**CCE-DES-FM-17**

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Fundamento – Alcance**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagran dicho principio, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Con todo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la selección objetiva en varios apartados, así como también lo hace el Decreto 1082 de 2015.

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que «la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas» . Igualmente, ha señalado que «el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos».

**SUBSANABILIDAD – Regla jurídica – Reiteración**

En el presente concepto se reitera la siguiente regla: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

**SUBSANABILIDAD – Requisitos de desempate – Improcedencia**

Un ejemplo de un caso en el que se limita normativamente la subsanabilidad, la constituye la relacionada con las exigencias necesarias para acreditar los requisitos de desempate, como lo establece el numeral 1.6. del Documento Base de los pliegos tipo, en los siguientes términos: «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los Proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación».

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Incentivo Legal – Puntaje adicional – Normativa**

Con la expedición de la Ley 1618 de 2013 el legislador estableció las disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, el artículo 13 ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que, en su planta de personal, tuvieran contratado personal en situación de discapacidad. El Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013», […] prevé el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional a los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten contar dentro su nómina con personas en situación de discapacidad. Conforme a lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.6, adicionado por el Decreto 392 de 2018, […] establece que debe asignarse un uno por ciento [1%] de puntaje adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Requisitos**

Según esta norma, en los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional por tener personas en condición de discapacidad vinculadas en la planta de personal, se deberá acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal.

Para el primer requisito, la norma prevé que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

Para el caso de proponentes singulares, la acreditación de tal situación se realizará a través de certificación emitida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal cuando esté obligado a tenerlo.

Por su parte, cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante que debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a su planta de personal, ya sea directamente en el caso de personas naturales, o por conducto de su representante legal o revisor fiscal en el caso de las personas jurídicas, es el que aporte como mínimo el cuarenta por ciento [40%] de la experiencia requerida, como se explicará más adelante.

[…]

De otra parte, para acreditar el segundo requisito, o sea, el número mínimo de personas en condición discapacidad en la planta de personal, se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo al proponente persona natural o jurídica, o al integrante de la estructura plural que cuente con esta condición. Este certificado debe estar vigente al cierre del proceso de selección.

**PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Doble función**

El Documento Base establece dos hipótesis diferentes y para cada una de ellas establece dos estándares diferentes: por un lado, para la calificación por «Vinculación de personas con discapacidad», en donde dispone una cuadro en el que se deben verificar el «Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente» y el «Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido», según la tabla transcrita en páginas anteriores; y por el otro, como factor de desempate de las propuestas, evento en el cual exige que la entidad contratante verifique que el proponente tiene «por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad».

Se trata, pues, de una circunstancia que sirve para obtener los puntos de calificación por «Vinculación de personas con discapacidad» y, eventualmente, como criterio de desempate. En ambos casos, la vinculación de las personas en las condiciones referidas debe estar acreditada según las exigencias referidas arriba: i) se debe acreditar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal, a través de la certificación expedida por la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según el caso; y ii) se debe probar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, para lo que se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, vigente al cierre del proceso de selección. Esto, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 392 de 2018.

**DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Número máximo ‒ Ofrecimientos**

[…] el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo y meses de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por los oferentes, y tampoco la entidad estatal está habilitada para establecer dichos topes. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, los compromisos que se hagan con ocasión de estos ofrecimientos se convierten en obligaciones contractuales de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

**FACTORES DE CALIDAD – Facultad ‒ Límites ‒ Topes – Antes de la Resolución 116 de 2020**

El Documento Tipo, para el momento en el que se formuló la presente consulta, esto es, para el 9 de julio de 2020, no limitaba al oferente frente al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometía a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependían únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizaba dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentará su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituía una obligación contractual –lo sigue haciendo–, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertaban lo que podían cumplir.

Tampoco existía un deber o facultad de las entidades para establecer topes a estos factores, ya que esto era dejado por el Documento Tipo a la autonomía de los oferentes, en la medida que la razonabilidad de los ofrecimientos sería producto de la libre competencia y de la capacidad de los participantes del proceso de selección para materializar lo ofertado una vez adjudicado el contrato, en la ejecución real.

A similares conclusiones podría arribarse en lo que respecta a la «garantía suplementaria o adicional» y al «mantenimiento adicional», en la medida en que, a la fecha de radicación de la consulta sub examine, la entidad tenía proscrito entrar a limitar el ofrecimiento adicional que los oferentes hacen de estos ítems, habida consideración de los beneficios que tales ofrecimientos traen para la estabilidad y durabilidad de la obra a contratar y, por ende, para las personas que se beneficiaran de ella.

Bogotá D.C., **27/07/2020 Hora 13:53:28s**

**N° Radicados: 2202013000006653**

Señora

**María Juliana Pérez**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 481 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Fundamento – Alcance / SUBSANABILIDAD – Regla jurídica – Reiteración / SUBSANABILIDAD – Requisitos de desempate – Improcedencia / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Incentivo Legal – Puntaje adicional – Normativa / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Puntaje adicional – Requisitos / PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Doble función / DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar / FACTORES DE CALIDAD – Facultad de establecer topes – Antes de la Resolución 116 de 2020 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000005755  |

Estimada señora Pérez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 9 de julio de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

**1. Problemas planteados**

La peticionaria plantea las siguientes preguntas: «1. [¿]Los documentos aportados para los criterios de desempate pueden ser subsanados y hasta qu[é] etapa podrían ser subsanados?»; «2. [¿]Si un proponente allega junto con su oferta únicamente el formato de desempate por vinculación de personas con discapacidad, es decir certifica que el 10% de su nómina está en condiciones de discapacidad, es suficiente para asignarle puntaje por el decreto 392 de 2018? Es decir [¿]se puede entender con el ofrecimiento que el proponente certificó el número total de trabajadores?»; «3. Cuando se apliquen criterios de calidad como garantía extendida, mantenimiento adicional o cuadrillas adicionales, [¿]qu[é] sucede si el proponente con el mayor ofrecimiento y mayor puntaje, es eliminado o rechazado en la evaluación económica[?]. [¿]Debe la entidad recalcular nuevamente este puntaje o se mantiene la evaluación ya realizada?»; y «4. Para los factores de calidad antes mencionados, [¿]tienen la potestad las entidades de definir límites superiores?»
(Entre corchetes fuera de texto).

**2. Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, es necesario explicar los siguientes temas: i) subsanabilidad de las ofertas; ii) requisitos para acreditar la vinculación del personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018; y iii) el alcance del factor de calidad como criterio de evaluación, asignación de puntaje y desempate de las propuestas económicas, particularmente, en relación con la garantía suplementaria o adicional por cuenta del contratista, las cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo de este último y el mantenimiento adicional.

Para tales fines, se reiterarán las tesis expuestas en los siguientes conceptos: en relación con el tema uno, los conceptos del 28 de octubre y el 12 y 15 de noviembre de 2019 –Radicados Nos. 4201913000006471, 4201912000006711 y 4201912000006496–, cuyas ideas se unificaron en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, y han sido reiteradas pacíficamente en los conceptos C-008 del 4 de mayo de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-044 del 24 de marzo de 2020 y C-082 del 25 de febrero de 2020, entre otros; frente a la segunda temática, los conceptos del 10 y el 23 de julio de 2019, del 13 de agosto de 2019, del 16 y el 18 de septiembre de 2019, del 3 y 10 de octubre de 2019, del 16 de noviembre de 2019 y del 2 y 27 de diciembre de 2019 –Radicados Nos. 4201912000004631, 4201913000005084, 4201913000004446, 4201912000005689, 4201913000006373, 4201912000006258, 4201913000006154, 4201912000007756, 4201913000007151 y 4201912000008593–, así como en los conceptos C-019 del 14 de enero de 2020, C-030 del 28 de enero de 2020, C-026 del 11 de febrero de 2020, C-063 del 24 de febrero de 2020 y C-137 del 26 de marzo de 2020; y, frente al tercer tema, los conceptos C-294 del 18 de mayo de 2020; C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020; C-404 del 12 de junio de 2020 y C-430 del 7 de julio de 2020.

**2.1. Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección.**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagran dicho principio[[1]](#footnote-1), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Con todo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados[[2]](#footnote-2), así como también lo hace el Decreto 1082 de 2015[[3]](#footnote-3).

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que «la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas»[[4]](#footnote-4). Igualmente, ha señalado que «el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos»[[5]](#footnote-5).

Ahora bien, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de posibilitar la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes; decisión que, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, en el presente concepto se reitera la siguiente regla: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Un ejemplo de un caso en el que se limita normativamente la subsanabilidad, la constituye la relacionada con las exigencias necesarias para acreditar los requisitos de desempate, como lo establece el numeral 1.6. del Documento Base de los pliegos tipo, en los siguientes términos:

Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate, no son subsanables*, por lo que los mismos deben ser aportados por los Proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación. (Cursivas propias)

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano. Actualmente, se tiene que el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

(... )

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

Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e iii) introduce modificaciones en relación con cuatro aspectos que se analizarán a continuación.

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[6]](#footnote-6); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: “*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*”.

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que se refiere a la subsanabilidad de las ofertas. *Primera*, que la posibilidad de los oferentes para subsanar es el término del traslado del informe de evaluación, ya que en este documento es donde la Administración establece los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; *segunda*, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para comunicarles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, la subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la que más se ajusta a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.

Así pues, la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso».Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: *primero*, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y *segundo*, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[7]](#footnote-7), que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha: «quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que ‘se cierra el proceso’ con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento»[[8]](#footnote-8).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas; eso es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello por lo que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[9]](#footnote-9). En tal sentido, esta Subdirección, en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. En tal sentido, indicó que no es relevante que, al subsanar dichos documentos, su fecha de actualización sea posterior a la del cierre, sino que las circunstancias que acrediten hayan ocurrido antes.

Las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acredite experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que «[…] el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso», pero que «Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta».

Una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

**2.2. Requisitos para acreditar el personal en situación de discapacidad, con la finalidad de obtener el incentivo previsto en el Decreto 392 de 2018**

Con la expedición de la Ley 1618 de 2013 el legislador estableció las disposiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad[[10]](#footnote-10). Así mismo, el artículo 13 ordenó al Gobierno Nacional expedir un reglamento que determinara la metodología mediante la cual se otorgaría el puntaje adicional a las empresas que en su planta de personal tuvieran contratado personal en situación de discapacidad. La Ley 1618 de 2013 dispone:

Artículo 13. Derecho al trabajo. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

1. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores.

[…]

8. Los gobiernos nacionales, departamentales, distritales y municipales, deberán fijar mediante decreto reglamentario, en los procesos de selección de los contratistas y proveedores, un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad.

Teniendo en cuenta que la norma impuso al Gobierno Nacional la obligación de expedir el reglamento para materializar lo dispuesto en esta ley respecto del puntaje adicional, se expidió el Decreto 392 de 2018, «Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad». Este Decreto prevé el deber de las entidades del Estado de otorgar un puntaje adicional a los procesos de selección de contratistas del Estado, en las modalidades de licitación pública y concurso de méritos, a quienes acrediten contar dentro su nómina con personas en situación de discapacidad.

Conforme a lo anterior, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.4.6, adicionado por el Decreto 392 de 2018, regula el puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. Dicho artículo establece que debe asignarse un uno por ciento [1%] de puntaje adicional a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, de acuerdo con los requisitos previstos en el Decreto en mención:

Artículo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos:

1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el 1%, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| **Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente** | **Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido** |
| Entre 1 y 30  | 1  |
| Entre 31 y 100  | 2  |
| Entre 101 y 150  | 3  |
| Entre 151 y 200  | 4  |
| Más de 200  | 5  |

Según esta norma, en los procesos de licitación pública o concurso de méritos, para obtener el puntaje adicional por tener personas en condición de discapacidad vinculadas en la planta de personal, se deberá acreditar: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal.

Para el *primer requisito*, la norma prevé que la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, deberá certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

Para el caso de proponentes singulares, la acreditación de tal situación se realizará a través de certificación emitida por: i) la persona natural o ii) el representante legal de la persona jurídica o su revisor fiscal cuando esté obligado a tenerlo.

Por su parte, cuando se trate de proponentes plurales, esto es, consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante que debe certificar de forma independiente el número de trabajadores vinculados a su planta de personal, ya sea directamente en el caso de personas naturales, o por conducto de su representante legal o revisor fiscal en el caso de las personas jurídicas, es el que aporte como mínimo el cuarenta por ciento [40%] de la experiencia requerida, como se explicará más adelante.

Para llegar a la anterior conclusión, es necesario tener en cuenta que esta condición es propia de la persona natural o jurídica que pretende acreditarla para obtener el puntaje. Por lo tanto, cuando la norma señala «la planta de personal del proponente o sus integrantes», esta debe ser entendida de acuerdo con el tipo de proponente que se presente al proceso de selección. Así, «proponente» se refiere tanto a las personas naturales o jurídicas que se presentan en singular, como a las estructuras plurales, trátese de consorcio o unión temporal. De allí que la expresión «o sus integrantes», califica el proponente y se refiere a los integrantes de las estructuras plurales enunciadas.

Igualmente, el numeral 1 del artículo en mención establece que para que se otorgue el puntaje adicional a los proponentes con trabajadores en condición de discapacidad se requiere un certificado expedido por la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal que certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente *o* sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

De conformidad con la disyuntiva señalada en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.6 del Decreto 1082 de 2015, se puede interpretar que tratándose de personas jurídicas es posible que el representante legal firme la certificación requerida para otorgar puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad, siempre que la empresa o sociedad no esté obligada a contar con revisor fiscal.

Ahora, según lo previsto en el Decreto 392 de 2018 y en las normas que deben observar los revisores fiscales[[11]](#footnote-11), tratándose de empresas o sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal[[12]](#footnote-12), este es quien tiene que certificar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.

De otro lado, el parágrafo del artículo 2.2.1.2.4.2.6. establece la siguiente regla para las ofertas presentadas por proponentes plurales:

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo, si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación.

De acuerdo con esta norma, la entidad estatal tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento [40%] de la experiencia requerida en el proceso de contratación. Es decir, la expresión «tendrá en cuenta», que señala la norma, implica que la verificación del cumplimiento de requisitos establecidos en el Decreto 392 de 2019 se realiza sobre el integrante de la estructura plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento [40%] de la experiencia. En contraste, si el integrante que aporta este porcentaje no tiene vinculados trabajadores con discapacidad, no podrá el consorcio o la unión temporal de que hace parte obtener puntaje por este criterio, aun cuando los demás integrantes que hayan aportado experiencia en un porcentaje inferior al cuarenta por ciento [40%] cuenten con trabajadores en condición de discapacidad.

De otra parte, para acreditar el *segundo requisito*, o sea, el número mínimo de personas en condición discapacidad en la planta de personal, se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo al proponente persona natural o jurídica, o al integrante de la estructura plural que cuente con esta condición. Este certificado debe estar vigente al cierre del proceso de selección.

De la lectura integral del artículo 2.2.1.2.4.2.6. *ibidem*, se observa que la solicitud de requisitos para acreditar la vinculación de personas en condición de discapacidad se refiere a cada una de las personas naturales o jurídicas, bien sea de forma singular o como integrante de estructura plural. Tal es el caso del certificado del Ministerio de Trabajo, que se expide de forma independiente, o de la planta de personal que se tiene en cuenta para verificar el número de trabajadores en condición de discapacidad que se debe acreditar frente al número de trabajadores con que cuenta la planta de personal.

Es necesario tener en cuenta que la forma de asignar el puntaje se estableció como factor de calificación adicional a los criterios económicos y técnicos fijados por la entidad estatal en los pliegos de condiciones. Por lo tanto, cuando el proponente acredite que en la planta de personal de la empresa hay contratadas personas con discapacidad y presente los documentos respectivos para acreditar tal condición, la entidad deberá realizar una operación aritmética sobre el valor total de los puntos establecidos como factores de calificación para verificar a qué resultado corresponde el uno por ciento [1%], del puntaje que debe otorgar al proponente como incentivo por acreditar la condición de su equipo de trabajo en situación de discapacidad, en los términos establecidos por el Decreto.

Ahora bien, para los fines del presente concepto, resulta importante precisar que la vinculación de personas con discapacidad también constituye un criterio de desempate de ofertas, según lo que se observa en el numeral 9 del numeral 4.6. del Documento Base, en los siguientes términos:

4.6. CRITERIOS DE DESEMPATE

En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas, la Entidad aplicará los criterios definidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 así:

[…]

9. Preferir la propuesta presentada por el Proponente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997 debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona , que hayan sido contratados con por lo menos un (1) año de anterioridad a la fecha de cierre del presente Proceso de selección y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación para lo cual deberá diligenciar el Formato 8 – Vinculación de personas con discapacidad. Si la oferta es presentada por un Consorcio o Unión Temporal, el integrante del Proponente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio o Unión Temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia habilitante.

El Documento Base establece dos hipótesis diferentes y para cada una de ellas establece dos estándares diferentes: por un lado, para la calificación por «Vinculación de personas con discapacidad», en donde dispone una cuadro en el que se deben verificar el «Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente» y el «Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido», según la tabla transcrita en páginas anteriores; y por el otro, como factor de desempate de las propuestas, evento en el cual exige que la entidad contratante verifique que el proponente tiene «por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad».

Se trata, pues, de una circunstancia que sirve para obtener los puntos de calificación por «Vinculación de personas con discapacidad» y, eventualmente, como criterio de desempate. En ambos casos, la vinculación de las personas en las condiciones referidas debe estar acreditada según las exigencias referidas arriba: i) se debe acreditar el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal, a través de la certificación expedida por la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según el caso; y ii) se debe probar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, para lo que se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, vigente al cierre del proceso de selección. Esto, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.4.2.6. del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 1 del Decreto 392 de 2018.

**2.3. Cuadrillas trabajo adicional, garantía suplementaria o adicional y mantenimiento adicional como factores de calidad en los pliegos tipo de licitación pública**

Antes de desarrollar el tema propuesto, esta entidad estima necesario resaltar que los numerales 4.2.4, 4.2.5. y 4.2.6. del Documento Base de los Documentos Tipo para licitaciones públicas de infraestructura de trasporte –versión 2–, así como también los mismos numerales de los Documentos Tipo de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte, adoptados mediante las Resoluciones Nos. 044 y 045 de 2020, fueron modificados por medio de la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, todas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

 En términos generales, en la referida resolución se dispuso: i) que el ofrecimiento del proponente sobre la «garantía suplementaria o adicional» y el «mantenimiento adicional», no podrá́ superar el «[…] valor porcentual máximo entre el siguiente rango: entre el 30% y el 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra […]»[[13]](#footnote-13), valor porcentual que fija libremente la autoridad contratante dentro del referido rango; y ii) que, en relación con las «cuadrillas de trabajo» adicionales, las entidades deben elegir si establecen un estimado de frentes de trabajo o si no lo establecen, pues, en el primer evento, «[e]l proponente podrá ofrecer hasta máximo 2 cuadrillas por cada frente de trabajo»[[14]](#footnote-14), mientras que en el segundo, «[…] ofrecerá 1 cuadrilla adicional por cada 50 obreros que sean requeridos para el proyecto de infraestructura de transporte»[[15]](#footnote-15).

 No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la resolución antes comentada entró en vigencia el 21 de julio de 2020, y que la consulta de la referencia fue radicada el 9 de julio pasado, aquella no se tendrá en cuenta como parámetro para resolver las preguntas *sub examine*.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que, en relación con el «factor de calidad», la versión 2 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Resolución No. 045 de 2020–, conserva los tres factores existentes en la versión 1–Resolución No. 1798 de 2019–, e incluyen como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista. Estos factores además se encuentran incluidos dentro del Documento Tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía –Resolución No. 044 de 2020–.

Frente a los nuevos factores es importante resaltar que los Documentos señalan que «de acuerdo con las características del objeto a contratar y con el principio de proporcionalidad y razonabilidad la Entidad debe elegir una o varias de las opciones previstas para otorgar el puntaje del factor de calidad». En este sentido, la entidad debe valorar, frente a su necesidad y a los principios mencionados, cuándo la inclusión de estos factores resulta pertinente para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada, atendiendo a las particularidades de cada proyecto y, en todo caso, únicamente podrá exigir acreditar máximo tres de ellos, lo cual conserva el tope establecido en la Versión 1 de los Documentos.

Adicionalmente, esta versión de los Documentos Tipo conserva el puntaje establecido para el factor de calidad en la Versión 1, de modo que no se alteró el total de los 19 puntos que puede otorgar la entidad por este criterio de evaluación. Estos 19 puntos corresponderán al total de los puntos que podrán asignarse como puntaje al rubro de factor de calidad, en casos de que se opte por varios factores de calidad estos 19 puntos deberán ser repartidos entre los mismos, de tal manera que la sumatoria del puntaje de los factores de calidad escogidos por la entidad no sobre pase los 19 puntos.

El «Factor de Calidad ― Cuadrilla de trabajo adicional» tiene por objeto otorgar puntaje al proponente que se comprometa a ofertar y vincular a la obra cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo propio. Por cuadrilla se entiende el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo que requiera el proyecto de infraestructura de transporte, la cual deberá ser de 5 obreros. Asimismo, este ofrecimiento será a costo y riesgo del contratista durante la ejecución del contrato y no podrá ser objeto de cobro adicional alguno a la entidad.

De igual manera, es importante señalar que la entidad definirá en el Documento Base las actividades y el tiempo que se necesitará para las cuadrillas de trabajo adicional. Con el fin de reducir la discrecionalidad de la entidad y fortalecer las ventajas que este factor supone para la calidad de la obra, la entidad otorgará el puntaje fijado para este criterio de acuerdo con el número de cuadrillas que el proponente se comprometa a incorporar durante la ejecución, según su capacidad. Este factor de calidad trae beneficios para el adecuado cumplimiento del contrato, incidiendo en la reducción del tiempo de ejecución y previniendo atrasos, de manera que favorece la calidad de la ejecución, en tanto incide, entre otras cosas, en una disminución de los plazos y en la atención oportuna de las contingencias que surjan durante la ejecución del contrato.

Por su parte, el «Factor de Calidad ― Mantenimiento adicional» tiene como objeto mejorar la calidad de la obra, ya que se garantiza un mantenimiento rutinario, situación que otorga beneficios a las entidades y a la ciudadanía en cuanto a la durabilidad de las condiciones de la infraestructura de transporte. Ahora, el proponente ofertará el número de meses durante los cuales se compromete a realizar por su propia cuenta y riesgo las labores de mantenimiento rutinario de la obra construida. El término ofertado será contado a partir de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación.

Asimismo, es necesario señalar que las labores ofrecidas corresponden a mantenimientos rutinarios que no estén relacionados con la estabilidad y calidad de las obras, y la entidad determinará la forma para llevar a cabo el seguimiento de las labores ofertadas durante la ejecución del contrato.

Conforme a lo anterior, el puntaje otorgado por estos dos factores de calidad depende del ofrecimiento que realice cada proponente en sus ofertas, de acuerdo con sus capacidades y competitividad. En este sentido, el mayor puntaje lo recibirá aquel oferente que ofrezca mayor número de cuadrillas de trabajo adicional y el que se comprometa a realizar durante un plazo mayor labores de mantenimiento rutinario después de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación.

 En otras palabras, la entidad no puede fijar discrecionalmente un número de meses que den lugar a otorgar el puntaje por mantenimiento adicional o definir cuántas cuadrillas de trabajo adicional se necesitan, o los perfiles de los integrantes de la cuadrilla, sino que depende del proponente ofertar el tiempo de mantenimiento adicional y el número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofrecer, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento, fomenta la competencia e incrementa las condiciones de calidad para la entidad.

 Es del caso mencionar que para otorgar el puntaje basta con diligenciar los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y el «7F – Mantenimiento adicional», dependiendo de los criterios de evaluación seleccionados por la entidad. En efecto, al diligenciarlos el proponente debe indicar bajo la gravedad de juramento cuál es el compromiso que asume, ya sea el número de cuadrillas de trabajo adicional o el tiempo durante el cual realizará el mantenimiento rutinario.

 El Documento Tipo, para el momento en el que se formuló la presente consulta, no limitaba al oferente frente al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometía a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional[[16]](#footnote-16). Estos ofrecimientos dependían únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizaban dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentaría su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituía una obligación contractual –lo sigue haciendo–, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertaban lo que podían cumplir.

 En ese sentido, antes de la expedición de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, las entidades estatales que aplican la versión 2 del Documento Tipo para procesos de licitación pública o selección abreviada de menor cuantía, no se encontraban facultadas para fijar topes o un número máximo de cuadrillas que den lugar al otorgamiento del puntaje, ya que, como se sostenía antes de la vigencia de la referida resolución, esto dependía únicamente de los proponentes. Dicha postura se justificaba, además, en que las entidades no tienen la facultad de modificar los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional», en la medida que estos son Documentos Tipo afectados por el principio de inalterabilidad, por lo que solo pueden modificar los apartados entre corchetes y resaltados en gris[[17]](#footnote-17).

 En consecuencia, antes de la publicación de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, el oferente tenía la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo y meses de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el Documento Tipo, antes de esa fecha, no limitaba los ofrecimientos realizados por los oferentes, y tampoco la entidad estatal estaba habilitada para establecer dichos topes. No obstante, en el evento que resultaba adjudicatario del proceso de contratación, los compromisos que se hicieran con ocasión de estos ofrecimientos se conviertían en obligaciones contractuales de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

 En tal sentido, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 17, establece que en virtud del derecho al debido proceso y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estas tienen la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones[[18]](#footnote-18). Con fundamento en lo anterior, el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «Cláusula 15. Multas», numeral 1, prevé, como uno de los contenidos de las cláusulas que las entidades pueden incorporar en sus contratos, que se impondrá una multa por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor de calidad. Así se indicó en los siguientes términos:

 **CLÁUSULA 15. MULTAS**

[…]

Si durante la ejecución del Contrato se generaran incumplimientos del Contratista, se causarán las siguientes multas:

[…]

7. Por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor calidad, al Contratista se le impondrá una multa equivalente al [0,5%] del valor del contrato, [por cada día calendario de atraso en el cumplimiento de dicha obligación].

 En este sentido, en caso de que el oferente resulte adjudicatario del proceso de contratación, y en consecuencia celebre el contrato con la entidad estatal, los ofrecimientos realizados en relación con los factores de calidad mencionados se deben cumplir, so pena que se impongan las sanciones pactadas en el contrato, como, por ejemplo, la multa o la cláusula penal.

 De este modo, la entidad en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato» puede determinar el valor de la multa en el evento que se incumplan los ofrecimientos realizados en el factor de calidad. La imposición de multas tiene fundamento el artículo 1602 del Código Civil al señalar que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales[[19]](#footnote-19). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de Calidad» y resulta adjudicatario del proceso de contratación, su ofrecimiento se convierte en ley para las partes y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento.

 Asimismo, el artículo 1603 del Código Civil indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella. Es así como las partes, al comprometerse con su oferta a otorgar una garantía por un tiempo adicional, o destinar a la ejecución del contrato un número de cuadrillas de trabajo adicional, estos ofrecimientos se convierten en una obligación contractual, que se debe cumplir en la ejecución del contrato ajustada a la buena fe[[20]](#footnote-20).

 Conforme a lo anterior, antes de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, el oferente tenía la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional, o definir el término por el cual realiza las labores de mantenimiento rutinario de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el Documento Tipo, para la referida fecha, no limitaba los ofrecimientos realizados por el oferente, ni facultaba a las entidades para hacerlo. No obstante, en el evento que resultara adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convertía en una obligación contractual de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

 A similares conclusiones podría arribarse en lo que respecta a la «garantía suplementaria o adicional» y al «mantenimiento adicional», en la medida la entidad, antes de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, tenía proscrito entrar a limitar el ofrecimiento adicional que los oferentes hacen de estos ítems, habida consideración de los beneficios que tales ofrecimientos traen para la estabilidad y durabilidad de la obra a contratar y, por ende, para las personas que se beneficiaran de ella.

 Finalmente, para los efectos de la consulta *sub examine*, se considera del caso precisar que los factores «garantía suplementaria o adicional», «cuadrillas de trabajo adicional» y «mantenimiento adicional», deben ser calculados de acuerdo con las fórmulas que establece el Documento Base en los numerales 4.2.4. a 4.2.6., que son las siguientes[[21]](#footnote-21):

[…] Para efectos de la asignación de puntaje se tendrá en cuenta la siguiente fórmula:

 $P=\frac{Tx\*Pmax}{Tmax}$

Donde:

P = Puntaje a asignar.

Tx = Tiempo ofertado por el Proponente en meses “x”.

Pmax = Puntaje máximo para el respectivo factor de sssssssssssssssss calificación.

Tmax = Tiempo máximo ofertado.

[…]

Para efectos de la asignación de puntaje se tendrá en cuenta la siguiente fórmula:

$$P=\frac{Cx\*Pmax}{Cmax}$$

Donde:

P = Puntaje a asignar.

Cx = Número de cuadrillas ofertadas por el Proponente “x”.

Pmax = Puntaje máximo para el respectivo factor de calificación.

Cmax = Número máximo de cuadrillas ofertadas.

[…]

Para efectos de la asignación de puntaje se tendrá en cuenta la siguiente fórmula:

 $P=\frac{Tx\*Pmax}{Tmax}$

Donde:

P = Puntaje a asignar.

Tx = Tiempo ofertado por el Proponente en meses “x”.

Pmax = Puntaje máximo para el respectivo factor de sssssssssssssssss calificación.

Tmax = Tiempo máximo ofertado.

 Nótese que, en los tres casos, la fórmula exige definir el «máximo ofertado», esto es, el «Tiempo máximo ofertado», en relación con la «garantía suplementaria o adicional» y «mantenimiento adicional», y el «Número máximo de cuadrillas ofertadas», como su nombre lo indica, frente a las cuadrillas ofertadas. Es indispensable, entonces, establecer quién es el proponente que tiene estos «máximos ofertados» para poder hacer el cálculo respectivo.

 Sin embargo, puede pasar que en el momento de abrir el sobre de la oferta económica sea necesario rechazar a alguno de los proponentes cuya propuesta fue tenida en cuenta para los efectos de las fórmulas antes referidas, por ejemplo, debido a que su propuesta excede el presupuesto de la entidad o porque la misma se considera artificialmente baja. En estas hipótesis, resultaría necesario que la entidad hiciera nuevamente los cálculos con el proponente que tenía el segundo «máximo ofertado», pues el proponente que tenía el primer lugar ya no haría parte del proceso contractual, por ende, su propuesta no puede ser tenida en cuenta para asignar el puntaje de los otros oferentes.

Con fundamento en las consideraciones plasmadas en los numerales 2.1., 2.2. y 2.3, *supra*, se contestarán las inquietudes formuladas.

**3. Respuestas**

«1. [¿]Los documentos aportados para los criterios de desempate pueden ser subsanados y hasta qu[é] etapa podrían ser subsanados?»

Según las consideraciones expuestas en el numeral 2.1. de este concepto, para saber si se puede subsanar o no la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

 Ahora bien, es necesario distinguir dos hipótesis: la primera, que se presenta para calificar la «Vinculación de personas con discapacidad»; y la segunda, como factor de desempate de las propuestas de los oferentes. A juicio de Colombia Compra Eficiente, en los dos escenarios no habría lugar a la subsanación. En el primero de ellos, debido a que se trata de documentos que otorgan puntaje; mientras que, en la segundo, porque así lo establece el numeral 1.6. del Documento Base, como se explicó en la parte considerativa de este concepto.

«2. [¿]Si un proponente allega junto con su oferta únicamente el formato de desempate por vinculación de personas con discapacidad, es decir certifica que el 10% de su nómina está en condiciones de discapacidad, es suficiente para asignarle puntaje por el decreto 392 de 2018? Es decir [¿]se puede entender con el ofrecimiento que el proponente certificó el número total de trabajadores?»

De acuerdo con las consideraciones expuestas en el numeral 2.2. *supra*, si el proponente «[…] allega junto con su oferta únicamente el formato de desempate por vinculación de personas con discapacidad […], esto es, el Formato 8-VINCULACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, no habría lugar a reconocer los puntos en la calificación de la oferta por «Vinculación de personas con discapacidad», así como tampoco a tener en cuenta la vinculación de dichas personas como factor desempate, pues es necesario que también se acredite: i) el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal, a través de la certificación expedida por la persona natural, el representante legal o el revisor fiscal, según el caso; y ii) el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, para lo que se debe aportar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, vigente al cierre del proceso de selección.

«3. Cuando se apliquen criterios de calidad como garantía extendida, mantenimiento adicional o cuadrillas adicionales, [¿]qu[é] sucede si el proponente con el mayor ofrecimiento y mayor puntaje, es eliminado o rechazado en la evaluación económica[?]. [¿]Debe la entidad recalcular nuevamente este puntaje o se mantiene la evaluación ya realizada?»;

Los factores «garantía suplementaria o adicional», «cuadrillas de trabajo adicional» y «mantenimiento adicional», deben ser calculados de acuerdo con las fórmulas que establece el Documento Base en los numerales 4.2.4. a 4.2.6. En los tres casos, es indispensable establecer quién es el proponente que tiene los «máximos ofertados» para poder hacer el cálculo respectivo.

 Sin embargo, puede pasar que en el momento de abrir el sobre de la oferta económica sea necesario rechazar a alguno de los proponentes cuya propuesta fue tenida en cuenta para los efectos de las fórmulas antes referidas, por ejemplo, debido a que su propuesta excede el presupuesto de la entidad o porque la misma se considera artificialmente baja. En estas hipótesis, resultaría necesario que la entidad hiciera nuevamente los cálculos con el proponente que tenía el segundo «máximo ofertado», pues el proponente que tenía el primer lugar ya no haría parte del proceso contractual, por ende, su propuesta no puede ser tenida en cuenta para asignar el puntaje de los otros oferentes.

«4. Para los factores de calidad antes mencionados, [¿]tienen la potestad las entidades de definir límites superiores?»

El Documento Tipo, para el momento en el que se formuló la presente consulta, esto es, para el 9 de julio de 2020, no limitaba al oferente frente al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometía a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependían únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizaba dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentará su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituía una obligación contractual –lo sigue haciendo–, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertaban lo que podían cumplir.

Tampoco existía un deber o facultad de las entidades para establecer topes a estos factores, ya que esto era dejado por el Documento Tipo a la autonomía de los oferentes, en la medida que la razonabilidad de los ofrecimientos sería producto de la libre competencia y de la capacidad de los participantes del proceso de selección para materializar lo ofertado una vez adjudicado el contrato, en la ejecución real.

 A similares conclusiones podría arribarse en lo que respecta a la «garantía suplementaria o adicional» y al «mantenimiento adicional», en la medida en que, a la fecha de radicación de la consulta *sub examine*, la entidad tenía proscrito entrar a limitar el ofrecimiento adicional que los oferentes hacen de estos ítems, habida consideración de los beneficios que tales ofrecimientos traen para la estabilidad y durabilidad de la obra a contratar y, por ende, para las personas que se beneficiaran de ella.

 Sin perjuicio de lo anterior, se le informa que los numerales 4.2.4, 4.2.5. y 4.2.6. del Documento Base de los Documentos Tipo para licitaciones públicas de infraestructura de trasporte –versión 2–, así como también los mismos numerales de los Documentos Tipo de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte, adoptados mediante las Resoluciones Nos. 044 y 045 de 2020, fueron modificados por medio de la Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, todas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

 En términos generales, para los procesos iniciados en vigencia de la Resolución 116 de 2020, en esta resolución se dispuso: i) que el ofrecimiento del proponente sobre la «garantía suplementaria o adicional» y el «mantenimiento adicional», no podrá superar el «[…] valor porcentual máximo entre el siguiente rango: entre el 30% y el 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra […]»[[22]](#footnote-22), valor porcentual que fija libremente la autoridad contratante dentro del referido rango; y ii) que, en relación con las «cuadrillas de trabajo» adicionales, las entidades deben elegir si establecen un estimado de frentes de trabajo o si no lo establecen, pues, en el primer evento, «[e]l proponente podrá ofrecer hasta máximo 2 cuadrillas por cada frente de trabajo»[[23]](#footnote-23), mientras que en el segundo, «[…] ofrecerá 1 cuadrilla adicional por cada 50 obreros que sean requeridos para el proyecto de infraestructura de transporte»[[24]](#footnote-24).

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos CarreñoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: «La selección de contratistas será objetiva.

»Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

»Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación».

»El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

»En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización». [↑](#footnote-ref-1)
2. Se resaltan: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación», iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables. [↑](#footnote-ref-2)
3. Así se infiere de enunciados como: i) el numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista»; ii) el numeral 8º del artículo 2.2.1.2.1.3.13., que establece como obligación del jurado calificador en los concurso de méritos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, «Manifestar a la Entidad Estatal promotora la declaratoria de desierto el concurso de arquitectura, en caso que se presente el impedimento de la escogencia objetiva de que trata el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993»; o iii) el numeral 7º del artículo 2.2.1.2.6.1.3., que consagra, como obligación de la Agencia de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, fijar en los documentos tipo «[…] alternativas para la ponderación de los elementos de calidad con el fin de que la entidad estatal contratante seleccione la opción adecuada para evaluar las condiciones técnicas de manera objetiva de acuerdo con el objeto de la contratación». [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO): «art. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, *ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*». (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 2008-00079-00(1927).

 [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992). [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1618 de 2013: «Artículo 1. Objeto. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009». [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 43 de 1990: «Artículo 13. Además de lo exigido por las leyes anteriores, se requiere tener la calidad de Contador Público en los siguientes casos:

»1. Por razones del cargo.

»a) Para desempeñar las funciones de revisor fiscal, auditor externo, auditor interno en toda clase de sociedades, para las cuales la ley o el contrato social así lo determinan.

[…]

»2. Por la razón de la naturaleza del asunto. […]

»f) Para todos los demás casos que señala la ley». [↑](#footnote-ref-11)
12. Código de Comercio: «Artículo 203. Sociedades que están obligadas a tener revisor fiscal. Deberán tener revisor fiscal:

»1) Las sociedades por acciones;

»2) Las sucursales de compañías extranjeras, y

»3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital». [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibid. [↑](#footnote-ref-13)
14. Resolución 116 de 2020. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibid. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver la aclaración contenida en los dos primeros párrafos del presente numeral (2.3.).

 [↑](#footnote-ref-16)
17. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

»En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

»Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-18)
19. Código Civil: «Artículo 1602. Los Contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-19)
20. Código Civil. «Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella». [↑](#footnote-ref-20)
21. El texto corresponde al vigente para el momento en el que se radicó la consulta. Sin embargo, como se ha dicho en este concepto, mediante la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, Colombia Compra Eficiente modificó los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. [↑](#footnote-ref-21)
22. Resolución 116 de 2020. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ibid. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ibid. [↑](#footnote-ref-24)