

FORMATO PQRS

PLIEGO DE CONDICIONES – Concepto – PLIEGO DE CONDICIONES – Principio de transparencia – PLIEGO DE CONDICIONES – Selección Objetiva – PLIEGO DE CONDICIONES – Contenido del Pliego de Condiciones – Ley 80 de 1993 artículo 24 numeral 5

El pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas. [...] De este modo, el pliego de condiciones es un instrumento en el cual se materializa el principio de transparencia, pues en ese documento se fijan las reglas de escogencia del contratista del Estado, para la selección objetiva de la mejor oferta, la adjudicación y la posterior celebración y ejecución del contrato, lo cual lo convierte en una reglamentación de todo el *iter* contractual. Su contenido está previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993

De acuerdo con lo anterior, el pliego de condiciones deberá contener aspectos necesarios tendientes a escoger la mejor oferta bajo la aplicación irrestricta del principio de selección objetiva.

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Escogencia del contratista – Evaluación de los requisitos habilitantes y de calificación

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

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública.

EMPATE – Concepto – Selección objetiva – Ley 2069 de 2020 artículo 35

Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados los mismos. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el “Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación”, “Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía”. Es decir, el empate es un evento en el

FORMATO PQRS

cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento contractual.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Mujeres cabeza de familia – Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar – Participación mayoritaria

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 determina un criterio o factor de desempate que beneficia a las mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Por lo demás, debe destacarse que el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, precepto que reglamenta la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableciendo unos medios de acreditación específicos para cada una de las diferentes circunstancias a las que se refieren los factores de desempate, los cuales deberán aplicarse en los procesos de selección en los que rija el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento.

EMPATE - CONDICIÓN MUJER CABEZA DE FAMILIA – Acreditación – Declaración ante notario - Ley 82 de 1993 artículo 2 – Ley 1232 de 2008 artículo 1

[...] en cuanto a la acreditación de la condición de mujer cabeza de familia, el primer inciso del numeral 2, realiza una referencia al artículo 2 de la Ley 82 de 1993, "Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia", modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, disposición que establece la declaración ante notario como mecanismo para demostrar la calidad de mujer cabeza de familia.

EMPATE – CONDICIÓN MUJER CABEZA DE FAMILIA – Acreditación – Personas jurídicas – Proponente plural

Como se desprende del texto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este factor de desempate no aplica únicamente en favor de las personas naturales que acrediten las referidas condiciones, sino también a las personas jurídicas en las que "participen mayoritariamente". Adicionalmente, dentro del ámbito de aplicación de este factor de desempate también entran los proponentes plurales conformados exclusivamente por personas naturales y/o jurídicas que reúnan alguna de las otras condiciones que aplican a los proponentes singulares. De tal manera que, para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido por: i)

FORMATO PQRS

por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la "persona jurídica", en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

[...] el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar "un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar" [...] además deberán acreditarse documentos mediante los que se demuestren las condiciones de jefatura de familia o víctima de violencia intrafamiliar, respecto de las mujeres titulares de la participación de la sociedad, de acuerdo con los incisos primero y segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021.

SUBSANABILIDAD DE CRITERIOS DE DESEMPATE – Imposibilidad de subsanabilidad

[...] por regla general, son subsanables i) la falta de entrega o ii) los defectos de los requisitos habilitantes. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

[...] los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como "condiciones habilitantes", ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

FORMATO PQRS

MÍNIMA CUANTÍA – Modalidad de selección

La mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento –10%– de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por la Ley 1450, modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 –que adicionó el numeral 5º al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– y posteriormente por la Ley 2069 de 2020, estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, “independientemente de su objeto”.

Dicho de otro modo, la mínima cuantía es un procedimiento de selección “especial”, porque es una excepción a la regla general constituida por la licitación pública. Aunque ambas modalidades implican un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la entidad estatal interesada en contratar, la mínima cuantía es distinta de la licitación en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento: lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica, y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son especiales.

MÍNIMA CUANTÍA – Factor de selección – Menor precio – Metodología

En atención a lo señalado, y con base en lo dispuesto en el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2011, así como en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, la selección del contratista en el procedimiento de mínima cuantía deberá recaer en la oferta que presente el menor precio y que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación, siendo este –el menor precio– el único factor de escogencia permitido en este tipo de contratación.

MÍNIMA CUANTÍA – Factor valor del contrato – Metodología

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato [...] Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos. No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal.

[...] en el marco de los procesos de contratación por mínima cuantía, las entidades gozan de autonomía para establecer la metodología que consideren más adecuada para determinar el precio o valor del contrato, siempre que esta se sustente en los estudios previos y en el análisis del sector, atendiendo a las particularidades del objeto a contratar, su naturaleza, las obligaciones y los demás aspectos de la contratación. Debido que en la mínima cuantía el único factor de escogencia es el menor precio, la

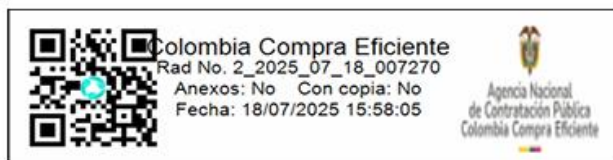
FORMATO PQRS

metodología escogida por la entidad para definir el precio tiene una incidencia directa en la selección del contratista.

