirlas no es ilimitada y, sin perjuicio de las restricciones para algunos procesos de selección, se sujeta a principios como la planeación y la selección objetiva.

El *principio de autonomía de la voluntad*, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta, y en el artículo 1.602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes, pues, además de los argumentos que ya se han planteado, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Una vez fijados los requisitos habilitantes por la entidad estatal, quienes presenten ofertas deben *acreditar* que cumplen con los mismos, pues, en el evento contrario, las propuestas deberán ser rechazadas. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de *subsanar*, prevista en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

[... ]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma, como lo indicó esta Subdirección en el Concepto CU-060 de 2020, por un lado, mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo y, por el otro, conserva la idea aclaratoria de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. También introduce modificaciones en relación con: i) el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta; ii) la consagración de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «*los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*»; y iii) la determinación expresa de que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

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

Lo dicho, claro está, sin perjuicio de las prohibiciones legales. Por ejemplo, en el caso de los requisitos habilitantes, el artículo 5, parágrafo 2, de la Ley 1150 de 2007 establece que las «certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos». Es del caso precisar que, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, tal prohibición no se restringe a la exigencia de la certificación o del documento como tal, sino que debe entenderse en relación con la implementación de un sistema de gestión de calidad en sí mismo. En ese sentido, lo que prohíbe el legislador es que la entidad les exija a los proponentes, a título de requisito habilitante o calificable, la implementación de un sistema de gestión de la calidad. Ese es el efecto útil de la norma *sub examine*, pues, aceptar una lectura exegética del parágrafo, implicaría asumir que una entidad está autorizada para exigir como requisito habilitante el cumplimiento de normas que hacen parte de sistemas de gestión de la calidad, verbi gracia ISO o ICONTEC, entre otras, sin pedir expresamente el documento o certificado que se expide al verificar estos estándares de calidad, lo cual, por un lado, le resta efectos prácticos a la prohibición establecida por el legislador y, por el otro, desconoce la finalidad perseguida por la norma.

1. **Respuestas**

«1. ¿Los requisitos habilitantes son los establecidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007?».

Los requisitos habilitantes no son solo los que establece el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues las entidades estatales, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden definir requisitos de participación distintitos, adicionales o incluso menos de los indicados en aquella norma, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, es decir «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». Así pues, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no establece un listado taxativo, sino enunciativo.

«2. ¿Puede una entidad estatal, en el desarrollo de un proceso de contratación establecer requisitos diferentes a los establecidos en la Ley?»

«3. ¿Pueden los requisitos habilitantes ser otros y/o diferentes a los establecidos en 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007? (sic)».

Una entidad estatal, en efecto, puede establecer en un procedimiento de selección requisitos habilitantes distintos a los indicados en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, porque esta disposición no consagra una lista cerrada de los mencionados requisitos, sino que actúa como un límite a la discrecionalidad administrativa, aunque conservándola, pues los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 disponen que las entidades estatales cuentan con autonomía de la voluntad; principio que se expresa, entre otras manifestaciones, en la confección del pliego de condiciones o el documento equivalente, en el que se indican los requisitos de participación; exigencias que deben en todo caso respetar los principios de proporcionalidad, planeación, selección objetiva y, en general, los límites normativos establecidos en las disposiciones que regulan la actividad contractual.

«4. ¿De ser afirmativa su respuesta, ¿De qué manera y cuando pueden las entidades establecer requisitos habilitantes distintos a los establecidos en la norma?»

Las entidades estatales deben establecer los requisitos habilitantes como parte de la realización de los estudios previos y 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», según lo prevé el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015. En consecuencia, puede que luego de analizar dichos factores se concluya que es razonable y necesario exigir condiciones de participación distintas a las establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007; lo que se aviene, como se ha dicho, con la autonomía de la voluntad con que cuentan las entidades estatales.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Corte Constitucional. Sentencia C 178 de 1996. M. P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-2)
2. «Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes». [↑](#footnote-ref-3)
3. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00118-00 (2.260). C. P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Providencia del 5 de diciembre de 2016. Expediente: 05001-23-31-000-2003-03663-01 (41.333). C. P. Ramiro Pazos Guerrero. Allí se dijo que «es deber de los servidores evitar que prevalezca el interés particular sobre el general, de manera que para garantizar tal propósito el legislador ha establecido toda una reglamentación para propender por la transparencia en la adopción de decisiones, la cual no solo está contenida en la Ley 80 de 1993 o en los régimen especiales de contratación estatal, sino en otro tipo de normas, verbigracia en los ordenamientos disciplinarios, los que regulan el funcionamiento de los entes territoriales o la actividad de la administración, etc.

»27.6. No sobra decir que con toda razón, el Consejo de Estado ha considerado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, trasparencia e imparcialidad».

 [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:

»1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV. […]». [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»[...]

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

»No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa». [↑](#footnote-ref-8)
8. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

»1. Si es una persona natural:

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

»1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel».

 [↑](#footnote-ref-9)
9. Mide la liquidez del proponente de manera más estricta que el índice de liquidez, pues no tiene en cuenta su inventario. El inventario es excluido, teniendo en cuenta que es la cuenta menos líquida del activo corriente y no debe ser usada para pagar las obligaciones de corto plazo. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencias del 11 de diciembre de 2002, dictada dentro del expediente AG-1683, y del 18 de octubre de 2001, proferida dentro del plenario AG-021. [↑](#footnote-ref-12)
12. Gaceta 096 de 2007. Pág. 9. Allí se lee: «Parágrafo 2°. Nuevo. Se adiciona un parágrafo nuevo para *establecer de manera concreta* que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos, con el fin de evitar la exclusión de aquellas personas o empresas principalmente en regiones apartadas que carecen de tal requisito. Dejando sin embargo a la administración la posibilidad de fijar la implementación de planes de calidad» (Cursivas propias). [↑](#footnote-ref-13)