

CONCEPTO 37765 DE 2018

(julio 10)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Solicitud de Muestras en Procesos de Contratación

Respetada Doctora XXXXX

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 04 de julio de 2018, sin Radicar, nos pronunciamos en el siguiente sentido.

Es pertinente recordar lo dispuesto en la Circular No. 00006 de 2013, para que a futuro sea tenida en cuenta para el trámite respectivo, y cuyo acápite pertinente señala:

[...] me permito informar que a partir de la fecha la asesoría y solicitudes de conceptos a la Dirección Jurídica, deberán ser radicados en el aplicativo Onbase y canalizados a través de la Secretaría General, Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales, Subdirectores de Centro y Coordinadores de Grupo.

En consecuencia, de lo anterior consideramos que la solicitud se hace a título personal, sin entrar a definir la conducta asumida por quien la eleva, debido a que por medio de conceptos jurídicos no es viable analizar situaciones particulares ni evaluar actuaciones de los servidores públicos o contratistas del SENA, sin tener en cuenta lo señalado en la citada circular.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 04 de julio de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

La presente con el fin de solicitar su amable colaboración en conceptuar sobre un proceso de mínima cuantía, relacionado con la compra de la ropa de trabajo de los funcionarios de la regional Meta, en el cual se solicitaron muestras, el comité técnico evaluador estimó pertinente rechazar de plano al proponente con menor precio porque las muestras no cumplían con los requisitos técnicos, sin embargo la oferta presentada por el proponente cumple con las condiciones técnicas mínimas requeridas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en mi condición de abogada socialice un concepto de Colombia

Compra eficiente, el cual es aplicable al caso concreto (envío adjunto), del cual se puede concluir que no se puede rechazar de plano al proponente de menor valor en un proceso de mínima cuantía, teniendo en cuenta que las muestras no son requisitos habilitantes, por lo cual lo procedente sería dejar subsanar al contratista y que allegue las muestras acorde con los requisitos mínimos técnicos requeridos. Sin embargo el Comité técnico evaluador mantuvo su posición y estimó pertinente recomendar al ordenador del gasto adjudicar el proceso al siguiente proponente con menor valor, el cual si cumple con los requisitos técnicos mínimos requeridos.

Por lo anterior, solicito su amable colaboración conceptuando si resulta procedente que el ordenador del gasto se aparte de lo conceptuado por el Comité técnico evaluador

En estos términos procedemos a resolver la consulta planteada, advirtiendo de antemano que no fue puesto en nuestro conocimiento información adicional a la anteriormente relacionada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

1. Procedimiento de Selección – Mínima Cuantía.

La Ley [1150](#) de 2007 y la Ley [1474](#) de 2011 establecieron 5 modalidades de selección, las cuales son procedimientos reglados para la adquisición de bienes, servicios y obras para la administración pública. Las 5 modalidades de selección corresponden a Licitación pública, Selección Abreviada con sus cuatro procedimientos (menor cuantía, subasta inversa, bolsa de productos, acuerdo marco), Concurso de Méritos, Mínima Cuantía y Contratación Directa.

La Mínima Cuantía es una modalidad de contratación establecida por la Ley [1474](#) de 2011, la cual es procedente solamente cuando la cuantía de la contratación corresponde al 10% de la menor cuantía de la entidad.

Esta modalidad de contratación se caracteriza por ser un proceso célere y rápido, a través del cual se deben hacer las contrataciones de menor impacto de la entidad. Por lo anterior, en este procedimiento solo se evalúa el menor precio de las ofertas, y solo al oferente con menor precio se realiza evaluación de los requisitos habilitantes, tal como lo señala la normativa:

“Artículo [94](#). Transparencia en contratación de mínima cuantía. Adiciónese al artículo [2o](#) de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;
- b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;
- c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;
- d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Parágrafo 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en 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.

Parágrafo 2o. Reglamentado por el Decreto Nacional 2516 de 2011 La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.”

2. Solicitud de muestras dentro el procedimiento de mínima cuantía

Como cualquier otro procedimiento, en el procedimiento de mínima cuantía la entidad tiene la potestad de estructurar el proceso de selección en cuanto a los requisitos que le solicitará a los oferentes y eventualmente al contratista adjudicatario, no obstante cada uno de ellos debe dar cumplimiento al principio de selección objetiva, de manera que la entidad solo puede establecer requisitos que sean un mínimo exigible para los requisitos habilitantes o que generen un valor agregado para los requisitos puntuables.