En consecuencia, la forma en que se estructure el valor del contrato determina directamente la manera en que serán evaluadas las ofertas económicas, lo que implica que no existe una única metodología para dicha evaluación. Si bien el menor precio es el único factor de selección permitido en la mínima cuantía, la manera en que este se analiza puede variar según el esquema adoptado por la entidad. Por ejemplo, si se opta por un precio global para el bien, obra o servicio a contratar, la evaluación se realizará en relación con el menor valor global ofertado. En cambio, si se establecen precios unitarios como base para determinar el valor del contrato, la entidad podrá definir que la selección se realice con base en la sumatoria total de dichos precios unitarios ofrecidos, lo que impone una revisión de cada precio unitario para determinar la oferta de menor valor. Alternativamente, la entidad podría adoptar un mecanismo basado en un porcentaje de descuento aplicado sobre precios unitarios previamente definidos, siempre que esta metodología conduzca a la selección de la propuesta de menor valor y que el mayor porcentaje de descuento refleje un menor precio final.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 18 de julio de 2025



Señora
Ana Zulay González Bohórquez
Gerente
Soluciones Integrales De Oficina
agonzalez@sioltda.com
Ciudad

Concepto C- 736 de 2025

Temas:

SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal –
Concepto / FACTORES DE DESEMPATE –
Características – Límites / FACTORES DE
DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Decreto 1680 de
2021 – Mujeres cabeza de familia – Participación
mayoritaria / APLICACIÓN SUCESIVA Y
EXCLUYENTE – Empate – Persistencia /
PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA –
Fundamento – Alcance / SUBSANABILIDAD –
Concepto de unificación – Aplicación –
Improcedencia – Circunstancias posteriores –
Cierre del proceso / SUBSANABILIDAD – Criterios
de desempate – No subsanables / MÍNIMA CUANTÍA
– Procedimiento / MÍNIMA CUANTÍA – Factor de
selección – Menor precio – Metodología /MÍNIMA
CUANTÍA – Porcentaje de descuento

Radicación:

Respuesta a consulta con radicado 1-2025-06-09-
005610

Estimada señora Ana Zulay:

FORMATO PQRSD

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 9 de junio de 2025, en la cual manifiesta lo siguiente:

- “(…) 1. Respecto de los criterios de desempate en los procesos de contratación que adelanten las entidades del estado colombiano y en lo relativo a la condición de “cabeza de familia” y la forma de acreditación; comedidamente solicito me informen de manera detallada y clara sobre la forma de acreditación, si se debe acreditar y exponer el hecho generador y su fecha de inicio y el momento oportuno de la entrega del documento a la entidad que adelante el proceso, bien sea para efectos de asignación de puntaje o para criterio de desempate.
2. En caso (sic) que exista duda de esta condición, cual (sic) es el mecanismo para desvirtuar tal condición, ante qué entidad se debe adelantar y quien goza de legitimidad en la causa para desvirtuarla.
3. Entretanto se define su legalidad; (sic) se puede solicitar suspender el proceso?
4. De otro lado y para los procesos de mínima cuantía adelantados bajo la Ley 80 de 1993, es legal y adecuado exigir que las ofertas se presenten con % de descuento? (...)”.

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 garantizar el derecho fundamental de petición, se resolverá su petición dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción del caso particular y concreto señalado

FORMATO PQRS

en su petición, pero señalando algunas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. Problemas planteados:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cómo se acredita el factor de desempate No. 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 relacionado con la mujer cabeza de familia? ii) ¿Los factores de desempate, especialmente el relativo a la "mujer cabeza de familia" del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento es subsanable? iii) ¿En los procesos de mínima cuantía la entidad estatal dentro del proceso de selección puede exigir que las ofertas se presenten con algún porcentaje de descuento?

2. Respuesta:

i) En cuanto a la acreditación de la condición de mujer cabeza de familia, el primer inciso del numeral 2, realiza una referencia al artículo 2 de la Ley 82 de 1993, "Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia", modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, disposición que establece la declaración ante notario como mecanismo para demostrar la calidad de mujer cabeza de familia. En efecto, la regulación de los medios de acreditación establecidos en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, se hace a partir de una articulación normativa con las disposiciones legales señaladas, las cuales regulan, de manera general, la acreditación de las condiciones de mujer cabeza de familia. En ese sentido, lo que procura el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 es que, en los procesos de contratación pública, la acreditación de las referidas calidades se rija por la normativa de rango legal que rige la materia.

Como se desprende del texto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este factor de desempate no aplica únicamente en favor de las personas naturales que acrediten las referidas condiciones, sino también a las personas jurídicas en las que "participen mayoritariamente". Adicionalmente, dentro del ámbito de aplicación de este factor de desempate también entran los proponentes plurales conformados exclusivamente por personas naturales y/o jurídicas que reúnan alguna de las otras condiciones que aplican a los

FORMATO PQRS

proponentes singulares. De tal manera que, para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido por: i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la “persona jurídica”, en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

ii) Analizada la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como “condiciones habilitantes”, ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

De considerarse “condiciones habilitantes”, se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se

FORMATO PQRS

resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

iii) En el marco de los procesos de contratación por mínima cuantía, las entidades gozan de autonomía para establecer la metodología que consideren más adecuada para determinar el precio o valor del contrato, siempre que esta se sustente en los estudios previos y en el análisis del sector, atendiendo a las particularidades del objeto a contratar, su naturaleza, las obligaciones y los demás aspectos de la contratación. Debido que en la mínima cuantía el único factor de escogencia es el menor precio, la metodología escogida por la entidad para definir el precio tiene una incidencia directa en la selección del contratista.

