**EXPERIENCIA** **– Concepto**

Dentro de los requisitos habilitantes establecidos por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se destaca la experiencia. En el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» expedido por Colombia Compra Eficiente se define a la experiencia como “[…] el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato”.

Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, el cual en el marco de la contratación pública se reviste de particular importancia, en la medida en que garantiza en cierto grado que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. […]

**CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación Territorial – Carácter discrecional**

[…] lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a Mipymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 ibídem, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las Mipyme colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”. No es procedente, entonces, que sean las Mipymes las que soliciten la “limitación territorial” a la que se refiere el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015.

El origen de las Mipyme que solicitan la “limitación territorial” no es relevante frente a dicha decisión por dos razones: primero, porque las Mipyme no están habilitadas para pedir la “limitación territorial”, lo están para pedir la “convocatoria limitada a Mipymes”, y, segundo, porque el único criterio para tener en cuenta, una vez se ha decidido justificadamente limitar territorialmente la convocatoria previamente limitada a Mipyme, es el lugar donde se va a ejecutar el contrato.

En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a Mipymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

**REQUISITOS HABILITANTES – Concepto**

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

[…] 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.

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

Señor

**WALTER DAVID PORTILLA ERAZO**

david-portilla21@gmail.com

Bogotá D.C.

****

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 308 de 2024** |
| **Temas:** | CONVOCATORIAS LIMITADAS A MIPYMES – Limitación Territorial – Carácter discrecional / REQUISITOS HABILITANTES – Concepto / EXPERIENCIA – Concepto |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240709006965 |

Estimado señor Portilla:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 09 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“me permito solicitar de manera formal un concepto de su entidad respecto a la verificación de los contratos presentados por los proponentes en los procesos de contratación pública, particularmente en aquellos de mínima cuantía. Esta solicitud se fundamenta en la necesidad de garantizar la transparencia y legalidad en dichos procesos, ya que en diversas ocasiones se ha evidenciado que algunos proponentes presentan contratos ficticios con otras empresas para cumplir con los requisitos y poder participar en los concursos. En este contexto, solicito su orientación sobre los siguientes puntos:*

1. ***Validación de Contratos:*** *Procedimiento y mecanismos que se deben implementar para verificar la autenticidad de los contratos presentados por los proponentes.*
2. ***Documentación Adicional:*** *Identificación de los documentos adicionales que se pueden requerir a los proponentes para corroborar la veracidad de los contratos suministrados.*
3. ***Sanciones y Medidas Correctivas:*** *Lineamientos sobre las sanciones aplicables y las medidas correctivas a seguir en caso de detectar contratos ficticios o fraudulentos.*

*Ahora bien, quisiera plantear la siguiente consulta: ¿qué procede cuando en un proceso de contratación se presentan múltiples limitaciones solicitadas por MIPYMES a nivel municipal, departamental y nacional, en las cuales todas exigen restricciones de participación basadas en su región?*

*Me gustaría conocer qué criterio se emplea para establecer dichas limitaciones en el proceso de contratación. Específicamente, me interesa saber si se utiliza un concepto como la cantidad de MIPYMES o si la decisión queda a discreción de la entidad contratante. […]”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos:

