



SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al indicar que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto

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

FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites

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 las 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 selección.

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 población. Más aún, 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 1993.

LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto a partir de «[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación.

FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 define un nuevo marco jurídico en relación con los criterios de desempate previstos en los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, los procesos de contratación efectuados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los procesos de contratación adelantados por patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. [...]

FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021

Si bien esta norma es de aplicación directa, como se mencionó en los párrafos anteriores, no establece la forma de acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de sus numerales, por lo que se consideró necesario la intervención del reglamento para la debida aplicación de los factores de desempate, de manera que se estandarizara la forma en que se acreditan los mismos. En consecuencia, conforme la potestad reglamentaria asignada al gobierno nacional, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, mediante el cual se adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17. al Decreto 1082 de 2015, reglamentó el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y determinó la forma en la cual se deben acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de los numerales del citado artículo. De esta forma, a través del artículo en mención se permite la debida aplicación de los factores de desempate previstos y se garantiza la selección objetiva de los contratistas. Esta regulación impide que la forma de acreditación de los factores de desempate dependa de la discrecionalidad administrativa, por lo que pretende una regulación uniforme de la materia conforme al alcance de cada una de las causales contenidas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2021.



FACTORES DE DESEMPATE – Mínima cuantía – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 — Aplicación – Puntaje

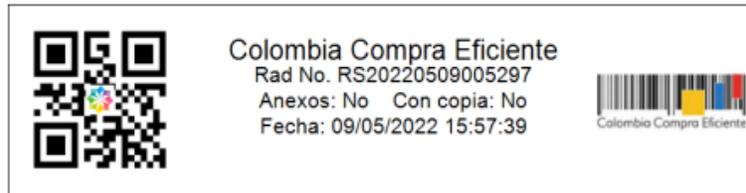
En ese sentido, la Agencia ha estimado que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes actores del sistema de compras públicas, quienes –indistintamente del régimen de contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma, lo cual aplica a los procedimientos de subasta inversa y de mínima cuantía.

El hecho de que en este procedimiento la determinación de la oferta más favorable no esté mediada por el uso de «puntaje» y que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 sea aplicable en «[...] caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas [...]», no significa la inaplicación de dicha norma. Esto dado que una interpretación exegética del artículo 35, según la cual este solo es aplicable en los procedimientos en los que se use el «puntaje» como mecanismo de evaluación, no corresponde con la finalidad transversal de la norma, puesto que los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento están concebidos para «[...] 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 [...]».

Por lo anterior, se considera que el alcance de la expresión *puntaje total*, contenida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, debe interpretarse sistemáticamente, propiciando una aplicación normativa coherente con otras disposiciones del sistema de compra pública y que satisfaga la finalidad transversal de la norma. Con este propósito, es necesario acudir al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula el deber de selección objetiva, conforme al cual debe determinarse cuál es la oferta más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

FACTORES DE DESEMPATE – Mínima cuantía – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Factores de desempate – Aplicación – Decreto 1860 de 2021

Sumado a los argumentos antes expuestos, se debe tener en cuenta que el Decreto 1860 de 2021, mediante el cual se reglamentó la Ley 2069 de 2020, dispuso de forma expresa la aplicación de los factores de desempate dispuesto en el artículo 35 a los procedimientos de mínima cuantía. Así las cosas, el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, regula el procedimiento aplicable para la modalidad de mínima cuantía y dispone, en su numeral 8, un factor de desempate aplicable a este procedimiento, al indicar que en caso de empate se aplicaran los criterios de que trata el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme lo medios de acreditación dispuestos en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del mismo Decreto.



Bogotá D.C., 9 de mayo de 2022

Señor
Nicolay David Orlando Romanovsky Camacho
Bogotá D.C.

Concepto C – 295 de 2022

Temas: SELECCIÓN OBJETIVA – Contratación estatal – Concepto / EMPATE – Procedimiento de selección – Concepto / FACTORES DE DESEMPATE – Características – Límites / LEY DE EMPRENDIMIENTO – Ley 2069 de 2020 – Contenido / FACTORES DE DESEMPATE – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 / FACTORES DE DESEMPATE – Decreto 1860 de 2021 / FACTORES DE DESEMPATE – Mínima cuantía – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 — Aplicación – Puntaje / FACTORES DE DESEMPATE – Mínima cuantía – Ley 2069 de 2020 – Artículo 35 – Factores de desempate – Aplicación – Decreto 1860 de 2021

Radicación: Respuesta a consulta # P20220329003142

Estimado señor Romanovsky:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 29 de marzo de 2022.

