**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Licitación Pública – Versión 2 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales**

[…] resulta relevante para el caso precisar que, al menos, tres causales de rechazo de las que establece el numeral 1.15 de los documentos tipo, se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, las de los literales E, H y BB de la segunda versión de los «Pliegos Tipo». […] i) La causal del literal BB del numeral 1.15 solamente se aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre, lo que se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada con cada uno de ellos. Por ejemplo, si el contratista tiene en ejecución diez contratos, esta causal operaría si el contratista reporta nueve o menos, excluyéndose la configuración de la causal cuando el proponente cometió algún error en la información de los contratos en ejecución, siempre que los reporte en su totalidad. En ese orden, la «configuración de la causal de rechazo del literal BB, entonces, es objetiva, pues solo opera ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre».

ii) Lo anterior, sin perjuicio de que tenga consecuencias para el proponte omitir o errar en la información específica de cada uno de los contratos reportados –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, pues la entidad podrá requerirlo para que complemente la información aportada y, en caso de no responder al mismo, rechazar la propuesta por la causal que consagra el literal E del numeral 1.15 del documento base – versiones 1 y 2 de licitación pública–. iii) Lo dicho en los párrafos precedentes tampoco descarta la posibilidad de que la entidad rechace la oferta si encuentra configurada la causal consagrada en el literal H del numeral 1.15, previamente citado, la cual aplica cuando el proponente aporta información inexacta a la luz del numeral 1.11. del documento base […].

**CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Afectación – Subsanabilidad**

[…] Es importante precisar que, aunque es cierto que, al menos, tres causales de rechazo de las que establece el numeral 1.15 de los documentos tipo, se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, también es cierto que las mismas operan en supuestos diferentes, de acuerdo con lo que se explicó en los apartados i a iii supra. […]

Tal distinción también se proyecta sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas, pues solo habrá lugar a subsanar en los eventos en los que el proponente omite información sobre los contratos informados, esto es, en el evento de la causal del literal E. En otras palabras, no hay lugar a subsanar, cuando se trata de las causales H y BB, eventos en los que el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar la «inexactitud» de la oferta o el número de contratos que tenía el deber de reportar.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Subsanabilidad – Inexistencia de contradicción – Ley 1150 de 2007**

Colombia Compra Eficiente considera necesario precisar que lo expresado en el párrafo precedente, particularmente, que en lo que atañe a las causales de rechazo consagradas en los literales H y BB no hay lugar a la subsanación por parte del oferente, no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, normas que, en términos generales, indican que «[…] 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». Es cierto que la información «inexacta» y los contratos que no fueron informados, no afectan la asignación de puntaje, pues estos se solicitan para la acreditación de la capacidad residual del proponente, que es uno de los diez (10) requisitos habilitantes a los que se refiere el Capítulo III del Documento Base de los pliegos tipo. Sin embargo, también es cierto que los supuestos de hecho en los que se fundamentan las causales de rechazo en comento no permiten la subsanación. La imposibilidad de subsanar se deriva, entonces, del supuesto de hecho de aquellas causales, sin que en esto sea relevante que se otorguen o no puntos a la propuesta por el requisito de capacidad residual.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal BB – Alcance**

La causal del literal BB opera cuando el proponente no informa todos los contratos, fenómeno que se verifica de forma objetiva al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que estaría generando el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información que podría derivarse del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que se tenían en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe de la existencia de un contrato del que no había informado, lo que estaría haciendo es aceptar que sucedió el supuesto de hecho de la causal del literal BB, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

Bogotá D.C., **30/10/2020 Hora 14:30:26s**

**N° Radicado: 2202013000010785**

Señor

**Norberto Soto Torres**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 642 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Licitación Pública – Versión 2 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Afectación – Subsanabilidad / CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Subsanabilidad – Inexistencia de contradicción – Ley 1150 de 2007 / RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal BB – Alcance  |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta 4202013000008306 |

