

Bogotá D.C.

Doctor
JORGE IVÁN GONZÁLEZ
Director General
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Asunto:	Radicación:	22-505976
	Trámite	396
	Evento:	0
	Actuación:	440
	Folios:	33

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009) frente al proyecto de Decreto: *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones”*. (en adelante el **“Proyecto”**).

Respetado Doctor González:

En respuesta a la comunicación del asunto radicada por parte del Departamento Nacional de Planeación (en adelante **“DNP”**) bajo número de radicación 20223200924301, esta Superintendencia rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el Proyecto de la referencia con base en los documentos aportados por el DNP el pasado 28 de diciembre de 2022. Para el efecto, primero, se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia; segundo, se expondrán los antecedentes normativos del Proyecto; tercero, se plantearán las razones presentadas por el DNP para la expedición del Proyecto; cuarto, se describirá la estructura de la iniciativa regulatoria en los términos en los que la entiende esta Superintendencia; quinto, se presentará el respectivo análisis del Proyecto desde la perspectiva de la libre competencia económica y, por último, se formularán algunas recomendaciones.

1. FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

“La Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

En consonancia con lo anterior, en concepto del 04 de julio de 2013, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 por parte de una autoridad de regulación, en los siguientes términos:

“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación **el no remitir un proyecto regulatorio** a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el **de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta**, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”¹. (Resaltado fuera del texto original).

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección de la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores y su objetivo tampoco es sugerir

¹ El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 establece que el regulador deberá explicar en la parte considerativa de la decisión, las razones por las cuales se aparta del concepto de abogacía de la competencia, de ser este el caso. Así mismo, el Consejo de Estado ratificó, en el concepto del 4 de julio de 2013, que los fundamentos para no acoger el concepto de abogacía deben plasmarse en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra la de formular recomendaciones que esta autoridad considera pertinente de cara a los proyectos de regulación. En este sentido, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia².

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del análisis de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica. En este sentido, la autoridad regulatoria correspondiente deberá consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

2.1. Ley 1150 de 2007³

Mediante esta norma se incorporan reglas y disposiciones relacionadas con la contratación con recursos públicos. En este sentido, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 señala que 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 reglas: 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.

2.2. Ley 2069 de 2020⁴

Esta Ley establece un marco regulatorio tendiente a propiciar el emprendimiento y el crecimiento en el país, así como la consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad.

Específicamente, el artículo 23 de esta norma señala que las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria son empresas y serán clasificadas como

² Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 mediante el cual se decreta la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Transporte e identificada con el radicado No.: 11001-03-24-000-2016- 00481-00.

³ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

⁴ Por medio del cual se impulsa el emprendimiento en Colombia y 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. Dicho marco delinearé un enfoque regionalizado de acuerdo con las realidades socioeconómicas de cada región.

Mipymes en los términos establecidos por el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen, deroguen o adicionen.

Adicionalmente, el artículo 34 titulado: “*Promoción del desarrollo en la contratación pública*”, modifica el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y habilita a las Entidades Estatales con independencia de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, para que en desarrollo de los procesos de contratación adopten, en beneficio de las Mipymes, convocatorias limitadas a éstas. Además, el referido artículo establece que los pliegos de condiciones dispondrán de mecanismos que fomenten, en la ejecución de los contratos estatales, la provisión de bienes y servicios por parte de los siguientes grupos de personas:

- a) Población en pobreza extrema.
- b) Desplazados por la violencia.
- c) Personas en proceso de reintegración o reincorporación.
- d) Sujetos de especial protección constitucional en las condiciones que señale el reglamento.

Lo anterior, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

2.3. Decreto 1082 de 2015

Este decreto corresponde al Decreto Único Reglamentario del sector de planeación. Específicamente, el artículo 2.2.1.2.4.2.16 se titula: “*Fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional*”. Esta norma establece que, en los procesos de contratación, las Entidades Estatales⁵ fomentarán, en los pliegos de condiciones o documento equivalente, que los contratistas destinen al cumplimiento del objeto contractual la provisión de bienes o servicios por parte de los siguientes grupos poblacionales:

- a) Población en pobreza extrema.
- b) Desplazados por la violencia
- c) Personas en proceso de reintegración o reincorporación.
- d) Sujetos de especial protección constitucional⁶.

⁵ Indistintamente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos.

⁶ Cfr. Parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto 1860 de 2021: “*Para los efectos previstos en el presente artículo, los sujetos de especial protección constitucional son aquellas personas que debido a su particular condición física, psicológica o social merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, las víctimas del conflicto armado interno, las*

En todo caso, el artículo 3 señala que la inclusión de dicha provisión debe garantizar las condiciones de calidad de los bienes y servicios contratados, y debe incluirse sin perjuicio de los acuerdos comerciales vigentes.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el citado artículo, la participación de los grupos poblacionales anteriormente mencionados en la ejecución del contrato **“se fomentará previo análisis de su oportunidad y conveniencia en los Documentos del Proceso, teniendo en cuenta el objeto contractual y el alcance de las obligaciones”⁷**.

Adicionalmente, este artículo dispone que dicha provisión se establecerá en un porcentaje que no será superior al diez por ciento (10%) ni inferior al cinco por ciento (5%) de los bienes o servicios requeridos para la ejecución del contrato, de manera que no se ponga en riesgo su cumplimiento adecuado.

Para tal fin y de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de este decreto se incluyen dos reglas:

- a) Previo análisis de oportunidad y conveniencia, la Entidad Estatal incorporará esta obligación en la minuta del contrato del pliego de condiciones o documento equivalente, precisando las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de esta a través de las causales de multa que estime pertinentes.
- b) El supervisor o el interventor, según el caso, realizará el seguimiento y verificará que las personas vinculadas al inicio y durante la ejecución del contrato pertenezcan a los grupos poblacionales enunciados anteriormente.

Por su parte, el parágrafo 2 del artículo 3 de este decreto dispone que, para efectos de los procesos de contratación regidos por documentos tipo CCE **regulará el porcentaje** de sujetos de especial protección constitucional que el contratista destinará al cumplimiento de las obligaciones, las condiciones para incorporarlos a la ejecución del contrato y las sanciones pecuniarias producto del incumplimiento injustificado de la obligación.

A continuación, esta Superintendencia enlistará otros artículos contenidos en el Decreto que se encuentran directamente relacionados con el contenido del Proyecto.

mujeres cabeza de familia, los adultos mayores, las personas en condición de discapacidad, así como la población de las comunidades indígena, negra, afrocolombiana, raizal, palanquera, Rrom o gitanas.

Estas circunstancias se acreditarán en las condiciones que disponga la Ley o el reglamento, aplicando en lo pertinente lo definido en el artículo 2.2.1.2.4.2.17 del presente Decreto. En ausencia de una condición especial prevista en la normativa vigente, se acreditarán en los términos que defina el pliego de condiciones o documento equivalente.”

⁷ Cfr. Artículo 3 del Decreto 1860 del 2021.

Tabla No. 1 – Disposiciones Decreto 1082 de 2015

Artículo	Descripción
2.2.1.1.1.3.1	Definiciones
2.2.1.1.1.4.1	<p>Plan Anual de Adquisiciones. Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones.</p>
2.2.1.1.2.2.2	<p>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.</p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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

Artículo	Descripción
	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
<p>2.2.1.2.1.5.1</p>	<p>Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener, como mínimo, lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La descripción de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación. 2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible, o de lo contrario con el tercer nivel. 3. Las condiciones técnicas exigidas. 4. El valor estimado del contrato y su justificación. 5. El plazo de ejecución del contrato. 6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

Artículo	Descripción
2.2.1.2.1.2.7	<p>Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Modificado por el artículo 1° del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021. Las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes de Común Utilización a través de los Acuerdos Marco de Precios previamente justificados, diseñados, organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente.</p> <p>La implementación de nuevos Acuerdos Marco de Precios organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- de uso obligatorio por parte de las entidades territoriales, estará precedida de un estudio de agregación de demanda que realizará aquella, el cual tenga en cuenta las particularidades propias de los mercados regionales, la necesidad de promover el desarrollo empresarial en las entidades territoriales a través de las MYPIMES y evitar en lo posible, la concentración de proveedores en ciertas ciudades del país, salvo que exista la respectiva justificación técnica, económica y/o jurídica.</p>
2.2.1.2.1.2.8	<p>Identificación de bienes y servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios. Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, periódicamente debe efectuar Procesos de Contratación para suscribir Acuerdos Marco de Precios, teniendo en cuenta los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes contenidos en los Planes Anuales de Adquisiciones de las Entidades Estatales y la información disponible del sistema de compras y contratación pública.</p> <p>Las Entidades Estatales pueden solicitar a Colombia Compra Eficiente un Acuerdo Marco de Precios para un bien o servicio determinado. Colombia Compra Eficiente debe estudiar la solicitud, revisar su pertinencia y definir la oportunidad para iniciar el Proceso de Contratación para el Acuerdo Marco de Precios solicitado.</p>

Artículo	Descripción
2.2.1.2.1.2.26	<p>Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional. Las Entidades Estatales que requieran contratar Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional deben hacerlo a través del procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del presente decreto.</p> <p>Si los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional son Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes en los términos del artículo 2.2.1.1.1.3.1 del presente decreto, la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento de subasta inversa, compra por Catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o a través de bolsa de productos.</p> <p>Las Entidades Estatales deben consignar en los Documentos del Proceso las razones por las cuales los bienes o servicios objeto del Proceso de Contratación son requeridos para la defensa y seguridad nacional.</p>
2.2.1.2.1.5.4	<p>Instrumentos de agregación de demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipyme y con grandes almacenes. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente definirá en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la publicación de este Decreto, las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de instrumentos de agregación de demanda con Mipyme, así como con grandes almacenes, en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las Entidades Estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía.</p>

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio

2.4. Decreto 1860 de 2021⁸

Este decreto reglamenta los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020. En tal virtud, su artículo 3 adiciona los artículos 2.2.1.2.4.2.16 y 2.2.1.2.4.2.17, entre

⁸ "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones".

otros, a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015⁹. A continuación, esta Superintendencia describirá el artículo adicionado que se encuentra directamente relacionado con el contenido del Proyecto.

3. RAZONES PRESENTADAS POR EL REGULADOR PARA LA EXPEDICIÓN DEL PROYECTO

De conformidad con lo manifestado por el DNP en la memoria justificativa del Proyecto¹⁰, las razones que justifican la expedición de la iniciativa regulatoria son las siguientes:

- a) Necesidad de incluir algunos aspectos que permitan a las entidades estatales hacer un uso estratégico de la contratación con el propósito de invertir el dinero público de manera eficiente y sostenible, mediante el fomento de la integración e inclusión de colectivos que a menudo se encuentran marginados, generando oportunidades para las empresas y asociaciones conformadas por estos colectivos, así como la integración de criterios ambientales.
- b) Necesidad de posicionar un nuevo enfoque de la contratación, que permita tener una compra pública inclusiva, socialmente responsable, sostenible con el ambiente, transparente y que promueva la participación de la comunidad en los asuntos que les atañe.

Así las cosas, y con el fin de alcanzar los objetivos regulatorios, el Proyecto se enfoca en los ejes temáticos que se muestran en la **Figura No. 1** que se presenta a continuación:

⁹ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional".

¹⁰ Cfr. Numeral 1 "*Razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición*" del documento titulado Memoria justificativa, aportado al expediente 22-505976. Pág., 2-3.

Figura No. 1 – Ejes temáticos del Proyecto



Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio

4. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El proyecto contiene 16 artículos mediante los cuales modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015 con el fin de promover el acceso de las Mipymes, de las cooperativas y demás entidades de la economía solidaria al sistema de compras públicas. A continuación, esta Superintendencia describirá las modificaciones y las disposiciones nuevas que adiciona el Proyecto al citado decreto.

En primer lugar, el artículo 1 del Proyecto modifica el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015¹¹ agregando las siguientes definiciones:

- a) **Catálogo Inclusivo:** Es una herramienta desarrollada por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, para impulsar el tejido empresarial colombiano a través de la adquisición de bienes y servicios de producción nacional y que son ofertados por organizaciones de economía solidaria clasificadas como Mipymes.
- b) **Operación Principal de los Acuerdos Marco y de los Instrumentos de Agregación de Demanda:** Es el conjunto de estudios, actividades y negociaciones llevadas a cabo por la Entidad Estatal legalmente facultada, dentro de la fase de planeación precontractual, con el objetivo seleccionar a los proveedores y de definir las condiciones de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y no uniformes de común utilización.

¹¹ De la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2

- c) **Operación Secundaria de los Acuerdos Marco y de los Instrumentos de Agregación de Demanda:** Es el proceso que adelantan las entidades estatales para la selección de los proveedores que suministrarán los bienes y servicios características técnicas uniformes y no uniformes de común utilización, de conformidad con las condiciones y el catálogo establecidos en la operación principal del Acuerdo Marco de Precios.

Adicionalmente, el artículo 1 del Proyecto modifica las definiciones contenidas en la **Tabla No. 2** que muestra un comparativo entre la definición contenida actualmente en el mencionado Decreto y la modificación propuesta por el Proyecto.

Esta Superintendencia identificó que las demás definiciones contenidas en el artículo 1 del Proyecto no fueron modificadas. Estas definiciones son:

- Acuerdo Marco de Precios.
- Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes y Común Utilización.
- Clasificador de Bienes y Servicios, Colombia Compra Eficiente.
- Cronograma.
- Compra Pública de tecnología e Innovación.
- Convocatoria de Soluciones Innovadoras.
- Documentos del Proceso.
- Entidad Estatal.
- Etapas del Contrato.
- Grandes Superficies.
- Lance.
- Margen Mínimo.
- Mipyme.
- Período Contractual.
- Plan Anual de Adquisiciones.
- Proceso de Contratación.
- Riesgo.
- RUP.
- Servicios Nacionales.
- SECOP.
- SMMLV.

Tabla No. 2 – Definiciones contenidas en el Decreto 1082 de 2015 y modificadas por el Proyecto

Definición contenida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015	Definición propuesta a través del Proyecto
<p>Acuerdo Marco de Precios: Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este.</p>	<p>Acuerdo Marco de Precios: Es un contrato con vigencia determinada, celebrado entre (i) Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, y (ii) uno o más proveedores, mediante el cual se seleccionan a los proveedores y se regulan los términos y condiciones para la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes o no uniformes de común utilización.</p>
<p>Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes: Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.</p>	<p>Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes y Común Utilización: Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.</p>
<p>Catálogo para Acuerdos Marco de Precios: Ficha que contiene: (a) la lista de bienes y/o servicios; (b) las condiciones de su contratación que están amparadas por un Acuerdo Marco de Precios; y (c) la lista de los contratistas que son parte del Acuerdo Marco de Precios.</p>	<p>Catálogo para Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda: Ficha que contiene: (a) la lista de bienes y/o servicios; (b) las características asociadas a cada bien o servicio, así como su precio c) y la lista de los contratistas que son parte del Acuerdo Marco de Precios.</p>

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio

Por su parte, el artículo 2 del Proyecto modifica el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015¹² titulado “**Plan Anual de Adquisiciones**”, agregando que:

¹² De la Subsección 4 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

- a) Las entidades estatales deberán planear su contratación de manera que se promueva la división de Procesos de Contratación en lotes o segmentos que se faciliten la participación de las Mipymes¹³.
- b) Podrán ser clasificadas como Mipymes¹⁴: **(i)** las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional que tengan capacidad para contratar¹⁵; y **(ii)** las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria.

Ahora bien, el artículo 3 del Proyecto adiciona el artículo 2.2.1.1.1.6.8 al Decreto 1082 de 2015¹⁶. Este artículo se titula “**Ferías de Negocios Inclusivas**” y establece que las entidades estatales podrán realizar consultas al mercado a través de estas ferias de negocios con el fin de generar insumos para el análisis del sector económico relativo al objeto del proceso de contratación.

De conformidad con lo contenido en el artículo 3 del Proyecto, la información recolectada en el marco de estas ferias podrá ser utilizada por las entidades estatales para identificar los eventuales obstáculos que pudieran limitar la participación en los procesos de contratación de las Mipymes.

Dentro de estas Mipymes se encuentran, entre otras; **(i)** las cooperativas y las entidades de economía solidaria; **(ii)** las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional que tengan capacidad para contratar; y **(iii)** las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria.

Por otra parte, el artículo 4 del Proyecto modifica el artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015¹⁷ titulado “**Ofrecimiento más favorable**”, agregando que:

- a) Para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas No Uniformes a través de Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de

¹³ Dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras, las cooperativas de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya.

¹⁴ En los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen.

¹⁵ Definidos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1860 de 2021.

¹⁶ A la Subsección 6 a la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

¹⁷ De la Subsección 2 de la Sección 2 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2

Agregación de Demanda, el ofrecimiento más favorable parte de la definición de las condiciones técnicas y económicas mínimas del bien o servicio que la Entidad Estatal hace en la Operación Principal.

- b) Las Entidades Estatales que compren en la operación secundaria de un Acuerdo Marco de Precios o Instrumento de Agregación de Demanda, deben evaluar las cotizaciones de los proveedores bajo las condiciones que el instrumento fija para definir la oferta más favorable.

Además, el artículo 4 del Proyecto incorpora el párrafo primero al mencionado artículo del Decreto 1082 de 2015 y establece que los criterios de calidad para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato. La tabla No. 3 describe a que hacen referencia estos criterios, de conformidad con lo establecido en el proyecto.

Tabla No. 3 - Criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato para evaluar la mejor relación calidad-precio del bien o servicio a contratar

Criterios	Definición contenida en el artículo 4 del Proyecto
Ambientales	Reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero
	Empleo de medidas de eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato.
Sociales	Fomento de la integración social de personas con discapacidad
	Inclusión de personas pertenecientes a grupos vulnerables en la ejecución del contrato
	Inserción sociolaboral de personas en situación de riesgo de exclusión social
	Eliminación de criterios sospechosos de discriminación
	Fomento de la contratación femenina o población LGTBIQ+, de madres cabeza de hogar, de personas que no cuenten con cualificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior y de víctimas del conflicto armado.
	Criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio justo durante la ejecución del contrato, en los términos definidos por el artículo 4 de la Ley 2046 de 2020.

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en el artículo 4 del Proyecto.

Vale la pena resaltar que en el mencionado párrafo el DNP establece que, en el marco de las competencias atribuidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia

Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, adoptará instrumentos dirigidos a orientar a las Entidades Estatales en la aplicación de estos criterios sociales y ambientales.

Frente al artículo 5 del Proyecto, esta Superintendencia identificó que adiciona un párrafo al artículo 2.2.1.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015¹⁸ titulado “**Estudios previos para la contratación de mínima cuantía**”. Dicho párrafo establece que dentro de las condiciones técnicas exigidas se podrán incluir aspectos ambientales y sociales en los términos descritos en la Tabla No. 3.

Por su parte, el artículo 6 del Proyecto adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.19 titulado “**División en lotes o segmentos**” al Decreto 1082 de 2015¹⁹. Este artículo establece que:

- a) Las entidades estatales promoverán la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes²⁰ atendiendo a criterios tales como: **(i)** el tipo de entregable, **(ii)** el valor del contrato, y **(iii)** el ámbito geográfico de la entrega.
- b) Las entidades estatales podrán incluir en el pliego de condiciones mecanismos o reglas que limiten el número de lotes que se adjudican a un mismo proponente, con el fin de evitar que se concentre la contratación, sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios.
- c) La decisión de no adjudicar un contrato en lotes o segmentos podrá obedecer entre otras razones, a que mediante este mecanismo se pueda restringir la competencia o que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

Adicionalmente, el artículo 6 del Proyecto agrega un párrafo al citado artículo del Decreto 1082 de 2015, el cual establece que en los Procesos de Contratación adelantados por lotes o grupos deberá aplicarse lo regulado en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015²¹, tomando en consideración el valor del

¹⁸ De la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2

¹⁹ A la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

²⁰ Cfr. Artículo 5 del Proyecto aportado al expediente 22-55976: Que dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras: **(i)** las cooperativas o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya; **(ii)** las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional que tengan capacidad para contratar; **(iii)** Las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria.

²¹ **Artículo 2.2.1.2.4.2.2. Convocatorias limitadas a Mipyme.** Las Entidades Estatales independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares

proceso de contratación imputable al respectivo lote en el que se solicite su aplicación. De igual manera será aplicable lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.3²² a partir del lugar de ejecución del contrato asociado al respectivo lote o segmento.

Por su parte, el artículo 7 del Proyecto modifica el encabezado de los artículos del 2.2.1.2.1.2.7. al 2.2.1.2.1.2.10 de la Subsección 2 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

El encabezado que está contenido actualmente en el citado Decreto es: “Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes por compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios” y el que introduce el artículo 7 del proyecto es: “Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios Uniformes de Común Utilización, **así como aquellos de Características Técnicas no Uniformes de Común Utilización**, por compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda” (Destacado y subrayado fuera de texto).

Frente al artículo 8 del Proyecto, el cual modifica el artículo 2.2.1.2.1.2.7. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional y se titula “Procedencia del Acuerdo Marco de Precios”, esta Superintendencia no evidenció cambios en el texto contenido en el Proyecto con respecto a la versión del artículo que fue modificada por el artículo 1 del Decreto 310 del 25 de marzo de 2021²³.

que ejecuten recursos públicos, deben limitar la convocatoria de los Procesos de Contratación con pluralidad de oferentes a las Mipyme colombianas con mínimo un (1) año de existencia, cuando concurran los siguientes requisitos: (i) El valor del Proceso de Contratación sea menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; (ii) Se hayan recibido solicitudes de por lo menos dos (2) Mipyme colombianas para limitar la convocatoria a Mipyme colombianas.

(...) Tratándose de personas jurídicas, las solicitudes solo las podrán realizar Mipyme, cuyo objeto social les permita ejecutar el contrato relacionado con el proceso contractual.

PARÁGRAFO. Las cooperativas y demás entidades de economía solidaria, siempre que tengan la calidad de Mipyme, podrán solicitar y participar en las convocatorias limitadas en las mismas condiciones dispuestas en el presente artículo.

²² Artículo 2.2.1.2.4.2.3. **Limitaciones territoriales.** “De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales, independientemente de su régimen de contratación, los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales y los particulares que ejecuten recursos públicos, pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme colombianas que tengan domicilio en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. Cada Mipyme deberá acreditar su domicilio con los documentos a los que se refiere el siguiente artículo”.

²³ "Por el cual se reglamenta el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019, sobre las condiciones para implementar la obligatoriedad y aplicación de los Acuerdos Marco de Precios y se modifican los artículos 2.2.1.2.1.2.7. y 2.2.1.2.1.2.12. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional"

Ahora bien, frente al artículo 9 del Proyecto, esta Autoridad identificó que se modifica el artículo 2.2.1.2.1.2.8 del Decreto 1082 de 2015²⁴, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, titulado “**Identificación de bienes y servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios o de un Instrumento de Agregación de Demanda**”. Dicha modificación consiste en que el Proyecto adiciona que: **(i)** las entidades estatales podrán solicitar a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– el diseño de Acuerdos Marco de Precios para la adquisición de uno o varios Bienes o Servicios con Características Técnicas Uniformes y no Uniformes de Común Utilización, y **(ii)** que en el evento mencionado en el literal (i), la Agencia deberá estudiar la solicitud, revisar su pertinencia y definir la oportunidad para iniciar el Proceso de Contratación para el Acuerdo Marco de Precios o el Instrumento de Agregación de Demanda solicitado.

El artículo 10 del Proyecto modifica el artículo 2.2.1.2.1.2.10 del Decreto 1082 de 2015²⁵, agrega que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente diseñará y organizará los procesos de contratación para los Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda con base en el análisis del sector y usando la modalidad de selección que corresponda.

En esta línea, el artículo 10 del Proyecto agrega el siguiente párrafo al citado artículo del Decreto 1082 de 2015:

*“**Parágrafo 1.** En los Documentos del Proceso del Acuerdo Marco de Precios o Instrumento de Agregación de Demanda se debe establecer, entre otros aspectos, la forma de: a) evaluar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los proveedores y de los compradores; b) proceder frente al incumplimiento de las órdenes de compra; y c) actuar frente a los reclamos de calidad y oportunidad de la prestación.”²⁶*

Por su parte, el artículo 11 del Proyecto modifica el inciso segundo del artículo 2.2.1.2.1.2.26 del Decreto 1082 de 2015²⁷ titulado “Selección Abreviada para la adquisición de Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional”, agregando los bienes “no uniformes” al párrafo que se muestra a continuación:

*“Si los bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional son Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes **o no uniformes** en los términos presente Decreto, la Entidad Estatal deberá utilizar el*

²⁴ De la Subsección 2 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2

²⁵ De la Subsección 2 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

²⁶ Cfr. Artículo 10 del Proyecto aportado al expediente 22-505976.

²⁷ De la Subsección 2 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

*procedimiento de subasta inversa, compra por Catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios o a través de bolsa de productos.”²⁸
(Destacado y subrayado fuera de texto)*

Además, el artículo 12 del Proyecto, modifica el artículo 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto 1082 de 2015²⁹ titulado: “Instrumentos de Agregación de Demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipymes y Grandes Almacenes”, tal y como lo muestra la **Tabla No. 4** en la cual se presenta un comparativo de los textos.

Tabla No. 4 – modificación del artículo 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto 1082 de 2015 titulado: “Instrumentos de Agregación de Demanda en la Tienda Virtual del Estado Colombiano para adquisiciones hasta el monto de la mínima cuantía con Mipymes y Grandes Almacenes”

Artículo 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto 1082 de 2015	Modificación a través del artículo 12 del Proyecto
<p>La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente definirá <u>en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la publicación de este Decreto</u>, las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de instrumentos de agregación de demanda con Mipyme, así como con grandes almacenes, en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las Entidades Estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía.</p>	<p>La Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente– definirá las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda con Mipymes y Grandes Almacenes en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las entidades estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía.</p> <p>En estos instrumentos se podrán implementar en la provisión de bienes y servicios factores que fomenten la participación de población en condición de pobreza extrema; víctimas del conflicto armado; personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección constitucional definidos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1860 de 2021 siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.</p> <p>Así mismo, se podrán incorporar criterios sociales y ambientales que determinarán la aceptación del ingreso de los proveedores al catálogo, los cuales podrán ser utilizados para seleccionar la oferta más favorable en la operación secundaria.</p>

²⁸ Cfr. Artículo 11 del Proyecto aportado al expediente 22-505976.

²⁹ De la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

Artículo 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto 1082 de 2015	Modificación a través del artículo 12 del Proyecto
<p>PARÁGRAFO. Las Entidades Estatales con régimen especial de contratación podrán realizar compras en los catálogos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, de acuerdo con lo que establezcan en su Manual de Contratación</p>	<p>PARÁGRAFO. Las Entidades Estatales con régimen especial de contratación podrán realizar compras en los catálogos de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, de acuerdo con lo que establezcan en su Manual de Contratación.</p>

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en el artículo 12 del Proyecto.

Al respecto de lo anterior, esta Superintendencia identificó que el Proyecto elimina el plazo con el que contaba la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente para definir las reglas para la creación y utilización de los catálogos de bienes o servicios derivados de instrumentos de agregación de demanda con Mipyme, así como con grandes almacenes, en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, a los cuales podrán acudir las Entidades Estatales para celebrar contratos hasta por el monto de la mínima cuantía.

Adicional a lo anterior, incorporó que en estos instrumentos se podrán implementar, en la provisión de bienes y servicios, factores que fomenten la participación de:

- a) Población en condición de pobreza extrema.
- b) Víctimas del conflicto armado
- c) Personas en proceso de reintegración o reincorporación
- d) Sujetos de especial protección constitucional definidos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1860 de 2021 siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

Así mismo, el artículo 12 del Proyecto incluye que se podrán incorporar criterios sociales y ambientales que determinarán la aceptación del ingreso de los proveedores al catálogo, los cuales podrán ser utilizados para seleccionar la oferta más favorable en la operación secundaria.

Por su parte, el artículo 13 del Proyecto adiciona el artículo 2.2.1.2.1.5.6 al Decreto 1082 de 2015³⁰ titulado “**Catálogo Inclusivo**”. La **figura No. 2** describe en qué consiste dicho catálogo y las disposiciones al respecto de su creación por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente.

³⁰ A la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

Figura No. 2 - Catálogo Inclusivo adicionado al Decreto 1082 de 2015 a través del artículo 12 del Proyecto.



¿Qué es?

Es una herramienta desarrollada por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, para impulsar el tejido empresarial colombiano a través de la adquisición de bienes y servicios de producción nacional y que son ofertados por organizaciones de economía solidaria clasificadas como Mipymes.

¿En qué consiste?

Es un catálogo de bienes o servicios derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas no uniformes **que puedan ser provistos por Mipymes.**

¿Cuáles Mipymes?

- 1 **Cooperativas** de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 o las que se constituyan como entidades de economía solidaria.
- 2 Las **asociaciones** conformadas por sujetos de especial protección constitucional que tengan capacidad para contratar definidos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1860 de 2021.
- 3 Asociaciones **de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios** cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en los artículos 1y 13 del Proyecto.

El artículo 14 del Proyecto modifica el encabezado del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, el cual quedará así:

- **LIBRO 2 - RÉGIMEN REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL Y EMPRENDIMIENTO COMUNAL.**

Es preciso señalar que dicho encabezado se encuentra actualmente en el citado Decreto de la siguiente manera:

- **“RÉGIMEN REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL”.**

Finalmente, el artículo 15 del Proyecto, adiciona el título 15 a la parte 2 del libro 2 del Decreto 1082 de 2015, conformado por los artículos 2.2.15.1.1, 2.2.15.1.2. y 2.2.15.1.3, los cuales se describen en la Tabla No. 5.

Tabla No. 5 - Artículos adicionados a través del artículo 15 del Proyecto al Capítulo 1 CONVENIOS SOLIDARIOS del título 15 del Decreto 1082 de 2015 “ORGANISMOS DE ACCIÓN COMUNAL”

Número del Artículo	Disposición
<p>Artículo 2.2.15.1.1. Convenios solidarios</p>	<p>Las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán complementar esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para el <u>desarrollo de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades</u> mediante la celebración de convenios solidarios en los términos permitidos por el artículo 355 de la Constitución Política, las Leyes 136 de 1994, 1551 de 2012, 2166 de 2021 y/o las normas que las remplacen o sustituyan.</p>
<p>Artículo 2.2.15.1.2. Convenios solidarios para la ejecución de obras</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, solo podrán celebrar <u>de manera directa</u> convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal. • El valor de tales convenios no podrá exceder la menor cuantía de la entidad estatal involucrada. • Estos convenios solidarios solo podrán tener por objeto la ejecución de obras. Para la ejecución de estas obras los Organismos de Acción Comunal deberán procurar vincular a los habitantes de la comunidad.
<p>Artículo 2.2.15.1.3. Convenios solidarios para el desarrollo de programas</p>	<p>En el marco de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, y el parágrafo 2 del artículo 63 de la Ley 2166 de 2021 entidades del orden nacional, departamental, distrital, local y municipal podrán celebrar convenios solidarios con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas.</p> <p>El objeto de estos convenios solidarios debe estar dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo territoriales o el plan nacional de desarrollo. En consideración a este alcance es necesario que previo al proceso de planeación, selección y contratación, se verifique que el objeto derive de una</p>

Número del Artículo	Disposición
	consagración expresa en el instrumento de planificación de la escala respectiva.

Fuente: Elaboración propia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en el artículo 15 del Proyecto.

5. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

En línea con los antecedentes y la descripción del Proyecto presentados anteriormente, la presente sección tiene por objeto llevar a cabo un análisis de las disposiciones o reglas que se incluyen a través del Proyecto y que, a juicio de esta Superintendencia, ameritan un pronunciamiento desde la óptica de la libre competencia económica.

5.1 Sobre la capacidad para contratar de las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional

Tal y como describió esta Superintendencia en la sección 4 del presente concepto, el artículo 2 del Proyecto modifica el artículo 2.2.1.1.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015³¹ titulado “Plan Anual de Adquisiciones”, agregando lo siguiente: **(i)** Que las entidades estatales deberán planear su contratación de manera que se promueva la división de Procesos de Contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes³²; y **(ii)** Que podrán ser clasificadas como Mipymes³³: las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional definidos en el parágrafo 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.16. del Decreto 1860 de 2021 y **que tengan capacidad para contratar**, las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria.

Por su parte, el artículo 3 también establece que, en el marco de la planeación contractual, a efectos de generar insumos para el análisis del sector económico relativo al objeto del proceso de contratación, las entidades estatales podrán realizar consultas al mercado desarrollando Ferias de Negocios Inclusivas. Adicional a lo anterior, se señala que la información recolectada en dichas consultas podrá ser

³¹ De la Subsección 4 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

³² Dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras, las cooperativas de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020 o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya.

³³ En los términos previstos en el artículo 23 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 y por el Decreto 957 de 2019 o las normas que los modifiquen.

utilizada por las entidades estatales para identificar los eventuales obstáculos que pudieran limitar la participación en los procesos de contratación de las Mipymes.

Al respecto de la definición de las Mipymes, el citado artículo establece que se encuentran entre otras: (i) las cooperativas (de acuerdo con los requisitos del artículo 23 de la Ley 2069 de 2020) o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya; (ii) las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional **que tengan capacidad para contratar**; y (iii) las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar.

Además, el artículo 6 del Proyecto se refiere a que las entidades estatales promoverán la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes, dentro de las cuales se encuentran las mencionadas en el párrafo anterior, es decir, Mipymes que incluyen “las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional **que tengan capacidad para contratar**”.

Finalmente, el artículo 13 del Proyecto, establece que la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, definirá las reglas para la creación y utilización de los catálogos inclusivos o catálogos de bienes o servicios derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas no uniformes, que puedan ser provistos por Mipymes. Al respecto de la definición de Mipymes, el mencionado artículo 13 también establece que se encuentran entre otras “las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional **que tengan capacidad para contratar**”.

En relación con las disposiciones mencionadas, encuentra esta Superintendencia que el Proyecto no establece las reglas concretas que deberán aplicar las entidades estatales para verificar la “capacidad para contratar” de las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional, mencionadas en los artículos 2, 3, 6 y 13 del Proyecto.

En opinión de esta Superintendencia el diseño de tales reglas o la definición de los parámetros específicos que deben tener en cuenta las entidades estatales para verificar que, en efecto, las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional tienen la capacidad para contratar con el Estado, les facilitará a las entidades estatales:

- (i) Planear su contratación de manera que se promueva la división de procesos de contratación, indistintamente de la modalidad de contratación, en lotes o segmentos que faciliten la participación de las mencionadas asociaciones

definidas como Mipymes. Lo anterior, mitigando el riesgo de que algún lote se declare desierto y procurando aumentar el número de competidores por lote o segmento con el fin de promover la dinámica competencia en dichos procesos de contratación.

En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha reconocido que garantizar una mayor intensidad competitiva en los procesos de selección promueve la eficiencia económica, y produce beneficios tales como; **(i)** precios más bajos, **(ii)** mejor calidad de los bienes o servicios adquiridos, **(iii)** aumento en la innovación y **(iv)** la obtención de un mayor valor por dinero en beneficio de los consumidores finales y los contribuyentes³⁴.

- (ii)** Identificar los eventuales obstáculos que puedan limitar la participación de dichas asociaciones consideradas como Mipymes, en los procesos de contratación y en el marco de las ferias de negocios inclusivas. En efecto, si una entidad estatal tiene claro cómo debe verificar la capacidad para contratar con el Estado de una asociación conformada por sujetos de especial protección constitucional, sabrá qué información recolectar en dichas ferias y cómo diseñar los instrumentos de recolección de esa información. Es decir, sabrá si el instrumento idóneo es aplicar encuestas o grupos focales, por ejemplo, con el objetivo de identificar, sin ninguna asimetría de información, cuáles son las posibilidades de diseñar procesos de contratación que promuevan la contratación de estas asociaciones sin elevar de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado en el caso en el que demuestren con documentos que pueden contratar con el Estado.
- (iii)** Utilizar los catálogos de bienes o servicios que diseñe la Agencia Nacional de la Contratación pública – Colombia Compra Eficiente, derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda, para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas no uniformes, que puedan ser provistos por las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional.

Agregar tales reglas o parámetros objetivos y medibles imprimirá transparencia a los procesos de contratación pública y, además, evitará el riesgo de colusión al facilitar la participación de un número mayor de Mipymes en los procesos de contratación pública. En efecto, el Comité de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE, recomendó a sus países miembros que *“hicieran accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública para los potenciales*

³⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. “Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia”. Pg. 22. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

*competidores sin importar su tamaño o volumen*³⁵. En línea con lo anterior, y a juicio de la autoridad de competencia, las adiciones propuestas amplían la participación de los potenciales competidores, permiten la escogencia idónea del futuro contratista y no ponen en riesgo la ejecución de los contratos estatales.

Es preciso señalar que, frente al último numeral y con base en lo dispuesto en el artículo 13 del Proyecto, esta Superintendencia le recomendará al DNP que le haga llegar el presente concepto a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Lo anterior, para que someta al análisis de abogacía de la competencia el proyecto de acto administrativo mediante el cual se definan las reglas para crear los catálogos de bienes o servicios derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas no uniformes, que puedan ser provistos por Mipymes.

En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia le recomendará al DNP que defina y establezca con precisión en el Proyecto las reglas concretas o parámetros que deberán aplicar las entidades estatales para verificar la “capacidad para contratar” de las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional, mencionadas en los artículos 2, 3, 6 y 13 del Proyecto.

5.2 Sobre la división de procesos de contratación en lotes o segmentos

Ta y como se mencionó en la sección 4 del presente concepto, el artículo 6 del Proyecto adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.19 titulado “**División en lotes o segmentos**” al Decreto 1082 de 2015³⁶. Este artículo establece que las entidades estatales promoverán la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes³⁷ atendiendo a criterios tales como:

- (i) El tipo de entregable.
- (ii) El valor del contrato.
- (iii) El ámbito geográfico de la entrega.

Adicionalmente, se establece que las entidades estatales podrán incluir en el pliego de condiciones mecanismos o reglas que limiten el número de lotes que se

³⁵ OCDE “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”. Cuarta recomendación, numeral 2. Pág. 8.

³⁶ A la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2.

³⁷ Cfr. Artículo 5 del Proyecto aportado al expediente 22-55976: Que dentro de estas Mipymes se encuentran entre otras: (i) las cooperativas o las que se constituyan como entidades de economía solidaria de acuerdo con los requisitos del artículo 6 de la Ley 454 de 1998 o la norma que las modifique o sustituya; (ii) las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional que tengan capacidad para contratar; (iii) Las asociaciones de pequeños productores locales y productores locales agropecuarios cuyos sistemas productivos pertenezcan a la Agricultura Campesina, Familiar y Comunitaria.

adjudican a un mismo proponente, con el fin de evitar que se concentre la contratación, sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios. Frente a este último aspecto, el Proyecto dispone que la decisión de no adjudicar un contrato en lotes o segmentos podrá obedecer entre otras razones, a que mediante este mecanismo se pueda **restringir la competencia** o que la segmentación del mercado pueda conducir a que la ejecución del contrato sea imposible desde el punto de vista técnico o económico.

Frente a estas disposiciones, esta Superintendencia encuentra insuficientes los anteriores criterios para justificar la segmentación de un proceso de contratación pública. Específicamente, se ve con preocupación la definición de los tamaños de los lotes o segmentos en los que pueden participar las Mipymes definidas en el Proyecto. En efecto, el tipo de entregable, el valor del contrato y el ámbito geográfico de la entrega en sí mismos no son criterios suficientes para definir el tamaño de un lote que eventualmente corresponderá al valor de un contrato con el Estado que se debe ejecutar a cabalidad.

A juicio de esta Superintendencia, es fundamental que, en el marco de un proceso de contratación, se propicie la competencia por lote o segmento de manera tal que el Estado materialice los beneficios resultantes del aumento de la vigorosidad competitiva en el proceso de contratación. Para lograr lo anterior, esta Autoridad considera fundamental que dentro del artículo 6 del Proyecto se incluya como criterio para promover la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes, los resultados del estudio del sector correspondientes al “análisis de la oferta”. Esta Superintendencia encuentra que tales resultados constituyen un criterio fundamental para definir el tamaño del lote o segmento en un proceso de contratación pública que genere presión competitiva y diversidad de ofertas por cada lote. En otras palabras, el que la decisión de fragmentación del objeto a contratar repose sobre el estudio del sector mitiga el riesgo de diseñar lotes o segmentos a la medida de un proponente, evitando que se generen hechos de colusión que, en consecuencia, limiten la libre competencia económica.

Esta Autoridad considera que omitir los resultados de análisis del sector como criterios para diseñar lotes o segmentos puede genera barreras de entrada injustificadas a los procesos de selección y tiene la potencialidad de favorecer a un grupo de potenciales oferentes respecto de otros. Lo anterior, debido a que los lotes podrían ser diseñados para un tipo de empresa en específico sin importar aspectos que permiten identificar las opciones o condiciones de suministro del bien y servicio a contratar para determinadas categorías de compra definidas y así como el tipo de proveedores que pueden satisfacer dichas condiciones.

Particularmente, la aplicación de la regla contenida en el Proyecto no da respuesta a algunas de las preguntas que, de conformidad con el numeral B de la “*Guía para la Elaboración de Estudios de Sector*” de la Agencia Nacional para la Contratación

Pública – Colombia Compra Eficiente³⁸, son fundamentales para lograr que la compra pública “esté orientada a identificar las estrategias satisfacer las necesidades de la Entidad Estatal y a obtener el mayor valor por el dinero público”³⁹. Lo anterior, en la medida en que la entidad estatal debe entender claramente y conocer: (i) cuál es su necesidad y cómo puede satisfacerla; (ii) cómo y quiénes pueden proveer los bienes, obras y servicios que necesita; y (iii) el contexto en el cual los posibles proveedores desarrollan su actividad.

1. ¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?

*“La Entidad al determinar los partícipes en la producción, comercialización y distribución de los bienes puede **mejorar la eficiencia y la economía de las adquisiciones**, disminuyendo en algunos casos el número de intermediarios.*

*La Entidad Estatal debe conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes, obras o servicios, los costos asociados a tales procesos, cuáles son las **formas de distribución y entrega de bienes** o suministro del servicio.*

*Igualmente, la Entidad Estatal debe entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a **la cadena de producción o distribución o suministro del bien**, obra o servicio, así como identificar cuál y cómo es el proceso del bien, obra o servicio hasta llegar al usuario final, el papel que juegan los potenciales oferentes en esa cadena y el ciclo de vida del bien, obra o servicio. **Por ejemplo, el proveedor que necesita la Entidad Estatal puede ser proveedor de materias primas, fabricante, importador, ensamblador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista, intermediario, transportador, etc**”⁴⁰ (Destacado y subrayado fuera de texto original)*

2. ¿A quién se va a comprar? y ¿quién vende?:

“La Entidad Estatal debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial,

³⁸ Cfr. Capítulo I de la “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector” de la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-elaboracion-de-estudios-de-sector>

³⁹ Cfr. Capítulo I de la “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector” de la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-elaboracion-de-estudios-de-sector>

⁴⁰ Numeral 2 del capítulo B de la “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector” de la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-elaboracion-de-estudios-de-sector>

ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero. Esta identificación permite determinar posibles Riesgos de colusión³ y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. **Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos. Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal.** ”⁴¹ (Destacado y subrayado fuera de texto original)

Por lo anterior, incluir como criterio para promover la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes, los resultados del estudio del sector correspondientes al “análisis de la oferta” imprime una mayor transparencia en el sector de compras públicas y fomenta una dinámica competitiva en los procesos de contratación, permitiendo:

“(…) i) incrementar la pluralidad de oferentes, ii) simplificar los trámites de contratación estatal, iii) reducir los tiempos de preparación de ofertas y de estructuración de los procesos, iv) utilizar documentación clara e integrada que se adapte a las necesidades de las entidades estatales, v) reducir la posibilidad de direccionamiento en la adjudicación de los procesos, vi) incrementar la transparencia y reforzar la selección objetiva, vii) disminuir el riesgo de colusión y iv) optimizar los recursos de los procesos de contratación”⁴².

En mérito de lo expuesto, los criterios definidos en el artículo 6 para promover la división de procesos de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes, deben guardar relación con las condiciones de mercado de tal manera que en la segmentación del proceso no se generen limitaciones sobre la libre competencia y, por el contrario, se garantice concurrencia y rivalidad entre los oferentes. Por lo anterior, esta Autoridad le recomendará al DNP que los resultados del estudio del sector correspondientes al “análisis de la oferta” sean incluidos dentro del artículo 6 del proyecto como criterio para decidir sobre la división del proceso de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes en los procesos de compra pública.

5.3. Sobre los convenios solidarios para la ejecución de obra

Tal y como se señaló en la sección destinada a abordar la descripción del Proyecto, se observa que el artículo 2.2.15.1.2. de la iniciativa regulatoria incorpora la figura

⁴¹ Numeral 2 del capítulo B de la “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector” de la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-elaboracion-de-estudios-de-sector>

⁴² Documento “Memoria justificativa de la Resolución” aportado al expediente de manera virtual con el radicado No. 21-468831-0-4. Pg. 23.

de los convenios solidarios para la ejecución de obras. Así las cosas, el artículo referido dispone:

“Artículo 2.2.15.1.2. Convenios solidarios para la ejecución de obras. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal con los organismos de acción comunal. El valor de tales convenios no podrá exceder la menor cuantía de la entidad estatal involucrada.

Estos convenios solidarios solo podrán tener por objeto la ejecución de obras. Para la ejecución de estas obras los Organismos de Acción Comunal deberán procurar vincular a los habitantes de la comunidad”. (Subrayado fuera del texto original)

Como se observa, la disposición enunciada incluye una regla tendiente a permitir que los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal puedan celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras con organismos de acción popular siempre y cuando estos no excedan la menor cuantía de la entidad contratante. Ahora bien, es importante precisar que el Proyecto señala que la referida regla se incorpora en cumplimiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021. Esta última disposición dispone lo siguiente:

“Artículo 95. Convenios solidarios. Se autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la menor cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad.

Parágrafo 1 Los entes territoriales podrán incluir en el monto total de los Convenios Solidarios los costos directos, los costos administrativos y el Subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del Artículo 38 de la presente ley.

Parágrafo 2. Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes territoriales deberán contar o disponer de personal técnico y administrativo-contable, para supervisar y apoyar a los Organismos de Acción Comunal en la ejecución de las obras”. (Subrayado fuera del texto original)

Partiendo de los artículos transcritos esta Superintendencia encuentra que la regla incluida en el Proyecto pretende reglamentar la disposición legal contenida en la Ley 2166 de 2021 de manera que sea viable la participación de organismos de acción comunal en los procesos de contratación pública cuyo objeto sea la ejecución de obras. No obstante, no puede perderse de vista que con anterioridad a la expedición de la Ley 2166 de 2021 la contratación de obra por regla general debía llevarse a cabo mediante la modalidad de licitación pública y en ningún caso podría

realizarse por medio de contratación directa. Así las cosas, dentro de los contratos estatales definidos por la Ley 80 de 1993 se consagra el contrato de obra de la siguiente manera:

“Artículo 32. (1). Contrato de Obra. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”.

Por su parte, la Ley 1150 de 2007 establece las modalidades de contratación pública señalando que la regla general de contratación es el uso de la licitación pública salvo disposición que señale lo contrario. Adicionalmente, respecto de la modalidad de contratación directa se señala que las entidades públicas únicamente podrán hacer uso de esta modalidad en situaciones específicas. En este sentido, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 incluye 14 escenarios en los cuales la entidad pública puede acudir a la contratación directa como modalidad para contratar, no obstante, en ninguno de estos se encuentra la contratación de obras públicas.

Con base en lo dicho hasta este punto, esta Superintendencia pone de presente que la contratación directa como modalidad de contratación prevista en la Ley 2166 de 2021 elimina la rivalidad entre los proponentes para resultar adjudicatarios de la obra objeto de la compra pública.

Por lo anterior, se trata de una modalidad en la cual la entidad estatal escoge de forma directa y sin contar con un proceso competitivo al contratista que llevará a cabo la ejecución del contrato estatal. Así las cosas, una regla como la que incorpora dicha Ley trae por lo menos los siguientes efectos: en primer lugar, genera un efecto exclusorio en relación con aquellos agentes económicos que cuentan con la capacidad para llevar a cabo obras públicas pero que no son organismos de acción comunal. En segundo lugar, propicia que el Estado contrate bajo condiciones subóptimas como consecuencia de la falta de rivalidad y presión competitiva en relación con las variables de competencia, como lo son precio y calidad. En tercer lugar, elimina los incentivos para que los organismos de acción comunal sean competitivos en el mercado y generen procesos más eficientes en términos de precio y calidad. Lo anterior, por cuando estos agentes encontrarán en la regla incluida en la Ley un escenario particular previsto para su participación en las compras públicas sin la necesidad de enfrentar presión competitiva. Por último, fomenta la creación de procesos pensados para favorecer a un determinado

contratista, en detrimento de la concurrencia, competencia y selección objetiva que deben estar presentes en cualquier contratación pública.

De esta forma, la Autoridad de Competencia considera que si bien la Ley 2166 de 2021 autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal es preciso que dicha posibilidad no vaya en detrimento de posibles proponentes interesados en participar en los mercados de compras públicas asociados a obras.

Por lo anterior, y con ocasión de la tarea de reglamentación del referido artículo que enfrenta el DNP de cara al presente Proyecto, la Autoridad de Competencia recomendará, en el marco de la reglamentación referida, si es dable incluir en el artículo 2.2.15.1.2. del Proyecto denominado “Convenios solidarios para la ejecución de obras” que los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras con los organismos de acción comunal, cuando producto del estudio de mercado se haya evidenciado que no existen oferentes en capacidad de llevar a cabo la obra objeto de contratación, esto con el fin de que se salvaguarde el régimen de protección de la libre competencia económica.

6. RECOMENDACIONES

Con base en el análisis antes referido, esta Superintendencia recomienda al DNP:

- **Definir y establecer** con precisión las reglas concretas o parámetros que deberán aplicar las entidades estatales para verificar la “capacidad para contratar” de las asociaciones conformadas por sujetos de especial protección constitucional, mencionadas en los artículos 2, 3, 6 y 13 del Proyecto.
- **Enviar** el presente concepto a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente con el fin de que someta al análisis de abogacía de la competencia el proyecto de acto administrativo que contenga las reglas para crear catálogos de bienes o servicios, derivados de Instrumentos de Agregación de Demanda, para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas no uniformes, que puedan ser provistos por Mipymes.
- **Incluir** en el artículo 6 del proyecto como criterio para decidir sobre la división del proceso de contratación en lotes o segmentos que faciliten la participación de las Mipymes, los resultados del estudio del sector correspondientes al “análisis de la oferta”.

- **Considerar**, en el marco de la reglamentación del artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, si es dable incluir en el artículo 2.2.15.1.2. del Proyecto denominado “Convenios solidarios para la ejecución de obras” que los entes territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal solo podrán celebrar de manera directa convenios solidarios para la ejecución de obras con los organismos de acción comunal, cuando producto del estudio de mercado se haya evidenciado que no existen oferentes en capacidad de llevar a cabo la obra objeto de contratación.