* ¿Qué medidas se pueden adoptar para garantizar la veracidad y autenticidad de los contratos que acreditan la experiencia de un proponente en el marco de los procesos de contratación de mínima cuantía?
* ¿Cuál es el criterio para establecer las limitaciones solicitadas por MIPYMES a nivel municipal, departamental y nacional ?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Respecto de los problemas jurídicos antes planteados, la Subdirección manifiesta:  i) Las Entidades Estatales, como responsables de la estructuración de sus procedimientos de contratación, son autónomas para requerir la experiencia necesaria para el objeto del contrato, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, deben tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes como la identificación de riesgos, el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar, y establecer si es adecuado exigir parámetros de sostenibilidad, relacionados con el objeto del contrato.  Ahora bien, la acreditación de la experiencia de los proponentes a través de contratos previos es un aspecto crucial para evaluar su capacidad para ejecutar el objeto contractual por lo que corresponde a la misma entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos realizar un análisis de los contratos que el proponente acredite como experiencia, para esto se recomienda acudir a diferentes medidas para garantizar la veracidad y autenticidad como lo son la verificación directa con la entidad contratante, asi las cosas la entidad contratante puede solicitar al proponente que autorice una comunicación directa con los contratantes anteriores para verificar la veracidad de la información suministrada.  De igual manera se puede solicitar un certificado de cumplimiento expedido por la entidad contratante en el proyecto anterior, en el que se especifique que el proponente cumplió con todas las obligaciones contractuales.  Adicionalmente, la experiencia acreditada a través de los contratos se puede validar en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP- o en el link: <https://consultaprocesos.colombiacompra.gov.co/>.  ii) Por otra parte, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a MiPymes es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla, con sustento en los estudios del sector considerando que se trata de una decisión adecuada y proporcional a los hechos que le sirven de causa.  Asi las cosas, las restricciones de participación de MiPymes basadas en la región pueden obedecer a varios criterios. Estos criterios son establecidos para asegurar una distribución equitativa de oportunidades y promover el desarrollo económico local. |
|  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Respecto del primer problema jurídico es de resaltar que garantizar la veracidad y autenticidad de los contratos que acreditan la experiencia de un proponente en procesos de contratación es crucial para asegurar la transparencia y equidad en el proceso de selección sin embargo es potestad de la entidad pública acudir a diferentes medidas para garantizar la veracidad y autenticidad de los contratos acreditados por el proponente.
* Por otro lado, es de precisar que el aporte de contratos relacionados con el bien o servicio a contratar puede constituirse como factor ponderable solo en aquellos procesos de contratación para la selección de consultores, bajo la modalidad de concurso de méritos regulada en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.
* En las demás modalidades de contratación reguladas por el artículo en cita, como es el caso de los contratos de mínima cuantía, la experiencia no es un factor ponderable. En ese sentido, los contratos aportados por el proponente, relacionados con el objeto del contrato, deben ser evaluados como experiencia en cuanto a los requisitos habilitantes que miden la aptitud del proponente y lo avalan para presentar su oferta.
* Respecto del segundo problema jurídico, es de precisar que el artículo 34 de la Ley de Emprendimiento, el artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 –modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021– establece los requisitos que se deben acreditar en las “convocatorias limitadas a MiPymes”. El inciso primero de la referida norma exige que las entidades estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, limiten las convocatorias de los procesos de contratación a las MiPymes colombianas con mínimo un (1) año de existencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“1. El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2. Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas. Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, deben recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la expedición del acto administrativo de apertura, o el que haga sus veces de acuerdo con la normativa aplicable a cada Proceso de Contratación.

Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

Parágrafo**.** Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mípyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo.”[[1]](#footnote-2)

* Por otra parte, en relación con las limitaciones territoriales de las convocatorias a MiPymes, el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 5 del Decreto 1860 de 2021, coinciden con la redacción del parágrafo 1 del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, según el cual, “En los procesos de selección que se desarrollen con base en el primer inciso, las entidades *podrán* realizar las convocatorias limitadas que beneficien a las MiPymes del ámbito municipal o departamental correspondiente al de la ejecución del contrato”. En tales términos, las normas citadas solo contemplan la *posibilidad* que tienen las entidades contratantes de limitar convocatorias a MiPymes con domicilio en esos dos tipos de entidades territoriales.
* En ese sentido, sobre la convocatoria limitada a MiPymes nacional, es claro que toda empresa constituida bajo las leyes colombianas o que tenga su domicilio principal en el territorio colombiano y, además, cumpla los criterios previstos por la Ley 590 de 2000 y el Decreto 957 de 2019, será considerada MiPymes nacional. Ahora bien, frente a la limitación territorial, las normas de contratación permiten que las MiPymes nacionales puedan beneficiarse de la ejecución de un contrato dentro de la entidad territorial en la que tienen su “domicilio”, ya que dicho marco normativo tiene como propósito el de incentivar la promoción del desarrollo en la contratación estatal.
* No puede perderse de vista que la decisión de limitar “a MiPymes colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato”, aunque es *facultativa* de la entidad, está supeditada a que se verifiquen los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del precitado artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021. En ese sentido, si la entidad no recibió las solicitudes para limitar la convocatoria a MiPymes nacionales, no puede motu proprio proceder con la “limitación territorial” de que trata el artículo 2.2.1.2.4.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Esto debido a que el ejercicio de esta facultad solo puede darse ante la “limitación a MiPymes colombianas”, lo cual supone verificar los supuestos legales establecidos en los mencionados numerales.
* En tal sentido, lo que debe adoptarse obligatoriamente es la limitación a MiPymes colombianas siempre que se cumplan las condiciones del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015, pero no la “limitación territorial” referida en el artículo 2.2.1.2.4.2.3 ibídem, pues esta es facultativa para la entidad. Las únicas exigencias son que la convocatoria esté limitada a las MiPymes colombianas “domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato” y que la entidad justifique su decisión con base en los “estudios del sector”[[2]](#footnote-3).
* En resumen, la decisión de limitar o no territorialmente una convocatoria limitada a MiPymes nacionales es una facultad discrecional, de manera que la entidad contratante valorará si es oportuno y conveniente adoptarla. Sin embargo, aunque la discrecionalidad implica una elección administrativa, no puede ser una decisión irracional o arbitraria. Por ello, el ordenamiento impone una carga de motivación en el ejercicio de este tipo de facultades, pues –teniendo en cuenta la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa– el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.
* Finalmente, es pertinente indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 77. * Ley 1437 de 2011 , artículo 44. * Decreto 1082 de 2015. Subsección 2. Artículos 2.2.1.2.4.2.2, 2.2.1.2.4.2.3, 2.2.1.2.4.2.4, 2.2.1.2.4.2.17, 2.2.1.2.4.2.18, 2.2.1.2.4.2.19 y 2.2.1.2.1.5.2 * Ley 2069 de 2020. Artículo 30,31,34 y 35. * Decreto 1860 de 2021. Artículos 2 y 3. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Subdirección de Gestión Contractual se ha pronunciado sobre las convocatorias limitadas a MiPymes en los conceptos C-758 del 10 de noviembre de 2022, C-089 del 28 de abril de 2023, C-159 del 22 de junio de 2023, C-165 del 2 de junio de 2023, C-269 del 12 de julio de 2023, C-295 del 24 de julio de 2023, C-302 del 14 de septiembre de 2023, C-366 del 8 de septiembre de 2023, C-436 del 24 de octubre de 2023, C-279 del 31 de octubre de 2023 y C-017 del 26 de febrero de 2024, , C-278 del 24 de agosto de 2023, C-271 del 15 de agosto de 2023, C-265 de 26 de julio de 2023, C-280 del 06 de junio de 2023, C-216 del 06 de junio de 2023, C-184 del 02 junio de 2023, C-141 de 30 de mayo de 2023, C-053 del 28 de marzo de 2023 C-193 de junio de 2024 y C-227 del 24 de julio de 2024, entre otros.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Christian Camilo Orjuela Galeano  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Adriana Katherine López Rodríguez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, de acuerdo con el Concepto C-089 del 28 de abril de 2023, la Agencia estima que “el debido ejercicio de la referida potestad discrecional exige que converjan unos mínimos presupuestos de adecuación, para que resulte adecuada la decisión de limitar una convocatoria a la participación exclusiva de mipymes. Es por esto por lo que la decisión de limitar territorialmente una convocatoria solo puede resultar razonable si la información recolectada en el marco del análisis del sector indica que en el lugar de ejecución del contrato existe un número significativo de mipymes allí domiciliadas, cuyo objeto social les permitiría desarrollar el contrato o que estén interesadas en participar en el respectivo proceso de contratación. Adicionalmente, se torna relevante determinar que tantas de esas mipymes tendrían la posibilidad de participar en el respectivo proceso de contratación en consideración en atención a las aptitudes e idoneidad requerida. De acuerdo con lo anterior, difícilmente podría entenderse adecuada la decisión de limitar una convocatoria por el referido factor territorial, si dentro del estudio del sector no se identifican una pluralidad de mipymes que estén en posición de participar en el respectivo proceso.

   En atención a lo anterior, situaciones en las que se presentan un ejercicio de la potestad de limitar a mipymes desconociendo los anteriores presupuestos mínimos, bien podrían ser cuestionadas por los proponentes, veedores y ciudadanía en general ya sea a través de observaciones, en el ejercicio del derecho fundamental de petición ante la respectiva entidad estatal o la presentación de denuncias antes las autoridades competentes en el caso de que se evidencien prácticas restrictivas a la competencia, o con relevancia penal o disciplinaria. Así mismo, en atención al interés general que revisten los procesos de contratación, cualquier ciudadano podría también solicitar el control judicial del respectivo pliego de condiciones –o invitación en los procesos de mínima cuantía–, cuando encuentre que estos contravienen el marco legal que les aplica”. [↑](#footnote-ref-3)