Estimado señor Soto Torres:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 23 de septiembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Respecto al numeral 3.11 del documento base de los «Documentos Tipo – Versión 2» para licitaciones de obra pública de infraestructura de transporte, usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿En caso de qué un proponente no presente la relación de los contratos (o saldos) que tenga en ejecución antes del cierre, por ejemplo, por error involuntario, debe solicitársele subsanar (o aceptarle subsanar) dicho requisito en virtud del Art. 5 de la Ley 1150 de 2007 y su parágrafo 1º, teniendo en cuenta que se trata de un requisito que no asigna puntaje?», ii) «¿se debería aceptar subsanar, dando una interpretación teleológica, entendiendo que la norma citada lo que busca en el fondo es evitar con los proponentes omitan información a propósito buscando obtener una mayor capacidad residual?» y iii) «¿o en su defecto se le debe dar una interpretación exegética a la norma, y rechazar la propuesta al entender que dicho requisito debe ser aportado antes del cierre?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha desarrollado, desde diferentes perspectivas, el alcance de las causales de rechazo de propuestas en la contratación estatal, en los conceptos del 6, 9, 16 y 20 de agosto, del 5, 12, 20 y 30 de septiembre, del 21 de octubre, del 14 de noviembre y del 23 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000005608, 2201913000005750, 2201913000005976, 2201913000006033, 2201913000006562, 2201913000006773, 2201913000007021, 2201913000007240, 2201913000007850, 2201913000008483 y 2201913000009538, respectivamente–. De igual forma, en los conceptos C-019 del 14 de enero de 2020, C-037 del 28 de enero de 2020, C-033 del 13 de marzo de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020, C-153 del 1 de abril de 2020, C-184 del 2 de abril de 2020 y C-016 del 21 de abril de 2020.

Por otro lado, en los conceptos del 13, 20 y 25 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006805, 2201913000007017, 2201913000007009, 2201913000007117, respectivamente−, estudió las causales de rechazo en los documentos tipo. Igualmente, en los conceptos del 21 de agosto y el 30 de octubre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006054 y 2201913000008148–, C-033 del 13 de marzo de 2020, C-133 del 30 de marzo de 2020, C-196 del 8 de abril de 2020, C-297 del 4 de junio de 2020, C-489 del 23 de julio de 2020, C-522 del 6 de agosto de 2020 y C-547 del 21 de agosto de 2020, analizó el rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera a continuación.

 El numeral 3.11 del «Documento Base», de los documentos tipo de licitación pública –versiones 1 y 2– y selección abreviada de menor cuantía, establece como requisito habilitante la capacidad residual, definida por el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.1.1.3.1, como la «Aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección». Ahora, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 establece que para calcular la capacidad residual de contratación pública se deben tener en cuenta los factores de experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización, y en consecuencia faculta al Gobierno para reglamentar la materia[[1]](#footnote-1).

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, con fundamento en la facultad otorgada al Gobierno, establece que el interesado en celebrar contratos de obra pública acreditará su capacidad residual con los siguientes documentos: i) la lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas, ii) la lista de contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con entidades estatales y con entidades privadas y, finalmente, iii) el balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años[[2]](#footnote-2).

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que todas las personas naturales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deben estar inscritas en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal[[3]](#footnote-3). En este registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, es decir, la verificación de dichos requisitos habilitantes se demostrará exclusivamente con el RUP, donde deben constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades, en los procedimientos de selección, no podrán exigir, ni los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

Conforme a lo anterior, la Ley 1150 de 2007 establece que los requisitos habilitantes de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización se acreditarán conforme a lo contenido en el Registro Único de Proponentes. Respecto a la acreditación de la capacidad residual, como esta no se realiza totalmente conforme al contenido del RUP, las entidades deben exigir los documentos previstos en el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando no sea información que el proponente haya aportado, con anterioridad, para inscribirse en el Registro.