En razón a que en el procedimiento de mínima cuantía solo recibe puntaje el precio, en primera medida debe concluirse que no es posible solicitar muestras como factor evaluable o ponderable. Nos permitimos citar la reglamentación:

Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.5.2 Procedimiento para contratación mínima cuantía.

Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 Y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.
2. La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.
3. La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la Entidad Estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.
4. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.
5. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil.
6. La Entidad Estatal debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la Entidad Estatal debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.

7. En caso de empate, la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo. (Negritas fuera de texto original)

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de exigir muestras como factor habilitante nos permitimos hacer las siguientes precisiones, advirtiendo de antemano que esto ha sido definido como una mala práctica de la contratación.

Por un lado se advierte que de acuerdo con la Contraloría General de la República, si bien no es ilegal solicitar muestras en general en los procesos de selección no se evidencia que éste sea un requisito adecuado y proporcional en los procesos de contratación, por lo cual no deberá ser requerido. Al respecto nos permitimos citar el pronunciamiento:

“SOLICITUD DE MUESTRAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS. En los procesos de selección de contratistas las entidades estatales podrían solicitar la presentación de muestras de los productos que pretenden adquirir para: (1) Comparar la calidad de los bienes ofrecidos; y/o (2) Verificar que los bienes ofrecidos se ajusten a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones.

Así, si la finalidad de la solicitud de muestras en un proceso de selección de contratistas es la de comparar la calidad de los bienes que se pretenden adquirir, necesariamente debemos concluir que dicha verificación debió realizarse cuando se elaboraron los estudios previos y se definió la solución que mejor satisfacía la necesidad de la entidad contratante.

En este orden, consideramos que la calidad de los bienes que se pretenden adquirir se debe establecer con absoluta claridad cuando se elaboren los estudios previos y no debería ser determinada durante el proceso de selección, arriesgando la objetividad del mismo.

Así, antes de que la entidad contratante establezca en su pliego de condiciones detalladamente las características y especificaciones técnicas de los bienes que pretende adquirir, debe buscar, comparar y analizar las distintas alternativas que el mercado le ofrece, escogiendo aquella que le resulte más favorable.

Advierte éste Despacho que solicitar muestras de los bienes ofrecidos durante el proceso de selección, para comparar la calidad de los ofrecimientos, puede poner en riesgo la objetividad de la adjudicación del contrato si a dicha comparación de calidad se le otorga una calificación que no responda a criterios objetivos, previamente establecidos en el pliego de condiciones.

De otra parte, si la solicitud de muestras tiene como finalidad verificar que los bienes ofrecidos se ajusten a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de condiciones, se estaría a anticipando la labor que a futuro debe realizar el interventor o supervisor del contrato”⁽¹⁾ (negritas fuera de texto original)

Adicional a lo anteriormente establecido se recuerda que en el procedimiento de mínima cuantía la entidad debe limitarse a exigir, como requisitos habilitantes, la capacidad jurídica y experiencia del proponente y, eventualmente, la capacidad financiera cuando el pago no se hace contra entrega (numerales 1 y 2, artículo [96](#) Ley 1474 de 2011⁽²⁾), al respecto nos permitimos citar el Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía expedido por Colombia Compra Eficiente, en el que se establece lo siguiente respecto de los requisitos habilitantes en la mínima cuantía:

D. Requisitos Habilitantes

En primer término es importante tener en cuenta que en los Procesos de Contratación de mínima cuantía la Entidad Estatal no debe solicitar certificado de RUP. La Entidad Estatal debe verificar directamente la capacidad jurídica, la experiencia y la capacidad financiera.

1. Capacidad jurídica Las personas jurídicas acreditan su capacidad jurídica con el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio de su domicilio, el cual debe haber sido expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de presentación o por la entidad que tenga la competencia para expedir dicho certificado. La Entidad Estatal debe verificar la capacidad jurídica de una persona jurídica revisando los siguientes aspectos:

(a) El objeto social de la persona jurídica para efectos de verificar que esté autorizada para cumplir con el objeto del contrato. El objeto social es transcrito en los certificados de existencia y representación legal.