1. Problema planteado

En relación a la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en procesos de selección adelantados en la modalidad de mínima cuantía, usted realiza la siguiente consulta:

«Acudo a esa Agencia Nacional para consultar sobre el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que dice "ARTÍCULO 35. FACTORES DE DESEMPATE. 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. "

Teniendo que la norma indica "empate en el puntaje total", solicito si en criterio de esa Entidad, el artículo en comento rige para procesos de mínima cuantía»

2. Consideraciones

Para responder sus interrogantes, se analizarán los siguientes temas: i) definición de los criterios de desempate en la contratación estatal, ii) ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020, iii) los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación en el Decreto 1860 de 2021 y iv) la aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procedimientos de mínima cuantía.

Es importante destacar que esta Agencia ha estudiado, en términos generales, los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, 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 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: 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 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 y C-586 del 14 de octubre de 2021, entre otros¹. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

¹ La Agencia también se ha pronunciado sobre los factores de desempate introducidos por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-009 del 04 de febrero de 2021, C-012 del 04 de



2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al indicar que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

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

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 las que se encuentra el artículo

febrero de 2021, C-013 del 04 de febrero de 2021, C-015 del 04 de febrero de 2021, C-016 del 04 de febrero de 2021, C-026 del 04 de febrero de 2021, C-006 del 05 de febrero de 2021, C-043 del 09 de febrero de 2021, C-005 del 16 de febrero de 2021, C-007 del 16 de febrero de 2021, C-098 del 23 de febrero de 2021, C-028 de 23 de febrero de 2021, C-081 del 23 de febrero de 2021, C-087 del 23 de febrero de 2021, C-037 del 26 de febrero de 2021, C-035 del 02 de marzo de 2021, C-040 del 02 de marzo de 2021, C-044 del 03 de marzo de 2021, C-056 del 08 de marzo de 2021, C-061 del 10 de marzo de 2021, C-055 del 10 de marzo de 2021, C-058 del 11 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021 y C-102 del 25 de marzo de 2020.

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 selección².

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 población³. Más aún, 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 1993⁴.

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 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».

2.2. Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2069 de 2020

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad». Esto a partir de «[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. 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 1.519 del Código Civil.

Mipymes—, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas⁵, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁶. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁷, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos sectores de la economía⁸ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁹.

La Ley 2069 de 2020 guarda congruencia con el «Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad» del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pues busca impulsar el nacimiento de nuevas empresas que incentiven la generación de empleo en el país. En tal sentido, su finalidad principal es generar la reactivación de la economía y fomentar la actividad emprendedora, por ello tiene como uno de sus propósitos propiciar un entorno para ayudar al crecimiento, consolidación y sostenibilidad de esas iniciativas, generando mayor desarrollo social, creación de las empresas y mejoras tanto en la productividad como en la competitividad. De esta manera, la Ley en comento también concreta la «Política de formalización empresarial» del Documento CONPES 3956 del 8 de enero de 2019¹⁰.

De esta manera, la Ley impulsa medidas para: i) reducir cargas y trámites para los emprendedores del país, ii) facilitar su acceso al sistema de compras y contratación pública, iii) incentivar el crecimiento económico con la llegada de más actores al ecosistema de inversión y financiación, iv) focalizar esfuerzos, optimizar la gestión de recursos e incentivar una visión integral del desarrollo productivo a través del fortalecimiento institucional, v) facilitar la apropiación del emprendimiento y la cultura emprendedora en la juventud

⁵ Artículos 2 al 29.

⁶ Artículos 30 al 36.

⁷ Artículos 37 al 45.

⁸ Artículos 46 al 73.

⁹ Artículos 74 al 83.

¹⁰ Esta política se justifica en la medida que: «Cuando una empresa decide ser formal se generan beneficios para la sociedad más allá de los que la empresa recibe (externalidades positivas). Estos beneficios [...] incluyen la inserción de más trabajadores al sistema de aseguramiento social, un mayor cumplimiento de las normas sectoriales que buscan proteger la salud de los consumidores y mayores ingresos tributarios para la inversión pública. De igual manera, cuando una empresa decide ser informal, su decisión genera costos para la sociedad más allá de los asumidos por la empresa (externalidades negativas). Algunos de estos son competencia desleal con empresas formales, ya que estas últimas asumen costos adicionales (por ejemplo, pago de registros, seguridad social e impuestos), y el aumento de la corrupción porque, en ocasiones, la manera en que empresas informales evaden el control de los requisitos de formalidad es vía pagos ilegales» (Cfr. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento 3956 del 8 de enero de 2019: «Política de formalización empresarial». Archivo consultado el 8 de febrero de 2021 en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3956.pdf>).



colombiana, así como vi) otorgar beneficios para emprendedores, especialmente, estableciendo un enfoque diferencial respecto a los miembros de las poblaciones más vulnerables, que les permita avanzar en su actividad y desarrollar sus iniciativas¹¹.

Además, parte de la Ley 2069 de 2020 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las Mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para Mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las Mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación.

2.3. Los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y su reglamentación en el Decreto 1860 de 2021

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 define un nuevo marco jurídico en relación con los criterios de desempate previstos en los procesos de contratación realizados con cargo a recursos públicos, los procesos de contratación efectuados por las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los procesos de contratación adelantados por patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales. En consideración a que en la consulta se le solicita a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente que efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre la aplicación de dicho artículo a los procedimientos de mínima cuantía, la Agencia se pronunciará sobre el alcance que otorga a tales disposiciones, sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el parágrafo 3 dispone que el gobierno nacional podrá regular los supuestos en que concurren dos o más factores de desempate, se considera que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requería de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha ley.

¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.



Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el párrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de Mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «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». En un sentido similar, el párrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. [...]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el párrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[...] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[...] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el párrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho párrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el párrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

Si bien esta norma es de aplicación directa, como se mencionó en los párrafos anteriores, no establece la forma de acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de sus numerales, por lo que se consideró necesario la intervención del reglamento para la debida aplicación de los factores de desempate, de manera que se estandarizara la

forma en que se acreditan los mismos. En consecuencia, conforme la potestad reglamentaria asignada al gobierno nacional, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021, mediante el cual se adicionó el artículo 2.2.1.2.4.2.17. al Decreto 1082 de 2015, reglamentó el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y determinó la forma en la cual se deben acreditar las circunstancias a las que se refieren cada uno de los numerales del citado artículo. De esta forma, a través del artículo en mención se permite la debida aplicación de los factores de desempate previstos y se garantiza la selección objetiva de los contratistas. Esta regulación impide que la forma de acreditación de los factores de desempate dependa de la discrecionalidad administrativa, por lo que pretende una regulación uniforme de la materia conforme al alcance de cada una de las causales contenidas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2021.

El párrafo primero del artículo 2.2.1.2.4.2.17 reitera, en línea con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que la aplicación de los factores de desempate debe darse en armonía con los Acuerdos Comerciales vigentes suscritos por Colombia y señala que en el evento en que el empate se presente entre ofertas cubiertas por un Acuerdo Comercial se aplicarán los factores de desempate que sean compatibles con los mencionados Acuerdos. Además, indica que, si el empate se presenta con un proponente, bien o servicio extranjero cuyo país de origen no tiene Acuerdo Comercial con Colombia, ni trato nacional por reciprocidad o con ocasión de la normativa comunitaria, se dará aplicación a todos los criterios de desempate previstos en el Decreto.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo objeto de estudio consagra la obligación de las entidades estatales de garantizar el derecho a la reserva legal de toda la información que acredite el cumplimiento de los factores de desempate de: i) mujeres víctimas de violencia intrafamiliar; ii) las personas en proceso de reincorporación y/o reintegración y; iii) la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana. En consonancia con lo anterior, dispone que en la plataforma del SECOP no se publicará para el conocimiento de terceros la información relacionada con los factores de desempate de personas en procesos de reincorporación o reintegración o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o la población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rrom o gitana, puesto que su público conocimiento puede afectar el derecho a la intimidad de los oferentes o de sus trabajadores o socios o accionistas.

2.4. Aplicabilidad de los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2015 a los procedimientos de mínima cuantía

Lo explicado en los párrafos precedentes también aplica *mutatis mutandis* a los factores de desempate previstos en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para los procedimientos de mínima cuantía. En efecto, si bien el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley de Emprendimiento dispone que «La contratación a



que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación [...]», las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 aplican a los «[...] 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 [...]», sin distinguir entre modalidades de selección.

Como se precisó en el considerando anterior del presente concepto, los factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento no solo son aplicables a la contratación de las entidades regidas por el EGCAP, sino también a los procesos de selección de las entidades exceptuadas, a los que realicen los patrimonios autónomos constituidos por entidades estatales, y en general, en los procesos de selección realizados con cargo a recursos públicos. Debido a que la norma no distingue entre modalidades o procedimientos, los factores de desempate son aplicables en todos los procesos de selección que celebren los sujetos mencionados.

En ese sentido, la Agencia ha estimado que la aplicación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es transversal a los diferentes actores del sistema de compras públicas, quienes –indistintamente del régimen de contractual y el proceso de selección– deben aplicar los criterios de desempate de esta norma, lo cual aplica a los procedimientos de subasta inversa y de mínima cuantía.

El hecho de que en este procedimiento la determinación de la oferta más favorable no esté mediada por el uso de «puntaje» y que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 sea aplicable en «[...] caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas [...]», no significa la inaplicación de dicha norma. Esto dado que una interpretación exegética del artículo 35, según la cual este solo es aplicable en los procedimientos en los que se use el «puntaje» como mecanismo de evaluación, no corresponde con la finalidad transversal de la norma, puesto que los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento están concebidos para «[...] 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 [...]».

Por lo anterior, se considera que el alcance de la expresión *puntaje total*, contenida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, debe interpretarse sistemáticamente, propiciando una aplicación normativa coherente con otras disposiciones del sistema de compra pública y que satisfaga la finalidad transversal de la norma. Con este propósito, es necesario acudir al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual regula el deber de selección objetiva, conforme al cual debe determinarse cuál es la oferta más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el «[...] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca [...]»¹². Esta favorabilidad debe

¹² Ley 1150 de 2007: «Artículo 5°. De la selección objetiva. 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

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

»2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

»En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

»a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

»b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

»3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

»4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

»En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

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

»Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.



determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben indicarse en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los requisitos exigibles en la generalidad de procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –por expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior, teniendo en cuenta que no se refieren a la oferta misma, sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato¹³. Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser tenidas en cuenta en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y los fines de la contratación.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones. El numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes que permiten la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere a la elección de la oferta que represente la mejor relación costo – beneficio para la entidad.

»Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

»Parágrafo 3°. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

»Parágrafo 4°. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

»Parágrafo 5°. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares».

¹³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, Tercera edición, Legis Editores, 2016, Bogotá, pág. 355.



Por su parte, el numeral 3 establece que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral 4, referente a procedimientos para selección de consultores, señala que debe hacerse uso de factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

Conforme a lo anterior, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 alude a diferentes conceptos, como factores de escogencia, de calificación, técnicos y económicos de escogencia, de evaluación y calificación. Además, el artículo se refiere a unos factores que no otorgan puntaje y a otros que inciden en la comparación de ofertas. En línea con esto último, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como «[...] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que, en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad»¹⁴. Todas estas categorías designan los «[...] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas»¹⁵. Conforme a esto, la doctrina explica que:

De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que "la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos". Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual.

De nuevo, aquí es preciso señalar que es el pliego de condiciones el que debe determinar cuáles son esos factores que en cada caso concreto permiten hacer una comparación entre las ofertas presentadas y, con base en ello, determinar cuál es la más favorable para la Administración Pública.

¹⁴ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio F. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Primera edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2016, págs. 110-111.

¹⁵ EXPÓSITO VELEZ, Juan C., El deber de selección objetiva, en: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas, por COVILLA MARTINEZ Juan C. y LOZANO VILLEGAS Germán (Eds.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, págs. 118-184.

[...]

Una siguiente conclusión que se deriva de la norma parcialmente transcrita consiste en que los pliegos de condiciones deben determinar dos situaciones por separado: 1. cuáles serán los factores o requisitos que serán evaluados por la Administración y 2. cuáles son los criterios para asignar puntaje a cada uno de los factores de evaluación y, con base en ello, poder hacer la comparación entre las ofertas y concluir cuál de ellas es la más ventajosa para la entidad estatal¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, es posible asimilar las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que, por lo tanto, debe hacer adjudicatario a quien la presentó en debida forma. Es frente a estos factores que la entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, con el fin de determinar objetivamente la oferta más favorable, aplicando para ello las reglas establecidas en el pliego o documento equivalente para la ponderación de las ofertas.

En ese sentido, la asignación de puntaje es un mecanismo mediante el cual las entidades ponderan los factores de calificación —v.g. técnicos y económicos, de calidad y precio, etc.— en un determinado proceso de selección, como se desprende del literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que expresamente se alude al puntaje. Sin embargo, no es este el único mecanismo de ponderación que tienen a su alcance las entidades estatales para determinar el ofrecimiento más favorable, pues el propio literal b) del artículo 5.2 posibilita que el ofrecimiento más favorable se determine con un análisis de la relación costo-beneficio, evento en el que no habría necesidad de acudir a sistemas de asignación de puntaje. A estos se suman los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como los de mínima cuantía, en los que —según los artículos 5.3 y 2.5 de la Ley 1150 de 2007— el único factor de selección es el menor precio ofertado, por lo que no hay lugar a ponderación mediante puntajes.

Es necesario destacar, que las reglas para establecer la oferta más favorable conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran reglamentadas en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en los literales a) y b) del artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007, estableciendo unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Conforme a este artículo, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas, ii) las condiciones técnicas adicionales que representan

¹⁶ *Ibídem*.



ventajas de calidad o de funcionamiento, iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, y iv) el valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la entidad estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta «[...] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo [...]»¹⁷.

Así, el deber de selección objetiva está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, en todo caso, deben reflejarse en el pliego de condiciones o documento equivalente para el respectivo proceso de selección. Estas disposiciones establecen que en los procesos de selección deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que en consecuencia debe elegirse.

¹⁷ Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

»En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

»1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

»2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

»3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

»4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

»La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

»La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido».

En gracia de discusión, asumir que los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 únicamente son aplicables a los procesos de selección en los que se empleen sistemas de asignación de puntaje para determinar la oferta más favorable, conduciría a entender que estos no rigen en otros procedimientos de selección. Esto dado que no habría lugar a aplicar los referidos factores de desempate en procedimientos en los que no se comparen las ofertas usando puntajes, como es el caso de los procesos en los que ponderan condiciones técnicas y económicas mínimas y adicionales para escoger la oferta que represente la mejor relación costo beneficio, procedimientos en los que también es posible que se presenten empates.

Las entidades estatales tendrían a su alcance la posibilidad de determinar si aplica o no el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento, pues al elaborar los pliegos de condiciones están facultadas para prescindir de la asignación de puntaje, optando, por ejemplo, por alternativas en las que se valore la relación costo beneficio, lo que relevaría a la entidad de aplicar los factores de desempate. Esta consecuencia también se aprecia en el caso de las entidades exceptuadas, quienes, al no estar sujetas al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, tendrían la posibilidad de configurar procesos de selección en los que no se utilicen puntajes para escoger la oferta ganadora, inaplicando los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020.

Conforme a estas consideraciones, con el entendimiento literal de la expresión *puntaje total* contenida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 se restringiría el alcance y los efectos de la norma referida, al permitir que los destinatarios eludan su aplicación. Esto implicaría que la finalidad transversal del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 quedaría cercenada por su interpretación exegética, generando consecuencias absurdas como las descritas en el párrafo precedente.

Por eso, la Agencia no comparte la posición según la cual el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento solo es aplicable en caso de empate en el puntaje total entre dos o más ofertas. Por el contrario, debe interpretarse de manera sistemática con las demás disposiciones del EGCAP, particularmente, con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Conforme a esta interpretación, la expresión *empate en el puntaje total* apunta a las situaciones en la evaluación final de las ofertas, en las que, realizándose la comparación de acuerdo con los factores de calificación, evaluación o ponderación aplicables al respectivo procedimiento, se presenta un empate entre dos o más propuestas.

En ese entendido, con independencia de que la ponderación emplee puntajes, fórmulas, criterios de relación costo – beneficio o de que el único criterio de evaluación sea el menor precio, deben aplicarse los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 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.

Esta interpretación garantiza que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 cumpla la finalidad transversal con la que fue concebido, a diferencia de la interpretación literal del mismo, que restringiría en gran medida su ámbito de aplicación. En ese sentido, la interpretación sistemática está respaldada por la aplicación del principio hermenéutico del *efecto útil de las normas*¹⁸. Por tanto, los factores de desempate de la Ley de Emprendimiento aplican a todos los procesos de selección de las entidades estatales sin importar su régimen contractual, en los que se presente empate entre varias ofertas, una vez comparadas las mismas ponderando los factores de evaluación de acuerdo con las reglas establecidas en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Sumado a los argumentos antes expuestos, se debe tener en cuenta que el Decreto 1860 de 2021, mediante el cual se reglamentó la Ley 2069 de 2020, dispuso de forma expresa la aplicación de los factores de desempate dispuesto en el artículo 35 a los procedimientos de mínima cuantía. Así las cosas, el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, regula el procedimiento aplicable para la modalidad de mínima cuantía y dispone, en su numeral 8¹⁹, un factor de desempate aplicable a este procedimiento, al indicar que en caso de empate se aplicaran los criterios de que trata el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme lo medios de acreditación dispuestos en el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del mismo Decreto.

3. Respuesta

«Acudo a esa Agencia Nacional para consultar sobre el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que dice "ARTÍCULO 35. FACTORES DE DESEMPATE. 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. "

¹⁸ Según este principio, «[...] en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable [...]» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004. M.P. (E). Rodrigo Uprimny Yepes).

¹⁹ Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 1860 de 2021: «Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener, como mínimo, lo siguiente:

» [...] 8. En caso de empate, la Entidad Estatal aplicará los criterios de que trata el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, conforme a los medios de acreditación del artículo 2.2.1.2.4.2.17. del presente Decreto o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.»



Teniendo que la norma indica "empate en el puntaje total", solicito si en criterio de esa Entidad, el artículo en comento rige para procesos de mínima cuantía»

Mediante el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia», se modificó el régimen de los factores de desempate en la contratación estatal. Los criterios de desempate consagrados en el citado artículo son aplicables a los «[...] 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 [...]», independientemente de su régimen de contratación y sin distinguir entre modalidades de selección.

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula la institución de los factores de desempate en los procesos de contratación estatal de manera integral, sin hacer distinción entre las modalidades de selección. En consecuencia, por tratarse de una norma transversal al sistema de compras y contratación pública, el citado artículo es aplicable a los procedimientos de mínima cuantía, aun cuando en este procedimiento la determinación de la oferta más favorable no esté mediada por el uso de «puntaje». Lo anterior, dado que una interpretación exegética del artículo 35, según la cual este solo es aplicable en los procedimientos en los que se use el «puntaje» como mecanismo de evaluación, no corresponde con la finalidad transversal de la norma

Así las cosas, esta Agencia considera que el alcance de la expresión *puntaje total*, contenida en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, debe interpretarse sistemáticamente, propiciando una aplicación normativa coherente con otras disposiciones del sistema de compra pública y que satisfaga la finalidad transversal de la norma. Conforme a esta interpretación, la expresión *empate en el puntaje total* apunta a las situaciones en la evaluación final de las ofertas, en las que, realizándose la comparación de acuerdo con los factores de calificación, evaluación o ponderación aplicables al respectivo procedimiento, se presenta un empate entre dos o más propuestas. En ese entendido, con independencia de que la ponderación emplee puntajes, fórmulas, criterios de relación costo – beneficio o de que el único criterio de evaluación sea el menor precio, deben aplicarse los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 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.

Sumado a lo anterior, el numeral 8 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 1860 de 2021, realiza una remisión expresa

a los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para los procedimientos de mínima cuantía, con lo cual se reafirma la conclusión según la cual que el régimen de los factores de desempate consagrado en el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento es aplicable a la modalidad de mínima cuantía.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Diana Lucia Saavedra Castañeda
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE