



Bogotá D.C., 25 de octubre de 2022



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221026012934
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 25/10/2022 20:16:57



Señor

Anónimo

asoplama2018@gmail.com

Concepto C-677 de 2022

Temas:

LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Finalidad / LEY 2069 DE 2020 – Criterios diferenciales – reglamentación / REQUISITOS HABILITANTES – Concepto / REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 / EXPERIENCIA – Concepto / REQUISITOS HABILITANTES – Incentivos para emprendimientos y empresas de mujeres y MiPymes

Radicación:

Respuesta a consulta P20220905008833

Cordial saludo:

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 su consulta radicada el 5 de septiembre de 2022.

1. Problema planteado

Usted plantea la siguiente pregunta: «*Hay entidades que piden un solo contrato para acreditar todo el monto de la experiencia, y dejan a un lado el derecho de libre concurrencia; y la oportunidad de participar a los Mipymes y emprendimiento y empresa de mujeres. Agradezco conforme a la ley el sustento jurídico con el que las Entidades deben solicitar mas de un contrato, para hacer la respectiva observación [...]».*

2. Consideraciones



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados¹. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene atribuciones para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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 pública¹. 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 a lo anterior, esta Subdirección de Gestión Contractual–dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá los problemas planteados, conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, previo análisis de los siguientes temas: i) vigencia y reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020; ii) determinación de los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación;iii) aproximación general al concepto de experiencia como requisito habilitante en la contratación pública; y iv) requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres como también de MiPymes contenida en el Decreto 1860 de 2021.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, en términos generales, sobre el contenido de la Ley de Emprendimiento en diferentes conceptos, refiriéndose, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 32 de dicha Ley, alusivo a los criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres, en los conceptos C-029 de 21 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-141 del 8 de abril de 2021, C-114 del 13 de abril de 2021, C-031 de 1 de marzo de 2022, C-217 de 21 de abril de 2022 y C-326 del 18 de mayo de 2022, entre otros. Igualmente, 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, C-330 del 27 de mayo de 2020, C-396 de 16 de julio de 2020 y C-142 del 30 de marzo de 2022, analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y el carácter enunciativo de los mencionados en el artículo 5-1 de la Ley 1150 de 2007.

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».





Por otro lado, en los conceptos C-002 del 20 de febrero de 2020, C-491 del 27 de julio de 2020, C-708 del 9 de diciembre de 2020, C-052 de 8 de marzo de 2021, C-727, del 26 de enero de 2022 y C-467 del 22 de julio de 2022, la Agencia se pronunció sobre la experiencia como requisito habilitante en la contratación pública. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

2.1. Reglamentación de los criterios diferenciales de la Ley 2069 de 2020

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «*Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*», que empezó a regir desde la fecha de su promulgación. En su artículo 1 dispone que aquella «*tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad*». Esto, a partir de «*[...] un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región*».

En desarrollo de esta finalidad, dispuso medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –MiPymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁷. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁹ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las MiPymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para MiPymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las MiPymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las Entidades Estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

Dentro del referido capítulo se encuentran los artículos 30, 31, 33, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, los cuales crean una serie de incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado en su calidad de MiPymes y varios criterios diferenciales y de promoción de su acceso al mercado de compras públicas. Por un lado, el artículo 30 contempló la posibilidad de que las Entidades Estatales realicen adquisiciones hasta por mínima cuantía a MiPymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio que se determinarán por el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.





De igual forma, el artículo 31 introduce criterios diferenciales para el acceso de las MiPymes al sistema de compras y contratación pública, estableciendo que *«Las Entidades Estatales de acuerdo con el análisis de Sector podrán incluir, en los Documentos del Proceso, requisitos diferenciales y puntajes adicionales, en función del tamaño empresarial para la promoción del acceso de las MIPYMES al mercado de Compras Públicas»*.

Además, el inciso segundo y el párrafo del artículo 31 de la Ley 2069 de 2020 disponen, respectivamente, que *«El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas [relacionadas con «requisitos diferenciales» y «puntajes adicionales»] que podrán implementar las Entidades Estatales»* (Corchetes fuera de texto) y que *«Dentro de los criterios diferenciales que reglamente el Gobierno Nacional se dará prioridad a la contratación de producción nacional sin perjuicio de los compromisos comerciales adquiridos con otros Estados»*. Es decir, esta norma requiere el desarrollo reglamentario como una condición previa para su aplicación.

De igual forma, el artículo 33 y 34 de la Ley 2069 de 2020 contempló unos deberes para promover el acceso de las MiPymes en el mercado de compras públicas. En relación con este aspecto, el párrafo de la primera norma citada prescribe que: *«el incumplimiento de los deberes de que trata el presente artículo por parte de los servidores públicos constituirá causal de mala conducta»*.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 2069 de 2020 incluyó requisitos diferenciales y puntajes adicionales en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las entidades estatales que no apliquen en su gestión contractual el Estatuto General de Contratación Administrativa, como medidas de acción afirmativa, para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

El contraste con la norma analizada anteriormente salta a la vista. Por un lado, a diferencia del artículo 31 de la Ley de Emprendimiento, los «criterios diferenciales» del artículo 32 *ibidem* – que incluyen tanto los «requisitos diferenciales» como los «puntajes adicionales»– aplican a *«[...] los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos [...]»*, excluyendo las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, sin distinciones ulteriores, la norma en comento también se extiende a todos los procedimientos que realicen las Entidades Estatales excluidas de la Ley 80 de 1993.

En este contexto, el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 *«Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones»*. Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la





contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021.

En lo relativo al artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.14 y 2.2.1.2.4.2.15 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. La primera de las normas adicionadas consagra la definición de emprendimientos y empresas de mujeres, mientras que la segunda establece los criterios diferenciales y regula su aplicación. A su turno los criterios diferenciales para las MiPymes, quedaron en el artículo 2.2.1.2.4.2.18., adicionado por el mismo artículo del referido reglamento.

Debe precisarse las disposiciones contenidas en el presente Decreto 1860 de 2021 se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido comenzó a partir del 25 de marzo de 2021.

2.2. Determinación de los requisitos habilitantes en los procesos de contratación

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.

Los requisitos habilitantes constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la que los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar 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, es decir, incurren en causal de rechazo. Esto 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 5º, de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo dispone 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 citada 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.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ha defendido el carácter enunciativo del listado de los requisitos habilitantes contenidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que la referida disposición, al referirse a los requisitos habilitantes, no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», de la que pueda colegirse la taxatividad de los requisitos mencionados. Esta conclusión además se apoya en una la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal, en virtud de la cual es posible evidenciar que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con entidades públicas, de las que derivan requisitos habilitantes, como sucede, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007².

Por otro lado, en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación», expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se determinaron los parámetros para establecer, acreditar y subsanar los requisitos habilitantes. Allí también se precisó que estos 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». De acuerdo

² 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.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.





con el Manual, su propósito consiste en «*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*». Así las cosas, 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.

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 planea 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*». (negrilla fuera de texto)

En ese sentido, si bien 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–, estos no son taxativos. 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.

El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.2 reglamenta los requisitos habilitantes, estableciendo que estos deben ser señalados en los pliegos de condiciones o en la invitación³, lo cual es concordante con el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, en el que se establece como uno de los componentes mínimos de los pliegos de condiciones a las reglas aplicables a la presentación y evaluación de las ofertas, entre las que se inscriben las relativas a la acreditación de las condiciones habilitantes. Establece además el artículo 2.2.1.1.1.6.2 que la determinación de los requisitos habilitantes debe ser realizada en función de criterios como el riesgo del Proceso de Contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Los mencionados criterios deben ser aplicados de manera tal que de la ponderación de estos resulten requisitos que permitan medir la aptitud de los oferentes para cumplir con el contrato, y que, además de ser proporcionales y adecuados al objeto del contrato, no limiten la participación en el proceso de selección. **En ese sentido, las entidades tienen autonomía para estructurar los requisitos habilitantes en los procesos que adelantan, pero tal facultad no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de**

³Artículo 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.

» Parágrafo Transitorio. De conformidad con los párrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2, y 2.2.1.1.1.5.6., en desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1 de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

» Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente».





direccionar el Proceso de Contratación o favorecer a alguno de los proponentes. Tampoco puede suceder que el ejercicio de dicha atribución se haga con desconocimiento de los límites impuestos por la normativa vigente, como, por ejemplo, el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prohíbe exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

En ese sentido, las Entidades Estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del Proceso de Contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual. Para esto resulta indispensable que los requisitos establecidos por la entidad, además se fijen de manera adecuada y proporcional a las características del objeto ofertado, procurando además ceñirse a la normativa que resulte aplicable.

2.3. Aproximación general al concepto de experiencia como requisito habilitante en la contratación pública

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. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, evento en el cual, por tratarse de esquemas asociativos, la experiencia es compartida.

Conforme se viene explicando, las entidades contratantes, como responsables de la estructuración de los procedimientos de contratación, son autónomas para establecer los requisitos habilitantes cuya exigencia estiman necesaria para garantizar la aptitud de los participantes, entre estos por requerimientos por su supuesto se encuentra el de experiencia. No obstante, el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 resulta aplicable al momento establecer los requisitos de experiencia, por lo que deben tener en cuenta aspectos como el estudio del sector y sus componentes, la identificación de riesgos, así como el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar, dentro de los límites que le impone el principio de proporcionalidad.





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 pero sí similar, que puede funcionar para las exigencias de la entidad ayudando a que exista pluralidad de oferentes. De no ser así, se limitaría injustificadamente la participación de los proveedores que han ejecutado contratos no iguales, pero sí similares, y que pueden aportar trayectoria para satisfacer las exigencias de la entidad, ayudando a que exista pluralidad de oferentes. Así, en el «*Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*», se ejemplifica la forma en la que la experiencia exigida puede ser proporcional al objeto a contratar:

Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

Como se observa de dicho ejemplo, si bien la experiencia exigida no es exactamente la misma del proyecto a contratar –pues la cuantía que se solicita es inferior a la del contrato a celebrar–, se permite que los proponentes puedan acreditar experiencia por la ejecución de contratos que certifiquen un valor de 50 SMMLV del mismo tipo de obra. Así las cosas, es necesario aclarar que la proporcionalidad de la experiencia exigida la determina la Entidad Estatal de manera autónoma, con posterioridad al análisis del alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar.

2.4. Requisitos habilitantes diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres y MiPymes en el Decreto 1860 de 2021

Conforme a todas las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, con relación a los *requisitos habilitantes*, así como frente a los incentivos para las personas interesadas en celebrar contratos con el Estado, especialmente, criterios diferenciales para el acceso de las MiPymes y criterios diferenciales para los «*emprendimientos y empresas de mujeres*» en el sistema de compras y contratación pública, es claro que, los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2021 introducen la posibilidad de las Entidades Estatales de incluir en los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales exceptuadas de aplicar el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, requisitos diferenciales y puntajes adicionales para MiPymes y para emprendimientos y empresas de mujeres. Esto a título de medidas de acción afirmativa para incentivar la participación de estos sujetos en el sistema de compras públicas, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los acuerdos comerciales en vigor.

En relación con el significado de emprendimientos y empresas de mujeres y conforme a lo dicho en el párrafo del artículo 32 de la Ley 2069 de 2020, el Decreto 1860 de 2021 adicionó





el artículo 2.2.1.2.4.2.14 al Decreto 1082 de 2015. Esta norma establece las condiciones y requisitos en atención a los cuales se definen las empresas y emprendimientos de mujeres, a las que les aplican los criterios diferenciales.

Por su parte el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015⁴, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, complementa la regulación de criterios diferenciales estableciendo la posibilidad de unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, que deben ser menos rigurosos respecto a los contemplados para los otros proponentes que no cumplan con alguno de los criterios del artículo 2.2.1.2.4.2.14. Los mismos requisitos habilitantes diferenciales podrán ser utilizados para fomentar la participación de MiPymes, en los términos previstos en el artículo 2.2.1.2.4.2.18⁵ adicionado por el Decreto 1860 de 2021.