Al respecto, la Guía sobre el Uso del Secop II – Modalidades de Contratación: Mínima cuantía, en el numeral 3 referente a la edición en los procesos de contratación señala que “Si el proceso de contratación está determinado por el presupuesto oficial, y la oferta económica es por precios unitarios o porcentajes de descuento (procesos por bolsa o a monto agotable), la Entidad Estatal puede solicitar la información de la oferta económica configurando una única pregunta tipo “Lista de precios” por el valor total a adjudicar, especificando si los proveedores deben diligenciar un formato adicional”. Como se evidencia, la posibilidad de establecer una metodología de evaluación de la oferta económica basada en porcentaje de descuento, también se encuentra validada en la plataforma del Secop II en caso de que la entidad determine el uso de esta.

En cualquier caso, lo fundamental es que la entidad, en ejercicio de su autonomía, defina de forma clara y justificada con base en el análisis del sector la metodología a aplicar, asegurando que esta se alinee con el principio de selección objetiva y permita comparar efectivamente las ofertas con base en el menor precio, tal como lo exige la normativa aplicable a al proceso de mínima cuantía.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

FORMATO PQRS

i) El pliego de condiciones es la hoja de ruta o plan¹ sobre el cual se diseña, estructura y concreta el procedimiento de selección de contratistas. El mismo ha sido definido como un “acto jurídico mixto, que nace como un acto administrativo de contenido general y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo”². En este sentido, en el marco de su discrecionalidad, cada entidad debe establecer la forma como se estructura el pliego de condiciones, el cual está condicionado a la proporcionalidad de las decisiones que toma en aras de garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.

De este modo, el pliego de condiciones es un instrumento en el cual se materializa el principio de transparencia, pues en ese documento se fijan las reglas de escogencia del contratista del Estado, para la selección objetiva de la mejor oferta, la adjudicación y la posterior celebración y ejecución del contrato, lo cual lo convierte en una reglamentación de todo el *iter* contractual. Su contenido³ está previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece algunas directrices que deben tenerse en cuenta en su elaboración:

“[...] 5o. En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación.
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

¹ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alir Hernández Enríquez.

³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015 sobre el contenido del pliego de condiciones, donde se desarrolla de forma más exhaustiva cada uno de sus componentes mínimos.

FORMATO PQRS

- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.
- g) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

El artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 desarrolló el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.

2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.

3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.

4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.

5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.

6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

FORMATO PQRS

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.
14. **El Cronograma**". (Énfasis destacado)

De acuerdo con lo anterior, el pliego de condiciones deberá contener aspectos necesarios tendientes a escoger la mejor oferta bajo la aplicación irrestricta del principio de selección objetiva. En este escenario, resulta importante resaltar que en el pliego de condiciones se fijarán los requisitos para la presentación de las ofertas, que en todo caso contendrá la documentación que deberá ser presentada por el interesado o proponente en las fechas dispuestas en el cronograma del proceso de contratación.

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

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados los mismos. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el "Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de

FORMATO PQRS

contratación”⁴, “Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía”. Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento contractual.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección⁵.

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población⁶. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993⁷.

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó

⁴ En [cce_manual_manejo_incentivos.pdf](#).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Expediente: 31.918. C.P: Stella Conto Díaz Del Castillo.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. M.P: Mauricio González Cuervo.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común [...]”, y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado “objeto ilícito”, que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1519 del Código Civil.

FORMATO PQRS

la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del “Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación”.

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 determina un criterio o factor de desempate que beneficia a las mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en los siguientes términos:

“En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes:

[...]

2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente. [...]”.

Por lo demás, debe destacarse que el Decreto 1860 de 2021 adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17 al Decreto 1082 de 2015, precepto que reglamenta la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, estableciendo unos medios de acreditación específicos para cada una de las diferentes circunstancias a las que se refieren los factores de desempate, los cuales deberán aplicarse en los procesos de selección en los que rija el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En lo referente al criterio de desempate del numeral 2 del artículo 35 *ibidem*, el artículo 2.2.1.2.4.2.17 dispone:

“2. Preferir la propuesta de la mujer cabeza de familia. Su acreditación se realizará en los términos del párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, o la norma que lo modifique, aclare, adicione o sustituya. Es decir, la condición de mujer cabeza de familia y la cesación de esta se otorgará desde el momento en que ocurra el respectivo evento y se declare ante un notario. En la declaración que se presente para acreditar la calidad de mujer cabeza de

FORMATO PQRS

familia deberá verificarse que la misma dé cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008.

Igualmente, se preferirá la propuesta de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, la cual acreditará dicha condición de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1257 de 2008, esto es, cuando se profiera una medida de protección expedida por la autoridad competente. En virtud del artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, la medida de protección la debe impartir el comisario de familia del lugar donde ocurrieron los hechos y, a falta de este, del juez civil municipal o promiscuo municipal, o la autoridad indígena en los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades de esta naturaleza.

En el caso de las personas jurídicas se preferirá a aquellas en las que participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, presentará un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores.

Finalmente, en el caso de los proponentes plurales, se preferirá la oferta cuando cada uno de los integrantes acredite alguna de las condiciones señaladas en los incisos anteriores de este numeral [...].

De acuerdo con la primera pregunta, en cuanto a la acreditación de la condición de mujer cabeza de familia, el primer inciso del numeral 2, realiza una referencia al artículo 2 de la Ley 82 de 1993, "Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia", modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008⁸, disposición que establece la declaración

⁸ Ley 1232 de 2008. "Artículo 1º. El artículo 2º de la Ley 82 de 1993 quedará así:

Artículo 2º. *Jefatura femenina de hogar*. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo".

FORMATO PQRS

ante notario como mecanismo para demostrar la calidad de mujer cabeza de familia⁹.

En efecto, la regulación de los medios de acreditación establecidos en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021, se hace a partir de una articulación normativa con las disposiciones legales señaladas, las cuales regulan, de manera general, la acreditación de las condiciones de mujer cabeza de familia. En ese sentido, lo que procura el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 es que, en los procesos de contratación pública, la acreditación de las referidas calidades se rija por la normativa de rango legal que rige la materia.

Como se desprende del texto del numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, este factor de desempate no aplica únicamente en favor de las personas naturales que acrediten las referidas condiciones, sino también a las personas jurídicas en las que “participen mayoritariamente”. Adicionalmente, dentro del ámbito de aplicación de este factor de desempate también entran los proponentes plurales conformados exclusivamente por personas naturales y/o jurídicas que reúnan alguna de las otras condiciones que aplican a los proponentes singulares. De tal manera que, para poderse beneficiar del factor de desempate, el proponente plural debe estar constituido por: i) por mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o ii) por personas jurídicas en las cuales tales mujeres participen mayoritariamente. Como la norma exige que la participación mayoritaria sea en la “persona jurídica”, en caso de existir varias personas jurídicas integrando el proponente plural, cada una de ellas debe acreditar la participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, el artículo 35.2 de la Ley 2069 de 2020 utiliza un concepto jurídico indeterminado, cuando se refiere a la participación mayoritaria de las mujeres cabeza de familia o mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar en la persona jurídica o en el proponente plural. Con anterioridad a la expedición del Decreto 1860 de 2021, en los múltiples conceptos expedidos con relación a la noción de participación mayoritaria, el criterio reiterado de esta Agencia había

⁹ Como lo ha indicado la Corte Constitucional, “[...] la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

FORMATO PQRS

sido la interpretación literal de la norma, en atención a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, según el cual “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

En aplicación de este criterio interpretativo, y en consideración a la ausencia de una definición legal del término “participar”, se ha acudido a su significado en el lenguaje común, el cual indica que el término designa la acción de “Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos”¹⁰. Esta noción es acorde con el derecho societario, en el cual se indica que la participación recae sobre las utilidades de la sociedad, en algunos casos en proporción a las acciones –en las sociedades por acciones– o de acuerdo con la industria o trabajo personal del socio –como sucede usualmente en las sociedades de personas–. Así lo señalan, entre otros, los artículos 130, 137, 138, 141, 150, 380 y 462 del Código de Comercio.

Esta interpretación se encuentra hoy reflejada en el desarrollo reglamentario de los factores de desempate producido por el Decreto 1860 de 2021, de cuyo texto surge con claridad que la participación mayoritaria a la que se refiere el factor de desempate en estudio tiene que ver con la distribución de acciones, utilidades o cuotas partes de la sociedad que funge como proponente singular o integrante de uno plural. Así se desprende del texto del inciso tercero del precitado numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, que al establecer el medio de acreditación de este factor de desempate para las personas jurídicas, indica que el respectivo representante legal o revisor fiscal, deberá presentar “[...] un certificado, mediante el cual acredita, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar [...]”.

De acuerdo con esto, la manera en la que se ha reglamentado el numeral 2 del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, permite concluir que, las personas jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de este criterio de desempate son aquellas en las que más del cincuenta por ciento (50%) de la composición accionaria o cuota parte se encuentre en cabeza de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esta circunstancia, de

¹⁰ El Diccionario de la Lengua Española. Consultado en: <https://dle.rae.es/participar>.

FORMATO PQRS

conformidad con el inciso tercero del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17, debe demostrarse mediante certificación emitida por el representante o revisor fiscal, según corresponda, bajo la gravedad de juramento, a la que además deberán acreditarse documentos mediante los que se demuestren las condiciones de jefatura de familia o víctima de violencia intrafamiliar, respecto de las mujeres titulares de la participación de la sociedad, de acuerdo con los incisos primero y segundo del numeral 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.17 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 1860 de 2021.

Finalmente, si en la causal del artículo 35.2 de la Ley de Emprendimiento –reglamentada por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021– tanto la persona jurídica como el proponente plural cumplen los criterios explicados *ut supra*, debe acudirse al mandato de aplicación sucesiva y excluyente establecido en la Ley 2069 de 2020. Al no existir una prelación legal de uno sobre otro, se aplicarán los demás criterios de desempate. Si éste persiste con todas las otras causales, se aplicará en método aleatorio establecido previamente en el pliego de condiciones, invitación o documento que haga sus veces.

