

Bogotá, 21 Mayo 2021

Señor(a)
Ciudadano(a) Anónimo(a)
Ciudad

Radicación: Falta de competencia y solicitud de información de la consulta
No. P20210515004231

Estimado(a) ciudadano(a):

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su petición del 15 de mayo de 2021. De conformidad con la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»¹. Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública.

Su solicitud tiene como propósito que Colombia Compra Eficiente le brinde asesoría, emitiendo un concepto jurídico, en el que se establezca, en primer lugar, si la entidad puede determinar que el acto de adjudicación se obtuvo por medios ilegales cuando una vez adjudicado el contrato, la entidad solicita al adjudicatario las hojas de vida y soportes del personal vinculado al proyecto, y este no los presenta o los presenta en condiciones inferiores a las solicitadas en el pliego de condiciones. En segundo lugar, indicar si los factores de desempate estipulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 son de aplicación directa y derogan las disposiciones que le sean contrarias para los pliegos tipo de licitación de obra pública e interventoría de infraestructura de transporte. Por último, en cuanto a los procesos de contratación limitados a MiPymes, señalar si las entidades deben seguir aplicando lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, o aplicar de forma directa lo

¹ «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

»5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».



contenido en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, o suspender las limitaciones a MiPymes hasta que el Gobierno Nacional reglamente el artículo 35 en cuestión.

Infortunadamente no podemos responder su solicitud, pues no se refiere al alcance de alguna norma que rija la contratación de las entidades públicas sino a la resolución de una problemática particular y concreta.

En efecto, si bien la consulta se relaciona con los pliegos tipo adoptados por esta Agencia, usted no está solicitando que se absuelvan dudas sobre la interpretación y aplicación de los documentos tipo, mucho menos de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En realidad, procura una asesoría particular, cuyo propósito es determinar las actuaciones y/o decisiones que puede y/o debe tomar una entidad cuando se presentan situaciones como la descrita en la consulta. El pronunciamiento por parte de esta entidad sobre sus preguntas desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general en materia de contratación estatal. Revisada la consulta, se desprende que esta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete a esta entidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colombia Compra Eficiente no tiene, entre sus funciones, la de asesorar a los participantes del sistema de contratación pública para absolver inquietudes como la planteada en la consulta. Lo anterior, en consideración a que la Agencia Nacional de Contratación Pública no cuenta con la competencia para emitir conceptos con el propósito de resolver problemas propios de la actividad contractual. Pronunciarse, sobre la situación descrita en la solicitud, implicaría realizar un juicio de valor que condicionaría la actividad contractual de las entidades públicas, en contravía de las disposiciones que rigen la contratación estatal.

Es bueno señalar que, corresponde a las autoridades administrativas, como responsables de sus procesos de contratación, conforme al régimen jurídico de contratación que les resulta aplicable, adoptar las decisiones y adelantar las actuaciones que estimen pertinentes para el desarrollo de la actividad contractual a su cargo. En consecuencia, les corresponde determinar si el acto de adjudicación se obtuvo por medios ilegales o no, inclusive en situaciones como la descrita en su solicitud.

Esta entidad no puede involucrarse, directa o indirectamente, en la actividad contractual de las entidades estatales, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, particularmente lo estipulado en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

En virtud de esas disposiciones, se les concedió a las entidades públicas la capacidad jurídica para llevar a cabo su contratación, lo cual se traduce en que gozan de plena autonomía e independencia para gestionar la satisfacción de sus necesidades en ejecución de la actividad contractual.

Ahora bien, en relación con la «segunda» pregunta de la consulta, se advierte que efectivamente el nuevo marco regulatorio introducido por el artículo 35 de la Ley 2069 de



2020 –Ley de Emprendimiento–, relacionado con los factores de desempate, se encuentra vigente y goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación. En diversos conceptos la Subdirección de Gestión Contractual ha señalado que, el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 que regulaba los factores de desempate que debían aplicarse en los procesos de selección, debe entenderse derogado por el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. En primer lugar, porque el artículo 84 de esta Ley dice que «rige a partir del momento de su promulgación», es decir, desde el 31 de diciembre de 2020. En segundo lugar, porque la misma disposición señala que la Ley 2069 de 2020 deroga «[...] todas las disposiciones que le sean contrarias». En este sentido, se presenta una antinomia o contradicción normativa cuando dos o más disposiciones normativas regulan en sentido diferente un tema. Teniendo en cuenta esta consideración, como el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 regula en forma distinta a como lo hacía el artículo 2.2.1.1.2.2.9. del Decreto 1082 de 2015 la aplicación de los factores de desempate, este último debe entenderse derogado.

Con respecto a la «tercera» pregunta relacionada con la limitación de los procesos a Mipymes, –como lo ha indicado esta Agencia en los conceptos C-125 y C-175 de 2021– el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 subrogó el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que produjo el decaimiento de las disposiciones del Decreto 1082 de 2015 que aluden a las convocatorias limitadas a Mipymes –con fundamento en el artículo 91, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011–, por ser contrarias a los nuevos requisitos establecidos en el mencionado artículo 34. Este enunciado normativo contiene un nuevo mandato de reglamentación dirigido al Gobierno Nacional, para que este defina las condiciones y los montos para las nuevas exigencias establecidas en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020.

En este sentido, se entiende que, no es válido aducir que los apartados normativos del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 que, en su texto, no sean contrarios a la nueva regulación contenida en el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 pueden seguirse aplicando. Tal aseveración no es admisible, porque el artículo 34, reiteradamente, señala que el Gobierno Nacional debe definir las condiciones para la aplicación de las reglas recientemente expedidas, que permitan llevar a cabo las convocatorias limitadas a Mipymes, lo cual demuestra la voluntad legislativa de establecer la necesidad de una nueva reglamentación de dicha materia. En tal sentido, el Gobierno Nacional podría, mediante el decreto reglamentario que expida, definir nuevas condiciones y montos para las convocatorias limitadas a Mipymes. Por ende, mientras ello no suceda, las entidades estatales indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por estas y los particulares que ejecuten recursos públicos, no pueden adoptar convocatorias limitadas a Mipymes, pues al tenor del artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, la eficacia de esta norma quedó condicionada a la expedición del decreto reglamentario que fije las condiciones de su operatividad.

Por último, es necesario resaltar que, actualmente se encuentra en curso el Proyecto de la Resolución «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente». El mencionado Proyecto de Resolución modificará los factores de desempate de acuerdo al nuevo marco regulatorio que establece el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, así mismo, se realizarán ajustes a los literales 6.13 y 6.14 de la «Matriz 1 – Experiencia» y también, se actualizarán las definiciones contenidas en el «Anexo 3 – Glosario», para que concuerden con los conceptos relativos a la normativa vigente en el sector transporte. En este sentido, le recomendamos estar atento a nuestras redes sociales y a las versiones que se publicarán en la página web que se informa la versión actualizada en relación con cada documento tipo.

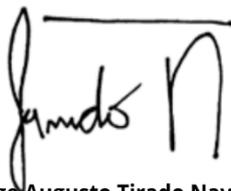


Debe destacarse que la competencia consultiva de esta entidad fue acotada de manera precisa por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011 y debe ser ejercida en los términos consagrados en esas disposiciones. En efecto, admitir que se puedan plantear dudas de todo tipo, implicaría actuar por fuera de la competencia asignada por el legislador, y se desnaturalizaría el objetivo institucional de servir de «guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública».

De otro lado, el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 señala que, si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará al interesado dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción, si obró por escrito, y remitirá la petición al competente con copia del oficio remitario al peticionario. En aquellos eventos que no exista funcionario competente así se le comunicará al solicitante. Por ello, teniendo en cuenta que en el país no existe alguna autoridad que tenga el deber de resolver su caso, le comunicamos que no es posible remitir la petición a otra institución.

Sin perjuicio de lo anterior, para su conocimiento y fines pertinentes, le remito copia de los conceptos C-125 y C-175 de 2021, en los cuales se menciona la derogatoria tácita del artículo 2.2.1.2.4.2.2 del Decreto 1082 de 2015 en virtud de la nueva regulación introducida por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020 –Ley de Emprendimiento–. Este y otros conceptos, de todos modos, pueden ser consultados en la relatoría de Colombia Compra Eficiente, disponible para consulta pública en el siguiente enlace: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Atentamente,



Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

Elaboró: Laura Alejandra Materón García
Analista T2-01 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Ximena Ríos López
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Anexos: Conceptos C-125, C-175 de 2021
.....