Del mismo modo, el artículo 2.2.1.2.4.2.15 del Decreto 1082 de 2015 también regula un puntaje adicional de hasta el 0,25% del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, para los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del Decreto 1082 de 2015.

De acuerdo con lo anterior, dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer

⁴«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.15. Criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas. En los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, así como en los procesos competitivos que adelanten las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las Entidades incluirán condiciones habilitantes para incentivar los emprendimientos y empresas de mujeres con domicilio en el territorio nacional. Para el efecto, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.
2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.
3. Índices de capacidad financiera.
4. Índices de capacidad organizacional.
5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las empresas y emprendimientos de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurren al procedimiento de selección que no sean empresas o emprendimientos de mujeres.

De manera que no se ponga en riesgo el cumplimiento adecuado del objeto contractual, con excepción de los procedimientos donde el menor precio ofrecido sea el único factor de evaluación, las Entidades también otorgarán un puntaje adicional de hasta el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes, a los proponentes que acrediten alguno de los supuestos del artículo 2.2.1.2.4.2.14 del presente Decreto.

Las Entidades incluirán estos requisitos diferenciales y puntajes adicionales de acuerdo con los resultados del análisis del sector, desde la perspectiva del estudio de la oferta de las obras, bienes o servicios que requiere, sin perjuicio de los compromisos adquiridos por Colombia en los Acuerdos Comerciales vigentes.

PARÁGRAFO 1. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita que es emprendimiento y empresa de mujeres bajo los criterios dispuestos en el artículo precedente y que tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

PARÁGRAFO 2. Los incentivos contractuales para las empresas y emprendimientos de mujeres no excluyen la aplicación de los criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas.»

⁵«ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.18. Criterios diferenciales para Mipyme en el sistema de compras públicas. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 590 de 2000, según los resultados del análisis del sector, las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos establecerán condiciones habilitantes diferenciales que promuevan y faciliten la participación en los procedimientos de selección competitivos de las Mipyme domiciliadas en Colombia. Para el efecto, en función de los criterios de clasificación empresarial, los Documentos del Proceso deberán incorporar requisitos habilitantes diferenciales relacionados con alguno o algunos de los siguientes aspectos:

1. Tiempo de experiencia.
2. Número de contratos para la acreditación de la experiencia.
3. Índices de capacidad financiera.
4. Índices de capacidad organizacional.
5. Valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurren al procedimiento de selección que no sean Mipyme.

Con excepción de los procedimientos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta los criterios de clasificación empresarial, podrán establecer puntajes adicionales para Mipyme. En ningún caso, estos podrán superar el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de este artículo, los criterios de clasificación empresarial son los definidos en el artículo 2.2.1.13.2.2 del Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, o la norma que lo modifique, derogue o sustituya.

PARÁGRAFO 2. Tratándose de proponentes plurales, los criterios diferenciales y los puntajes adicionales solo se aplicarán si por lo menos uno de los integrantes acredita la calidad de Mipyme y tiene una participación igual o superior al diez por ciento (10%) en el consorcio o la unión temporal.

PARÁGRAFO 3. Lo previsto en esta norma aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Acuerdos Comerciales suscritos por el Estado colombiano, pero no rige en las convocatorias limitadas que se realicen conforme a los artículos 2.2.1.2.4.2.2 y 2.2.1.2.4.2.3 de este Decreto.»





inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «*Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la Entidad Estatal.

No obstante, en virtud de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación contenida en el Decreto 1860 de 2021, es posible que la selección objetiva del contratista del Estado se escoja por las entidades contratantes acudiendo a factores habilitantes y de calificación de los participantes fijados en los pliegos de condiciones de forma *diferencial*, con el objeto de fomentar o facilitar el acceso a las compras públicas de sujetos de menor capacidad en el mercado, como es el caso de los emprendimientos y empresas de mujeres y las MiPymes, por razones de equidad, siempre y cuando el uso de estas medidas afirmativas resulte justificado y no ponga en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato, según el análisis del sector y los estudios previos que soporten el proceso contractual.

Para el efecto dichos requisitos habilitantes contemplados en el pliego de condiciones podrán ser menos exigentes para los emprendimientos y empresas de mujeres y para las MiPymes, según lo justifiquen los instrumentos de planeación precontractual que determine las Entidades Estatales, por lo tanto, y de conformidad con el articulado adicionado por el Decreto 1860 de 2021, los requisitos habilitantes diferenciales que deberán incluir en los Documentos del Proceso deberán estar relacionados siguientes aspectos:

- «1. *Tiempo de experiencia.*
- 2. *Número de contratos para la acreditación de la experiencia.***
3. *Índices de capacidad financiera.*
4. *Índices de capacidad organizacional.*
5. *Valor de la garantía de seriedad de la oferta.»* (negrilla fuera de texto)

Los requisitos mencionados deberán fijarse respetando las condiciones habilitantes requeridas para el cumplimiento adecuado del contrato, teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones. En desarrollo de lo anterior, con la finalidad de beneficiar a las Mipyme o los emprendimientos y empresas de mujeres, se establecerán condiciones más exigentes respecto a alguno o algunos de los criterios de participación antes enunciados frente a los demás proponentes que concurren al procedimiento de selección.

3. Respuesta





«Hay entidades que piden un solo contrato para acreditar todo el monto de la experiencia, y dejan a un lado el derecho de libre concurrencia; y la oportunidad de participar a los Mipymes y emprendimiento y empresa de mujeres. Agradezco conforme a la ley el sustento jurídico con el que las Entidades deben solicitar mas de un contrato, para hacer la respectiva observación [...]»

De la revisión de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», su Decreto reglamentario 1860 de 2021 y las demás referencias normativas y doctrinarias sobre la experiencia, analizadas en desarrollo del concepto, tales como el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015 y el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación», se concluye que el ordenamiento jurídico no establece una noción explícita de experiencia general o específica. Además, conviene precisar que la experiencia tiene una doble funcionalidad en la contratación estatal, como «requisito habilitante» y, por otro lado, como «criterio de asignación de puntaje», en los procesos de selección de consultores. En todo caso, partiendo de un análisis funcional, se concluye que la noción de experiencia, tanto general como específica, atiende a un razonamiento eminentemente técnico, más que a uno jurídico, pese a las referencias realizadas a algunas normas que acuden al concepto de experiencia.

Vistos los aportes normativos y doctrinarios sobre la experiencia, , atendiendo a la pregunta del peticionario, esta Agencia considera que la experiencia es «[...] el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato», y teniendo en cuenta que la Entidad Estatal tiene plena autonomía y libertad para configurar **para estructurar los requisitos habilitantes en los procesos que adelantan, pero tal facultad 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, 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.

De igual forma, y con fundamento en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación», se tiene que, «la experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. [...] La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar».

Lo anterior, sin perjuicio del deber que tienen las entidades contratantes para que, en virtud de los incentivos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación contenida en el Decreto 1860 de 2021, se establezca la selección objetiva del contratista del Estado acudiendo a factores habilitantes y de calificación de los participantes fijados en los pliegos de condiciones de forma *diferencial*, con el objeto de fomentar o facilitar el





acceso a las compras públicas de sujetos de menor capacidad en el mercado, como es el caso de los emprendimientos y empresas de mujeres y las MiPymes, por razones de equidad, siempre y cuando el uso de estas medidas afirmativas resulte justificado y no ponga en riesgo el adecuado cumplimiento del contrato, según el análisis del sector y los estudios previos que soporten el proceso contractual. Para el efecto, dichos requisitos habilitantes contemplados en el pliego de condiciones o documento que haga sus veces podrán ser menos exigentes para los emprendimientos y empresas de mujeres y para las MiPymes, según lo justifiquen los instrumentos de planeación precontractual necesarios para cada contratación.

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 otorgado por el Decreto 1082 de 2015

Atentamente,

Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual (E)

Elaboró: Diana Fabiola Herrera Hernández
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Juan David Marín López
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E)