Esto comoquiera que, una de las implicaciones del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es que la acreditación de cada criterio de desempate deba estudiarse de manera separada, lo que supone que, ante una situación de empate, una entidad debe proceder por acudir al primer criterio de desempate, y de persistir al empate, ya sea porque ambos oferentes acrediten el primer factor, o porque ninguno lo cumple, proceder a aplicar el segundo, y así sucesivamente hasta que se determine la oferta ganadora. En medio de esto, la aplicación excluyente supone que la acreditación de un factor de desempate por parte de determinado oferente, se evalúe de manera separada, independiente de lo acreditado para los otros factores.

ii) Respecto del segundo problema jurídico planteado, esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, son subsanables i) la falta de entrega o ii) los defectos de los requisitos habilitantes. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

FORMATO PQRS

Sobre este aspecto, debe resaltarse que la posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de expedirse la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran “*necesarios para la comparación de propuestas*”. De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas, y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

FORMATO PQRSD

El artículo 25.15 debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7¹¹, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8¹², que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta. A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el párrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente: “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 podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje. A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no. Si

¹¹ Ley 80 de 1993, art. 30.7: “De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.

¹² Ley 80 de 1993, art. 30.8: “Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

FORMATO PQRS

al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: “*en cualquier momento, hasta la adjudicación*”. El Consejo de Estado, con particular *sindéresis*, concluyó que a partir del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

“Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente”¹³.

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se había precisado que, si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos: “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

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804).

FORMATO PQRS

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”.

La Ley 1882 de 2018: a) 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; b) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, c) introduce modificaciones en relación con tres (3) aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización¹⁴.

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados; pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que

¹⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 5, párrafo 4º: “En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

FORMATO PQRS

la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: “PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: “los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacer de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

“[...] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ‘las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones’, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente”¹⁵.

Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que se debe interpretar la expresión “circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

FORMATO PQRS

del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada¹⁶.

Analizada la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como “condiciones habilitantes”, ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

De considerarse “condiciones habilitantes”, se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

De esta manera, los factores de desempate afectan la “asignación de puntaje” en los términos del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que influyen en la “comparación de las propuestas”. En

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

FORMATO PQRS

efecto, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente¹⁷. Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate de los numerales 1 y 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

Dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e íntegra, antes del cierre del proceso de selección.

En contraste, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 2 de agosto de 2024, rad. 70597, con ponencia del Consejero Fredy Ibarra Martínez, considera que los factores de desempate son subsanables, pues los equipara con los criterios habilitantes al no otorgar puntaje. Sin embargo, esta decisión no fue unánime, pues el Consejero Martín Bermúdez Muñoz –en línea con lo explicado *ut supra*– estima que “[...] los criterios de desempate no pueden ser subsanados porque son determinantes para la evaluación de la oferta”; razón por la cual, “[...] permitir subsanar criterios de desempate, en realidad, permite mejorar la oferta presentada. Es evidente que los criterios de desempate reflejan cualidades adicionales que justifican la preferencia de una oferta sobre otra que tenga el mismo puntaje”.

¹⁷ El primer inciso del artículo 2º de la Ley 816 de 2003 dispone lo siguiente: “Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales”. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que “En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal [...]”.

FORMATO PQRS

Pese al criterio mayoritario de la Sala, vale la pena considerar que la decisión adoptada el 2 de agosto de 2024 no se encuentra unificada en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no surge el deber de aplicación uniforme de que trata el artículo 10 *ibidem*¹⁸. En este contexto, la Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene efectos de cosa juzgada en el proceso en que se expidió, sin que esta pauta interpretativa sea vinculante para las demás entidades estatales.

Ello es congruente con el artículo 17 del Código Civil, ya que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”¹⁹. Por tanto, en ausencia de unificación jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el criterio de la Subsección B sobre la subsanabilidad de los factores de desempate no es obligatorio en los demás procesos de selección.

iii) Por último, respecto del tercer problema jurídico planteado, debe indicarse en primera medida que la mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la entidad estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento – 10%– de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por la Ley 1450, modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 –que adicionó el numeral 5º al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– y posteriormente por la Ley 2069 de 2020, estableciendo que el factor determinante para llevar a

¹⁸ El artículo 270 del CPACA dispone que “Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”. El concepto es relevante para la aplicación del artículo 10 *ibidem*, el cual prescribe que “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas” (Énfasis fuera de texto)

¹⁹ Como explica la doctrina, “La eficacia vinculante que la decisión del juez despliega como cosa juzgada respecto del caso decidido, se considera conceptualmente distinta de la autoridad que el criterio de decisión en ella adoptada (la llamada *ratio decidendi*) pueda desplegar sobre la convicción de los juicios futuros que vengan llamados a decidir casos semejantes. La autoridad de la decisión precedente en este segundo aspecto no se impone al futuro juez como un precepto jurídico a observar, sino que hace referencia únicamente a la inteligencia y al sentido crítico del que ha de decidir, llamándolo a apreciar el criterio de decisión adoptado en cuanto a su valor interpretativo, o sea a reconocer si éste responde a las exigencias del caso decisivo y al esquema de coherencia del *ius conditum*, es decir, si representa en suma una interpretación exacta de las normas jurídicas en discusión [...]” (BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y los actos jurídicos. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 264).

FORMATO PQRS

cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, “independientemente de su objeto”²⁰.

Dicho de otro modo, la mínima cuantía es un procedimiento de selección “especial”²¹, porque es una excepción a la regla general constituida por la licitación pública. Aunque ambas modalidades implican un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la entidad estatal interesada en contratar, la mínima cuantía es distinta de la licitación en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento: lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica²², y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son especiales.

Por su parte, el 31 de diciembre de 2020 fue expedida la Ley 2069 de 2020 –conocida como Ley de Emprendimiento–, cuyo artículo 30 modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula la mínima cuantía. Esta norma dispuso aspectos del procedimiento como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato.

Adicionalmente, se expidió el Decreto 1860 del 24 de diciembre 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 de 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”. Entre los aspectos reglamentados por el decreto indicado se encuentra el procedimiento de mínima cuantía. De esta manera, el artículo 2 modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015,

²⁰ Esto lo ratifica el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015.

²¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463.

²² La contratación de mínima cuantía es aquella que no excede el 10% de la menor cuantía, o sea, que no supera el 10% de los topes definidos en el artículo 2, numeral b) de la Ley 1150 de 2007, que dispone: “Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

“Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales”.

FORMATO PQRS

que se titula mínima cuantía, por lo que reglamenta esta modalidad de selección con fundamento en lo establecido en el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva Subsección 5 a que se hizo referencia contiene los siguientes artículos: i) 2.2.1.2.1.5.1. que se ocupa de desarrollar el contenido de los estudios previos para la contratación de mínima cuantía²³. ii) 2.2.1.2.1.5.2. que contiene el procedimiento general de la mínima cuantía, señalando el contenido mínimo de la "invitación" y las distintas etapas y reglas que estructuran esta modalidad de selección, incluyendo la forma en que procederán las convocatorias limitadas a MiPymes, de acuerdo con el mandato del párrafo 1 del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020²⁴. iii) 2.2.1.2.1.5.3. que regula un procedimiento especial para las adquisiciones en grandes almacenes cuando se trate de mínima cuantía. iv) 2.2.1.2.1.5.4. el cual establece la posibilidad de que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente cree y establezca las reglas para la utilización de Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con MiPymes y con grandes almacenes. Y v) 2.2.1.2.1.5.5. el cual establece que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición de "grandes almacenes".

De esta manera, el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, que modifica los artículos del Decreto 1082 de 2015 expuestos en el párrafo anterior, constituye la reglamentación del artículo 30 de la Ley 2069 de 2020, al desarrollar las reglas aplicables a esta modalidad de selección.

Ahora bien, vistas las anteriores vicisitudes normativas que rodean la modalidad de selección de mínima cuantía, y con fundamento en los artículos 2.2.1.2.1.5.1. al 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 modificados, como se

²³ Este artículo fue modificado por el artículo 5 del Decreto 142 de 2023 en los siguientes términos: "Artículo 2.2.1.2.1.5.1. Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener, como mínimo, lo siguiente:

1. La descripción de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible, o de lo contrario con el tercer nivel.

3. Las condiciones técnicas exigidas.

4. El valor estimado del contrato y su justificación.

5. El plazo de ejecución del contrato.

6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

Parágrafo. Dentro de las condiciones técnicas exigidas se podrán incluir aspectos ambientales y sociales en los términos establecidos en el párrafo del artículo 2.2.1.1.2.2.2. del presente Decreto."

²⁴ PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

FORMATO PQRS

ha venido exponiendo, por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, resulta imperante sintetizar los requisitos en el procedimiento de esta modalidad de selección de la siguiente forma:

i) La entidad estatal debe hacer los estudios previos en los que señale cuál es la necesidad que pretende satisfacer, el objeto del contrato, sus condiciones técnicas, el valor estimado, el plazo de ejecución y el certificado de disponibilidad presupuestal.

ii) Luego de los trámites previos, la entidad debe publicar en el SECOP una invitación, señalando el objeto, las condiciones técnicas y el valor estimado del contrato, expresando además las razones que justifican el cálculo de la cuantía. Asimismo, puede exigir o no una capacidad financiera mínima. Igualmente, esta Agencia ha recomendado "incluir en la invitación el cronograma, el plazo o condiciones de pago a cargo de la Entidad Estatal, la indicación del requerimiento de garantías (cuya exigencia es discrecional de la Entidad Estatal) y los demás aspectos que considere necesarios para la satisfacción de la necesidad"²⁵.

iii) La invitación se debe publicar por un término no inferior a un (1) día hábil.

iv) Las observaciones que presenten los interesados a la invitación deben responderse a más tardar antes del vencimiento del término para presentar las ofertas.

v) Presentadas las propuestas, la entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la del menor precio cumpla los requisitos de participación. Si no los satisface debe revisar la oferta económica inmediatamente inferior, y así sucesivamente. Esto significa que en la mínima cuantía el precio es el único factor de calificación²⁶.

vi) El informe de evaluación se debe publicar por lo menos un (1) día hábil.

²⁵ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía En: [manual de la modalidad de seleccion de minima cuantia.pdf](#)

²⁶ Como lo indica la doctrina, en la mínima cuantía "El precio es el factor de selección del proponente. Es decir, la entidad estatal debe adjudicar el proceso de contratación al oferente que cumpla con todas las condiciones exigidas por la entidad estatal en los documentos del proceso (estudios previos e invitación a participar), y que ofrezca el menor valor. No hay lugar a puntajes para evaluar las ofertas sobre las características del objeto a contratar, su calidad o condiciones" (DÁVILA, Op.cit., p. 515).

FORMATO PQRS

vii) El contrato se perfecciona con la comunicación de aceptación de la oferta que envía la entidad estatal al proponente que presentó la oferta económica de menor precio, no requiriéndose, entonces, la suscripción de una minuta. En la comunicación de aceptación de la oferta la entidad estatal le debe informar al proponente ganador quién será el supervisor del contrato.

viii) En caso de empate deberá aplicarse los criterios de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 – modificado por el decreto 1860 de 2021.

En atención a lo señalado, y con base en lo dispuesto en el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2011, así como en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, la selección del contratista en el procedimiento de mínima cuantía deberá recaer en la oferta que presente el menor precio y que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación, siendo este –el menor precio– el único factor de escogencia permitido en este tipo de contratación.

Sobre el precio, es pertinente que se señale se trata de uno de los elementos más comunes en los contratos estatales, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión, por mencionar algunos ejemplos²⁷. No hay, pues, una sola

²⁷ “La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa

FORMATO PQRS

metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal.

Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos – en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Pues bien, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los *costos directos* –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los *costos indirectos* –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los *costos directos* se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los *costos indirectos* se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–.

Así pues, el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual– no es un aspecto regulado en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado: “La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con

conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los costos directos y los costos indirectos. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los ítems que componen el contrato–. Los costos indirectos aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada” (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64).

FORMATO PQRS

estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, [...]”²⁸.

De este modo, los precios unitarios, como metodología de pacto del precio que proviene de la costumbre mercantil, se pueden utilizar en principio en cualquier tipología contractual, aunque lo más común es que se use en los contratos de tracto sucesivo, especialmente en los que se distinguen los precios unitarios, independientemente de la modalidad de contratación que se emplee. La determinación de este sistema de estipulación del valor debe ser el resultado de los estudios previos, y especialmente del análisis del sector. Solo a partir de tales estudios la entidad estatal podrá concluir si es oportuno y conveniente establecer que el precio del contrato y, por tanto, la propuesta del oferente se deberá establecer distinguiendo los costos directos respecto de los costos indirectos.

En este contexto, en el marco de los procesos de contratación por mínima cuantía, las entidades gozan de autonomía para establecer la metodología que consideren más adecuada para determinar el precio o valor del contrato, siempre que esta se sustente en los estudios previos y en el análisis del sector, atendiendo a las particularidades del objeto a contratar, su naturaleza, las obligaciones y los demás aspectos de la contratación. Debido que en la mínima cuantía el único factor de escogencia es el menor precio, la metodología escogida por la entidad para definir el precio tiene una incidencia directa en la selección del contratista.

En consecuencia, la forma en que se estructure el valor del contrato determina directamente la manera en que serán evaluadas las ofertas económicas, lo que implica que no existe una única metodología para dicha evaluación. Si bien el menor precio es el único factor de selección permitido en la mínima cuantía, la manera en que este se analiza puede variar según el esquema adoptado por la entidad. Por ejemplo, si se opta por un precio global para el bien, obra o servicio a contratar, la evaluación se realizará en relación con el menor valor global ofertado. En cambio, si se establecen precios unitarios como base para determinar el valor del contrato, la entidad podrá definir que la selección se realice con base en la sumatoria total de dichos precios unitarios ofrecidos, lo que impone una revisión de cada precio unitario para determinar la

²⁸ MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65.

FORMATO PQRS

oferta de menor valor. Alternativamente, la entidad podría adoptar un mecanismo basado en un porcentaje de descuento aplicado sobre precios unitarios previamente definidos, siempre que esta metodología conduzca a la selección de la propuesta de menor valor y que el mayor porcentaje de descuento refleje un menor precio final.

Al respecto, la Guía sobre el Uso del Secop II – Modalidades de Contratación: Mínima cuantía, en el numeral 3 referente a la edición en los procesos de contratación señala que “Si el proceso de contratación está determinado por el presupuesto oficial, y la oferta económica es por precios unitarios o porcentajes de descuento (procesos por bolsa o a monto agotable), la Entidad Estatal puede solicitar la información de la oferta económica configurando una única pregunta tipo “Lista de precios” por el valor total a adjudicar, especificando si los proveedores deben diligenciar un formato adicional”²⁹. Como se evidencia, la posibilidad de establecer una metodología de evaluación de la oferta económica basada en porcentaje de descuento, también se encuentra validada en la plataforma del Secop II en caso de que la entidad determine el uso de esta.

En cualquier caso, lo fundamental es que la entidad, en ejercicio de su autonomía, defina de forma clara y justificada con base en el análisis del sector la metodología a aplicar, asegurando que esta se alinee con el principio de selección objetiva y permita comparar efectivamente las ofertas con base en el menor precio, tal como lo exige la normativa aplicable a al proceso de mínima cuantía.

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

²⁹ Disponible en: https://operaciones.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-20quiasecopii_eemcminimacuantia20-04-2022_0.pdf

FORMATO PQRSD

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos 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. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Ley 1882 de 2018. Artículo 5.
- Ley 1437 de 2011. Artículo 270.
- Ley 1474 de 2011. Artículo 94.
- Decreto 1082 de 2015. Artículos: 2.2.1.1.2.1.3, 2.2.1.2.4.2.6, 2.2.1.2.4.2.17, 2.2.1.2.1.5.1, 2.2.1.2.1.5.2, 2.2.1.2.1.5.3, 2.2.1.2.1.5.4, 2.2.1.2.1.5.5
- Decreto 1860 de 2021. Artículo: 2.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 18.059. M.P. Alíer Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Expediente: 31.918. C.P: Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804).
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20

FORMATO PQRS

de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

- Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. M.P: Mauricio González Cuervo.
- Corte Consitutcional. Sentencia T-003 de 2018. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.
- OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Ed. 1ª. Diké, 2020. p. 383.
- BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y los actos jurídicos. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 264.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463.
- MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64.
- Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación en [cce_manual_manejo_incentivos.pdf](#)
- Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía En: [manual de la modalidad de seleccion de minima cuantia.pdf](#)

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre los factores de desempate en los Conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020, C-556 del 31 de agosto de 2020, C-031 del 26 de marzo de 2024. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-026 del 4 de febrero de 2021, C-C-136 del 07 de abril de 2021, C-138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 del 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C-198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de

FORMATO PQRS

2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-422 del 18 de agosto de 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 el 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-295 del 9 de mayo de 2022, C-734 del 28 de noviembre de 2024, C-846 del 23 de diciembre de 2024, C- 239 del 3 de abril de 2025, C-528 del 11 de junio de 2025, entre otros.

Sobre la regla de subsanabilidad, esta Subdirección se ha pronunciado en los Conceptos C-218 del 2 de abril de 2020, C-229 del 16 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-396 del 16 de julio de 2020, C-410 del 26 de junio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-548 del 21 de agosto de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-634 del 21 de octubre de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-802 del 1º de febrero de 2021, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-083 del 18 de marzo de 2021, C-090 del 23 de marzo de 2021, C-152 del 12 de abril de 2021, C-207 del 10 de mayo de 2021, C-217 del 14 de mayo de 2021, C-250 del 2 de junio de 2021, C-311 del 10 de junio de 2021, C-409 del 13 de agosto de 2021, C-424 del 27 de septiembre de 2021, C-477 del 6 de septiembre de 2021, C-485 del 13 de octubre de 2021, C-498 del 14 de septiembre de 2021, C-501 del 16 de agosto de 2021, C-521 del 24 de septiembre de 2021, C-565 del 11 de octubre de 2021, C-691 del 28 de diciembre de 2021, C-716 del 23 de enero de 2022, C-728 del 26 de enero de 2022, C-753 del 6 de febrero de 2022, C-114 del 22 de marzo de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-162 del 5 de abril de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-343 del 31 de mayo de 2022, C-381 del 15 de julio de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-434 del 8 de julio de 2022, C-542 del 23 de agosto de 2022, C-595 del 9 de septiembre de 2022, C-772 del 28 de noviembre de 2022, C-793 del 21 de noviembre de 2022, C-923 del 27 de diciembre de 2022, C-965 del 27 de enero de 2023, C-058 del 10 de mayo de 2023, C-082 del 19 de abril de 2023, C-216 del 6 de junio de 2023, C-304 del 4 de julio de 2023, C-734 del 28 de noviembre de 2024, C-051 del 21 de febrero de 2025, C- 560 del 15 de mayo de 2025, entre otros.

Por último, respecto de la modalidad de selección de mínima cuantía, la Subdirección de Gestión Contractual se ha pronunciado en los conceptos con radicado No. 2201913000006236 de 26 de agosto de 2019, C-108 del 3 de

FORMATO PQRS

marzo de 2020, C-121 del 3 de marzo de 2020, C-122 del 25 de marzo de 2020 y C-160 del 3 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-734 del 16 de diciembre de 2020, C-416 del 13 de mayo de 2025, C-579 del 24 de junio de 2025, entre otros. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/normativa-y-relatoria/conoce-la-relatoria>

Aprovechamos la oportunidad para manifestar la entera disposición de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para atender las peticiones o solicitudes, así como para brindar el apoyo que se requiera en el marco de nuestras funciones a través de nuestros diferentes canales de atención:

- ✚ Línea nacional gratuita o servicio a la ciudadanía: 01800 0520808
- ✚ Línea en Bogotá (Mesa de servicio): +57 601 7456788
- ✚ Línea de servicio y atención al ciudadano: +57 601 7956600
- ✚ Página web: www.colombiacompra.gov.co

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

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/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 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,



FORMATO PQRS

Original firmado
Carolina Quintero Gacharna

Carolina Quintero Gacharna
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Esperanza Contreras P
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Lucía Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Negocios
Aprobó: Carolina Quintero Gacharna
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE