

ORIENTACIONES SOBRE LOS CRITERIOS DE DESEMPATE

(Ley 2069 de 2020)

Con la expedición de la ley 2069 del 31 de diciembre del 2020 “Por medio del cual se impulsa el emprendimiento Colombia” se establecieron múltiples medidas en la búsqueda del fortalecimiento del desarrollo empresarial; dentro de estas medidas adoptadas por la normativa, el legislador en el capítulo III denominado compras públicas, modificó diferentes aspectos establecidos inicialmente en la ley 1150 de 2007, ley 590 de 2000, y decreto 1082 de 2015, entre otras.

Ante este escenario, una de las variaciones normativas más importantes en materia de contratación pública fue la derogación expresa de los criterios de desempate desarrollados por la ley 1150 de 2007 modificado por la ley 1450 de 2011 y adicionado a su vez por Ley 2040 de 2020, estableciendo así nuevos criterios a aplicar en caso de empate frente al puntaje entre diferentes propuestas presentadas dentro de un mismo proceso de contratación pública. Con relación a ellos, la respectiva norma determinó en el artículo 35 un total de doce (12) criterios de desempate aplicados de forma sucesiva hasta determinar el oferente seleccionado.

Conforme con lo anterior, adicionalmente el párrafo 3 del artículo 35 precisó “ El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos”, con ocasión a lo estipulado en Colombia compra eficiente en concepto No 026 del 2021 y en virtud de lo expuesto por la ley 2069 del 2021, concluyo que los factores de desempate establecidos en la citada norma eran exigibles desde la fecha de la promulgación de esta ley y por consiguiente debían ser aplicados a todos los procesos de selección que se inicien después del 31 de diciembre de 2020.

Por tal razón, Colombia compra a partir de la expedición de la citada norma y teniendo presente que esta no estableció la forma de acreditación de cada uno de los criterios, puntualizo que las entidades públicas eran las encargadas de analizar, estudiar y verificar si dentro del ordenamiento jurídico vigente existen normas que establezcan los documentos requeridos para la acreditación de cada una de las condiciones, caso contrario de no existir alguna disposición al respecto, las entidades estatales tendrían la libertad de establecer dentro de los pliegos de condiciones o en el documento equivalente a este, el tipo de documento que debe allegar el proponente para acreditar dichos criterios, sin embargo con el ánimo de orientar a las entidades públicas frente a la aplicación de los factores de desempate y su forma de acreditación en los procesos de contratación,

Colombia compra ha emitido diferentes conceptos al respecto como: C 009 del 2021, C 013 del 2021, C 015 de del 2021 y C 026 – 2021 entre otros.

En tal sentido, el presente documento tiene la finalidad de compilar todo lo anteriormente expuesto frente a los criterios de desempate precisando la forma de acreditación de cada uno de los criterios establecidos por la ley 2069 del 31 de diciembre del 2021, desarrollados de esta manera:

CRITERIOS DE DESEMPATE

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad aplicará los criterios definidos en el artículo 35 de la ley 2069 del 2020, las reglas se utilizan de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, de la siguiente manera:

1. Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.
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.

ACREDITACIÓN: De acuerdo con el artículo 2 de la ley 82 de 1993 modificado por la ley 1232 de 2008, la condición de ser mujer cabeza de familia se acredita con declaración ante notario¹. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 21 de la ley 1257 de 2008 la condición de mujer víctima de violencia intrafamiliar se acredita con la medida de protección expedida por la autoridad competente.²

Ahora bien, en el caso de que el proponente sea persona jurídica o proponente plural no basta con que uno de los integrantes tenga en su planta a mujeres que reúnan dicha condición, sino que se debe demonstrar la participación de acuerdo al aporte en dinero o trabajo de las mismas, por lo cual deberá adicional a lo anterior allegar el certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural en la que se evidencie la participación de sus miembros.

3

¹ https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=4640

² <https://www.rednacionaldemujeres.org/phocadownloadpap/ley%201257%20de%202008.pdf>

³ Pag 16 <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-015%20de%202021>

Nota: Entiéndase por la participación mayoritaria el aporte en dinero o trabajo de las personas dentro de la sociedad.

Nota: En virtud de lo dispuesto por Colombia compra eficiente, la presente acreditación debe respetar el habeas data y por consiguiente debe obedecer las disposiciones en materia de protección y manejo de datos sensibles .

3. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un proponente plural, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

ACREDITACIÓN: De acuerdo con el artículo 24 de la ley 361 de 1997, la acreditación de contar dentro de sus nóminas de por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad son certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona.⁴

4. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite la vinculación en mayor proporción de personas mayores que no sean beneficiarios de la pensión de vejez, familiar o de sobrevivencia y que hayan cumplido el requisito de edad de pensión establecido en la Ley.

ACREDITACIÓN: La acreditación de la vinculación de las personas con las condiciones anteriormente mencionada se acredita mediante la presentación de certificación suscrita bajo gravedad de juramento por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, en donde se establezca el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección⁵.

Nota: De acuerdo con el concepto C 026 – 2021 de Colombia compra, para este requisito existe libertad probatoria, sin embargo, el párrafo 4 del artículo 2 de la ley 2040 -2020 precisa dicha forma de acreditación.

⁴ https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3673_documento.pdf

⁵ https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=137231

Nota: Entiéndase por mayor proporción el número de personas vinculadas por el oferente.

5. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite, en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos diez por ciento (10%) de su nómina pertenece a población indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

ACREDITACIÓN: La acreditación de este criterio, se hará mediante la presentación de certificación expedida por el Ministerio del Interior como autoridad encargada de certificar la pertenencia a las poblaciones indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palenquera, Rom o gitanas. En tal sentido, el proponente deberá acreditar que por lo menos el 10% de sus trabajadores pertenece a estas poblaciones mediante la presentación de esta.

Nota: En virtud de lo dispuesto por Colombia compra eficiente, la presente acreditación debe respetar el habeas data y por consiguiente debe obedecer las disposiciones en materia de protección y manejo de datos sensibles .

6. Preferir la propuesta de personas en proceso de reintegración o reincorporación o de la persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente; o, la de un proponente plural constituido por personas en proceso de reincorporación, y/o personas jurídicas en las cuales participe o participen mayoritariamente.

ACREDITACIÓN: La acreditación de este criterio, se hará mediante la presentación de certificación expedida por la Agencia para la Reincorporación y la Normalización –ARN.

Nota: La ARN tiene la competencia para certificar ello, toda vez que es la entidad encargada de coordinar, asesorar y ejecutar la Ruta de Reintegración de las personas desmovilizadas de los grupos armados al margen de la ley.

Nota: En virtud de lo dispuesto por Colombia compra eficiente, la presente acreditación debe respetar el habeas data y por consiguiente debe obedecer las disposiciones en materia de protección y manejo de datos sensibles .

7. Preferir la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración, o una persona jurídica en la cual participe o participen mayoritariamente, y, que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el proponente plural; (b) la madre cabeza de familia, la persona en proceso de reincorporación o reintegración, o la persona jurídica aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la madre cabeza de familia

o persona en proceso de reincorporación o reintegración, ni la persona jurídica, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural.

ACREDITACIÓN: La condición de madre cabeza de familia y/o una persona en proceso de reincorporación o reintegración se acredita conforme a lo establecido en los ítems anteriores. Adicionalmente para verificar la integración y/o participación mayoritaria se deberá certificado de existencia y representación –tratándose de personas jurídicas– o del documento de constitución del proponente plural en la que se evidencie la participación de sus miembros. ⁶

Nota: Entiéndase por la participación mayoritaria el aporte en dinero o trabajo de las personas dentro de la sociedad.

Nota: En virtud de lo dispuesto por Colombia compra eficiente, la presente acreditación debe respetar el habeas data y por consiguiente debe obedecer las disposiciones en materia de protección y manejo de datos sensibles .

8. Preferir la oferta presentada por una Mipyme o cooperativas o asociaciones mutuales; o un proponente plural constituido por Mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales.

ACREDITACIÓN: La acreditación de este requisito, se dará mediante la presentación del certificado de existencia y representación legal –tratándose de personas jurídicas– en caso de proponente plural este requisito deberá allegarse individualmente.

9. Preferir la oferta presentada por el proponente plural constituido por micro y/o pequeñas empresas, cooperativas o asociaciones mutuales.

ACREDITACIÓN: La acreditación de este requisito, se dará mediante la presentación del certificado de existencia y representación legal de cada una de las personas jurídicas que conforman el proponente plural.

10. Preferir al oferente que acredite de acuerdo con sus estados financieros o información contable con corte a 31 de diciembre del año anterior, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del total de pagos realizados a MIPYMES, cooperativas o asociaciones mutuales por concepto de proveeduría del oferente, realizados durante el año anterior; o, la oferta presentada por un proponente plural siempre que: (a) esté conformado por al menos una MIPYME, cooperativa o asociación mutua que tenga una participación de por

⁶ Pag16 <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-015%20de%202021>

lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la MIPYME, cooperativa o asociación mutua aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del proponente plural .

11. Preferir las empresas reconocidas y establecidas como Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o Sociedad BIC, del segmento MIPYMES.

ACREDITACIÓN: Se acredita con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad en el que conste que reúne los requisitos del artículo 2 de la Ley 1901 de 2018

12. Utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que deberá haber sido previsto previamente en los Documentos del Proceso.

Conforme con lo anterior, se tiene que el artículo 35 de la ley 2069 del 31 de diciembre del 2021 “ Por medio del cual se impulsa el emprendimiento Colombia” deroga de manera expresa los criterios de desempate desarrollados por la ley 1150 de 2007 modificado por la ley 1450 de 2011 y adicionado a su vez por Ley 2040 de 2020, así como también el establecido en el numeral 7 del artículo Artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 aplicable para los procesos adelantados por la modalidad de mínima cuantía. Lo anterior teniendo de presente que en virtud de lo dispuesto por la mencionada ley y en concordancia con lo manifestado por la agencia rectora en materia de contratación pública, estos criterios son aplicados indistintamente del régimen de contratación, así como de la modalidad en la que se adelanten los mismos.

De esta forma, se tiene que el citado artículo estableció doce (12) nuevos criterios de desempate aplicables a todos los proceso de contratación pública, sin embargo conforme con lo manifestado esta norma no preciso la forma de acreditación de cada uno de ellos, por consiguiente se tiene que es responsabilidad de las entidades públicas de estudiar y analizar el ordenamiento jurídico vigente para verificar la existencia de algún tipo de documento para la acreditación de estos y en caso contrario de que ninguna disposición normativa lo prevea, las entidad estatales de forma discrecional determinaran dentro de los pliegos de condiciones o en el documento equivalente para cada proceso, la forma en que los proponentes deban acreditar dichos criterios.

Elaborado por:
Dra. Daniela Pico Barajas
Abogada
Profesional Q&N Corporación Asesores - Consultores