(b) La calidad de representante legal de quien suscribe la oferta, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.

(c) Las facultades del representante legal de la persona jurídica para presentar la oferta y obligar a la persona jurídica a cumplir con el objeto del contrato, lo cual se verifica con la inscripción del representante legal en el certificado de existencia y representación legal.

(d) La ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de la persona jurídica para contratar con el Estado. Este requisito lo debe verificar la Entidad Estatal con la presentación de una declaración de la persona jurídica en la cual esta certifique que ni la persona jurídica ni su representante legal están incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones. Adicionalmente la Entidad Estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República.

La Entidad Estatal debe verificar la capacidad jurídica de las personas naturales de la siguiente manera:

(a) La mayoría de edad, la cual es acreditada con la cédula de ciudadanía, para los nacionales colombianos, y con la cédula de extranjería o el pasaporte para los extranjeros. La simple presentación de este documento sirve para acreditar la capacidad jurídica.

b) La ausencia de limitaciones a la capacidad jurídica de las personas naturales. Este requisito lo debe verificar la Entidad Estatal con la presentación de una declaración de la persona natural en la cual certifique que tiene plena capacidad y que no está incurso en inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones y adicionalmente la Entidad Estatal debe consultar los sistemas de información de antecedentes judiciales, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República.

2. Experiencia

Las Entidades Estatales no están obligadas a establecer un requisito habilitante de experiencia en los Procesos de Contratación de mínima cuantía.

Si la Entidad Estatal decide establecer un requisito habilitante de experiencia, este debe ser una consecuencia del Riesgo del Proceso de Contratación, de las características del sector y del objeto del contrato, y debe referirse a la experiencia del oferente en las actividades objeto del

Proceso de Contratación.

Si la Entidad Estatal establece requisitos habilitantes de experiencia, debe solicitar copias de contratos o certificados expedidos por terceros que hayan recibido del oferente los bienes, obras o servicios objeto del Proceso de Contratación.

3. Capacidad financiera

La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima en los Procesos de Contratación de mínima cuantía cuando paga antes de la entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios” (negritas fuera de texto original)

Como puede evidenciarse de la lectura del capítulo de Requisitos habilitantes del Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía, en dicho procedimiento no se requiere la exigencia de capacidad técnica en la cual pueda exigirse una muestra el producto a adquirir por la entidad.

Tal como bien lo advierte la consultante, la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- también se ha pronunciado al respecto, señalando que no deberán solicitarse muestras en los procesos de contratación, al respecto nos permitimos citar los conceptos en la materia:

¿En un proceso de mínima cuantía la Entidad Pública que contrata está legalmente autorizada para solicitar muestras físicas de los bienes como requisitos habilitantes?

No, las Entidades Públicas no pueden solicitar muestras como Requisitos Habilitantes porque los requisitos habilitantes son: (i) capacidad jurídica, (ii) experiencia, (iii) capacidad financiera, (iv) capacidad organizacional, los cuales constituyen requisitos habilitantes. Por lo tanto, las Entidades no pueden requerir Requisitos Habilitantes diferentes a los establecidos en la ley.⁽³⁾

C) Consulta:

De acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas y en atención a su consulta, nos permitimos indicar que en el proceso de selección de mínima cuantía no deberá solicitarse muestras como requisito habilitante ni puntuable. Lo anterior en la medida que la ley regula explícitamente que requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia y capacidad financiera) y requisitos puntuables (precio) se deberán requerir.

Ahora bien, en todo caso se recuerda que los requisitos que no otorgan puntaje son subsanables, en todos los procesos de selección, de acuerdo con lo establecido por la Ley [1882](#) de 2018⁽⁴⁾, de manera que la ausencia o presentación errónea de un requisito que no otorga puntaje no es causal suficiente de rechazo sino que deberá darse la oportunidad al proponente de subsanar.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Contraloría General de la República. Concepto. 80112- EE57531 del 23 de agosto de 2013
2. "1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 Y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

2. La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente" (negrita fuera de texto original)
3. Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- #4201613000005601
4. "Parágrafo 10. 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 en 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"



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo