**CCE-DES-FM-17**

**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. En armonía con lo anterior, los compromisos que se hagan con ocasión de estos ofrecimientos, una vez celebrado el contrato con el adjudicatario, se convierten en obligaciones contractuales de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de las facultades sancionatorias de las entidades estatales.

**FACTOR DE CALIDAD – Cuadrillas de trabajo adicional – Mantenimiento rutinario adicional – Facultad – Entidad estatal – Límites – Topes**

Los Documentos Tipo para procesos de licitación –versión 2– y selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, no limitan a los oferentes respecto al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometen a emplear en el proyecto; o un plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las consecuencias asociadas a un incumplimiento contractual, entre otras cosas, la imposición de sanciones contractuales.

En ese sentido, las entidades contratantes no se encuentran facultadas para establecer un límite o tope de cuadrillas adicionales que dé lugar al otorgamiento del puntaje fijado para estos factores de calidad.

**APERTURA DE OFERTAS – Sobre No. 1 – «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» – Cierre del proceso – Documentos Públicos**

[…] sobre la publicidad de estos ofrecimientos es pertinente aclarar que los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» corresponden a documentos que otorgan puntaje distintos de la oferta económica, por lo que de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 1882 de 2018, deben ser presentados en un sobre distinto al de la oferta económica, junto con los documentos relativos al cumplimiento de los requisitos habilitantes, esto es, dentro del Sobre No. 1.

La apertura de este sobre se encuentra regulada en el numeral 2.4 del «Documento Base», en el que se establece que vencido el plazo para la recepción de ofertas deberá levantarse un acta de cierre en presencia de los interesados, procediendo a dar apertura al Sobre No. 1, momento a partir del cual los documentos contenidos en este, incluidos los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» presentados por cada proponente, pasan a ser públicos, pudiendo ser consultados en el lugar por cualquiera de los presentes, o incluso ser objeto del derecho de petición.

Bogotá D.C., **30/06/2020 Hora 12:39:29s**

**N° Radicado: 2202013000005532**

Señor

**Carlos Arturo Corzo**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C – 392 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar / FACTOR DE CALIDAD – Cuadrillas de trabajo adicional – Mantenimiento rutinario adicional – Facultad de establecer topes / APERTURA DE OFERTAS – Sobre No. 1 – «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» – Cierre del proceso – Documentos Públicos |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000004356 |

Estimado señor Corzo,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de junio 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**

Usted realiza las siguientes preguntas «[…] 1.1 La entidad debe publicar el número máximo [sic] de cuadrillas en el pliego de condiciones según las actividades y/o tiempo requerido de acuerdo al objeto del proceso de contratación??? 1.2 O en su defecto publicar el Estudio, análisis o lineamiento de como el proponente pueda obtener el máximo puntaje que fija la entidad???? […] 2.1 para obtener este puntaje la entidad debe establecer y publicar en los pliegos de condiciones un término de tiempo mínimo y máximo de mantenimiento, y con una frecuencia de X veces al mes o semana???? 2.2 La entidad está en la obligación de publicar en el pliego de condiciones los lineamientos para que el proponente pueda obtener el máximo puntaje??? […]». Además, expresa que la razón por la que realiza estas preguntas tiene que ver con eventos de direccionamiento de procesos de contratación por parte de ciertas entidades, debido a la falta de publicación de los ofrecimientos en materia de factores de calidad.

1. **Consideraciones**

Para responder sus interrogantes se reiteran parte de las consideraciones expuestas en los conceptos C–294 del 18 de mayo de 2020, C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020 –radicados No. 2202013000003788, 4202012000004003 y 4202013000004165–, donde se estudió la imposibilidad de establecer topes a los ofrecimientos que se realicen con ocasión de los factores de calidad de garantía suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional. La tesis expuesta se explica a continuación.

 En relación con el «factor de calidad», es preciso aclarar que 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 este factor 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.

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 importante 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, de acuerdo con sus capacidades propias y su competitividad. En este sentido, el mayor puntaje lo recibirá aquel que ofrezca mayor número de cuadrillas de trabajo adicional o 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 rutinario 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 estatal.

 Es importante 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 no limita al oferente frente al número de cuadrillas de trabajo adicional que se compromete a otorgar al proyecto, ni tampoco respecto al número de meses de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependen únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizará 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 constituye una obligación contractual, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertarán lo que puedan cumplir.

 En ese sentido, las entidades estatales que apliquen la versión 2 del Documento Tipo para procesos de licitación pública o selección abreviada de menor cuantía, no se encuentran facultadas para fijar topes o un número máximo de cuadrillas que den lugar a otorgar el puntaje, ya que como se viene sosteniendo, esto depende únicamente de los proponentes. Tales entidades tampoco 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[[1]](#footnote-2).

 Conforme a lo anterior, 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. En armonía con lo anterior, los compromisos que se hagan con ocasión de estos ofrecimientos, una vez celebrado el contrato con el adjudicatario, se convierten en obligaciones contractuales de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de las 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[[2]](#footnote-3). 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 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, entre otras cosas, 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[[3]](#footnote-4). 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 el proponente, 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, asume una obligación contractual, que se debe cumplir en la ejecución del contrato ajustada a la buena fe[[4]](#footnote-5).

 Ahora bien, respecto de su preocupación sobre la publicidad de estos ofrecimientos es pertinente aclarar que los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» corresponden a documentos que otorgan puntaje distintos de la oferta económica, por lo que de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por la Ley 1882 de 2018, deben ser presentados en un sobre distinto al de la oferta económica, junto con los documentos relativos al cumplimiento de los requisitos habilitantes, esto es, dentro del Sobre No. 1.

 La apertura de este sobre se encuentra regulada en el numeral 2.4 del «Documento Base», en el que se establece que vencido el plazo para la recepción de ofertas deberá levantarse un acta de cierre en presencia de los interesados, procediendo a dar apertura al Sobre No. 1, momento a partir del cual los documentos contenidos en este, incluidos los formatos «7E – Cuadrillas de trabajo adicional» y «7F – Mantenimiento adicional» presentados por cada proponente, pasan a ser públicos, pudiendo ser consultados en el lugar por cualquiera de los presentes, o incluso ser objeto del derecho de petición.

**3.** **Respuesta**

[…] 1.1 La entidad debe publicar el número máximo [sic] de cuadrillas en el pliego de condiciones según las actividades y/o tiempo requerido de acuerdo al objeto del proceso de contratación??? 1.2 O en su defecto publicar el Estudio, análisis o lineamiento de como el proponente pueda obtener el máximo puntaje que fija la entidad???? […] 2.1 para obtener este puntaje la entidad debe establecer y publicar en los pliegos de condiciones un término de tiempo mínimo y máximo de mantenimiento, y con una frecuencia de X veces al mes o semana???? 2.2 La entidad está en la obligación de publicar en el pliego de condiciones los lineamientos para que el proponente pueda obtener el máximo puntaje??? […]».

Los Documentos Tipo para procesos de licitación –versión 2– y selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte, no limitan a los oferentes respecto al número de cuadrillas de trabajo adicional que se comprometen a emplear en el proyecto; o un plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las consecuencias asociadas a un incumplimiento contractual, entre otras cosas, la imposición de sanciones contractuales.

En ese sentido, tampoco existe un deber o facultad de las entidades para establecer topes a estos factores, ni para explicitar en el pliego de condiciones algún lineamiento o forma para que se otorgue el puntaje máximo que corresponda con ocasión a ellos, ya que esto es dejado por el Documento Tipo a la autonomía de los oferentes, en la medida que la razonabilidad de los ofrecimientos será 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.

Conforme a esto, tampoco existe la posibilidad de establecer un mínimo para los ofrecimientos realizados en estos factores, en la medida que los oferentes deberán determinar cuántas cuadrillas o meses de mantenimiento pueden ofertar, pudiendo realizar ofrecimientos a partir de una cuadrilla y un mes de mantenimiento adicional.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista – Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. 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-5)