 Ahora bien, resulta relevante para el caso reiterar lo explicado en los conceptos C-489 del 23 de julio de 2020 y C-522 del 6 de agosto de 2020, esto es, que al menos tres causales de rechazo de las que establece el numeral 1.15 de los documentos tipo se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, las de los literales E, H y BB de la segunda versión de los «Documentos Tipo». Allí se establece lo siguiente:

1.15. CAUSALES DE RECHAZO

Son causales de rechazo las siguientes [Las Entidades no podrán modificar o incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

[…]

E. Que el Proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para el cumplimiento de un requisito habilitante en los términos establecidos en la sección 1.6.

[…]

H. Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11.

[…]

BB. No informar todos los contratos que el Proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.11.

Como se consideró en los conceptos del 25 de septiembre y el 23 de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000007117 y 2201913000009538−, las causales de rechazo de ofertas consagradas en los documentos tipo son taxativas, descartándose que la entidad introduzca causales, salvo, que estén contempladas en otras disposiciones normativas. Igualmente, por la naturaleza de las causales de rechazo, su aplicación es estricta, lo que –a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública– significa que su interpretación gramatical prevalece sobre una interpretación extensiva o de otra índole, mediante la cual se pretenda ampliar su alcance. En ese contexto, las tres mencionadas causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

*i)* La causal del literal BB del numeral 1.15 solamente se aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre, lo que se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada en cada uno de ellos. Por ejemplo, si el contratista tiene en ejecución diez contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve o menos; excluyéndose la configuración de la causal cuando el proponente comete algún error en la información de los contratos, siempre que los reporte todos. En ese orden, la «configuración de la causal de rechazo del literal BB es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre»[[4]](#footnote-4).

*ii)* Lo anterior, sin perjuicio de que para el proponente tenga consecuencias omitir o errar en la información específica de cada contrato –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, pues la entidad podrá requerirlo para que aclare la información, y en caso de no responder, rechazar la propuesta por la causal del literal E del numeral 1.15 del documento base –versiones 1 y 2 de licitación pública–.

*iii)* Lo dicho en los numerales precedentes tampoco descarta la posibilidad de que la entidad rechace la oferta si encuentra configurada la causal consagrada en el literal H del numeral 1.15, la cual aplica cuando el proponente aporta información inexacta, como dispone el numeral 1.11. del documento base:

**1.11 INFORMACIÓN INEXACTA**

La Entidad se reserva el derecho de verificar integralmente la información aportada por el Proponente. Para esto, puede acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades respectivas.

Cuando exista inconsistencia entre la información suministrada por el Proponente y la efectivamente verificada por la Entidad, la información que pretende demostrar el Proponente se tendrá por no acreditada.

La Entidad compulsará copias a las autoridades competentes en aquellos eventos en los cuales la información aportada tenga inconsistencias sobre las cuales pueda existir una presunta falsedad, sin que el Proponente haya demostrado lo contrario, y procederá a rechazar la oferta.

Esta disposición faculta a la entidad estatal para verificar la información aportada, para lo cual podrá acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades que estén en posición de verificar la información. No obstante, tal verificación es potestativa, no obligatoria, ya que los procedimientos de selección exigen que los proponentes actúen conforme al principio de la buena fe, «que se debe manifestar en la presentación completa y veraz de la información que constituye su oferta, así como la lealtad y comportamiento adecuado frente a la entidad estatal y los demás proponentes durante las diferentes etapas del procedimiento de contratación»[[5]](#footnote-5). Conforme a ello, la prerrogativa de verificación es una herramienta para que la Administración adquiera certeza en el cumplimiento de los requisitos del procedimiento de selección y del comportamiento leal que se exige a los proponentes.

Según lo expuesto por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008148 del 30 de octubre de 2019, la inexactitud –en el contexto de los «Documentos Tipo»– se entiende como «la disparidad, imprecisión, disconformidad o falta de precisión que se da de una información a otra». En esta medida, «[…] se habla de inexactitud cuando la información que aporta el proponente no concuerda con la que verifica la entidad, lo cual lleva a que esta información se entienda como no acreditada».

Esta regla de verificación de la información contempla dos supuestos, con consecuencias diferentes: el primero, señala que una vez verificada la información y evidenciada la inconsistencia, la entidad estatal la tendrá por no acreditada. Por ejemplo, cuando se presente una certificación de experiencia y ante las observaciones recibidas en el traslado del informe de evaluación se verifique con la entidad contratante que no es acorde con el objeto contractual ejecutado, la entidad que adelanta el proceso de contratación, ante la duda, no tendrá en cuenta la certificación para evaluar la experiencia, sin perjuicio de que el proponente cumpla con este requisito con los demás certificados que aporte. En este evento, se trata de inconsistencias que, aunque no se superan por la ausencia de otro medio probatorio, no tienen la connotación de posible falsedad.

El segundo evento se configura cuando de la verificación se corrobora que las inconsistencias obedecerían a una presunta falsedad no desvirtuada por el proponente, caso en el cual se rechaza la oferta y se informa a las autoridades correspondientes. Siguiendo con el ejemplo propuesto de la certificación de experiencia, la entidad que adelanta el procedimiento de selección, al comunicarse con la entidad para quien se ejecutó el contrato a acreditar, le informan que la certificación aportada por el proponente no fue expedida por esta, por cuanto ese objeto no fue ejecutado ni contratado. En este supuesto, cuando la entidad tiene el suficiente convencimiento de la existencia de la presunta falsedad, y luego de dar la oportunidad para que el proponente se manifieste, es procedente rechazar la oferta y compulsar copias a las autoridades competentes, quienes adelantarán las respectivas investigaciones.

Las reglas previstas en el numeral 1.11 del documento base aplican frente a la totalidad de la información y documentación aportada para cumplir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Sin embargo, el documento base adoptado por la Resolución No. 1798 de 2019 contempla una consecuencia diferente para la verificación del cumplimiento de la capacidad residual del proponente, cuando la entidad estatal, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual. Este evento lo establece el numeral 3.10 del «Documento Base – Versión 1», al señalar:

**3.10 CAPACIDAD RESIDUAL**

El Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación (CRPC). Así:

$$CRP \geq CRPC$$

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. En todo caso, si con posterioridad al cierre y hasta antes de la adjudicación del proceso, cualquier Proponente, interesado o la Entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir por parte de un Proponente alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la Entidad calculará la capacidad residual del Proponente teniendo en cuenta la nueva información**.** En dado caso la Entidad procederá a incluir el valor y plazo total del contrato, con independencia del saldo y plazo por ejecutar.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o judiciales a que haya lugar, en contra de la (s) persona (s) que haya (n) suscrito las certificaciones exigidas para el cálculo de la capacidad residual.

Aunque las causales de rechazo del literal E, H y BB del numeral 1.15 de los documentos tipo se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, estas se aplican en supuestos diferentes, de acuerdo a lo explicado *ut supra*. La causal del literal H se produce si, por ejemplo, el proponente informó todos los contratos en ejecución, pero advierte que la información es inexacta y, además, que sobre la misma puede «existir una posible falsedad». A título ilustrativo, podría pensarse en un contrato que se aportó y frente al cual la entidad advierte la falsificación de una de las firmas del documento. Además, la causal del literal BB se presenta cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Siguiendo con el ejemplo, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de los mismos.

Finalmente, esta distinción también se proyecta sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas de la Ley 1150 de 2007, pues solo habrá lugar a subsanar en los eventos en los que el proponente omite información sobre los contratos informados, esto es, en el evento de la causal del literal E. En otras palabras, no se puede subsanar cuando se incurre las causales H y BB, eventos en los cuales el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar la «inexactitud» de la oferta o el número de contratos que tenía el deber de reportar.

Lo expresado en el párrafo precedente no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, norma que dispone que «[…] 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». Es cierto que la información «inexacta» y los contratos que no fueron informados, no afectan la asignación de puntaje, pues estos se solicitan para acreditar la capacidad residual del proponente, que es uno de los requisitos habilitantes a los que se refiere el Capítulo III del documento base. Sin embargo, los supuestos de hecho en los que se fundamentan las causales de rechazo no permiten la subsanación. La imposibilidad de subsanar se deriva, entonces, del supuesto de hecho de aquellas causales, sin que en esto sea relevante que se otorguen o no puntos a la propuesta por el requisito de capacidad residual.

En efecto, la causal del literal BB procede cuando el proponente no informa todos los contratos, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de los que debía informar. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no relacionado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal BB, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución. Lo anterior pretende asegurar el comportamiento leal de los proponentes en desarrollo del procedimiento de selección.

Conclusión similar se aplica al literal H del numeral 1.15. del documento base, en el entendido de que el supuesto de hecho de esa causal, esto es, lo que genera el rechazo de la oferta, es la acción del proponente de aportar «[…] información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad […]», no la ausencia de la información que podría tomarse del contrato viciado de falsedad. Al respecto, surge la siguiente inquietud: ¿es posible subsanar el hecho de aportar una firma falsa presentando el documento firmado válidamente? Para esta entidad, la respuesta es negativa debido a que la finalidad que persigue la causal *sub examine* es desincentivar todas las prácticas desleales en los procesos de contratación estatal.

Por otro lado, conforme al numeral 3.10 de los «Pliegos Tipo – Versión 1» para obras públicas de infraestructura de transporte, cuando la entidad estatal confirmaba la existencia de «información contractual» que no hubiera sido incluida, y que pudiera afectar la capacidad residual del proponente, debía incluirla y calcular nuevamente la capacidad residual, sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

Por lo tanto, comoquiera que para calcular la capacidad residual del proponente se deben tener en cuenta: i) la capacidad de organización, ii) la experiencia, iii) la capacidad técnica, iv) la capacidad financiera y v) el saldo de contratos en ejecución, y para cada una de dichas variables se requiere acreditar los requisitos y documentos establecidos en el numeral 3.10 del «Documento Base», en concordancia con lo definido en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», expedida por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente, la entidad estatal, en los procesos de licitación que utilizaban la Versión 1 de los «Documentos Tipo», debían aplicar la regla enunciada previamente y, en consecuencia, incluir la información contractual advertida por los proponentes interesados o por la entidad y que no fue reportada por el proponente.

No obstante, esta regla especial sobre verificación de información referente a la capacidad residual fue modificada en la Versión 2 del «Documento Base», implementado por la Resolución No. 045 de 2020, para procesos de licitación, en idénticos términos a los del pliego tipo adoptado por la Resolución No. 044 de 2020 para procedimientos de selección abreviada de menor cuantía. En tales documentos se mantiene la regla de verificación del numeral 1.11; pero se cambia la regla específica del numeral 3.10, para disponer lo siguiente:

3.11. CAPACIDAD RESIDUAL

El Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación (CRPC). Así:

$$CRP \geq CRPC$$

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. En todo caso, si con posterioridad al cierre y hasta antes de la adjudicación del Proceso cualquier Proponente, interesado o la Entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un Proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la Entidad rechazará la oferta.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o judiciales a que haya lugar, en contra de la (s) persona (s) que haya (n) suscrito las certificaciones exigidas para el cálculo de la capacidad residual.

[En los Procesos de contratación estructurados por lotes o grupos, el Proponente deberá acreditar una capacidad residual mayor o igual a la capacidad residual del lote al cual presentó oferta o de la sumatoria de los lotes a los cuales presentó oferta. Si la capacidad residual del Proponente no es suficiente para la totalidad de lotes a los cuales presentó oferta, la Entidad lo habilitará únicamente en aquellos de mayor valor en los que cumpla con la capacidad residual requerida]

De conformidad con esta regla, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, por ejemplo, la referente a contratos en ejecución. Es del caso precisar que la expresión «afecta la capacidad residual» no se restringe a aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia de capacidad residual, pues, incluso, si la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, estaríamos frente a un supuesto de hecho incluido en esa noción.

Esta regla concuerda con la causal del rechazo prevista en el literal «H» de ambos «Documentos Base», los cuales autorizan el rechazo de la propuesta en el evento en «Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11».

 En ese orden de ideas, la Versión 1 del «Documento Base» para procesos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte estableció una regla especial que permitía, en uso de la potestad verificadora, ante la omisión de información sobre contratos en ejecución, requerir a los proponentes para hacer las aclaraciones correspondientes de acuerdo con las reglas de subsanabilidad establecidas en el numeral 1.6 del «Documento Base», en armonía con la regla específica del numeral 3.10, previamente expuesta, sin el rechazo inmediato de la oferta.

 Ante los cambios introducidos en la Versión 2 del «Documento Base» para procedimientos de licitación, común a la Versión 1 del «Pliego Tipo» para procedimientos de selección abreviada de menor cuantía, como se dijo en el concepto C-196 de 2020[[6]](#footnote-6), «al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad ya no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas», al constituir tal circunstancia una causal de rechazo de la oferta en los términos de los literales H y BB del numeral 1.15 del “Documento Base o Pliego Tipo”», causales que deberán ser analizadas, caso a caso, por la entidad contratante.

 Es necesario precisar que para que la información omitida afecte la capacidad residual, es necesario que se refiera a contratos que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estén en ejecución al momento del cierre, ya que si la omisión se refiere a contratos que fueron suspendidos o que no han comenzado a ejecutarse, no se cumpliría el supuesto de hecho del numeral 3.11 del documento base que faculta a la entidad para rechazar la oferta, ya que no se configura una omisión de información que afecte el cálculo de la capacidad residual, conforme al artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015.

Por el contrario, en el caso de que el proponente presente la oferta con antelación a la fecha de cierre, informando los contratos que hasta entonces esté ejecutando, pero antes de la fecha de cierre comienza a ejecutar otro nuevo o el que estaba suspendido, está en la obligación de reportarlo a la entidad, ya que de lo contrario estaría informando menos contratos, lo que además de afectar el cálculo de su capacidad residual o *K* de contratación, facultaría a la entidad para rechazar su oferta conforme a la causal BB del numeral 1.15 del documento base o, eventualmente, por la causal del literal H *ibídem*.

1. **Respuestas**

i) «¿En caso de qué un proponente no presente la relación de los contratos (o saldos) que tenga en ejecución antes del cierre, por ejemplo, por error involuntario, debe solicitársele subsanar (o aceptarle subsanar) dicho requisito en virtud del Art. 5 de la Ley 1150 de 2007 y su parágrafo 1º, teniendo en cuenta que se trata de un requisito que no asigna puntaje?».

Para que la información omitida afecte la capacidad residual es necesario que esta se refiera a contratos que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estén en ejecución al momento del cierre, con independencia de los efectos que esa información tenga en relación con la verificación del requisito de capacidad residual. Esto quiere decir que el numeral 3.11 del documento base se aplica en aquellos contratos cuya omisión afecta el cumplimiento del requisito de capacidad residual, así como aquellos en los que la omisión no tiene la entidad suficiente para generar tal incumplimiento, pero modifican la capacidad residual del proponente.

Ahora bien, ante los cambios introducidos en la Versión 2 del «Documento Base» para procedimientos de licitación, común a la Versión 1 del «Pliego Tipo» para procedimientos de menor cuantía, como se explicó en los concepto C-196 y C-522 de 2020, al verificarse que el proponente no informó todos los contratos necesarios para establecer su capacidad residual, la entidad ya no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas, al constituir tal circunstancia una causal de rechazo de la oferta en los términos del literal BB del numeral 1.15 del pliego tipo, causal que deberá analizar la entidad contratante en cada caso en particular.

En todo caso, la respuesta otorgada en los dos párrafos anteriores debe entenderse en armonía con los argumentos señalados en las consideraciones de este concepto.

ii) «¿se debería aceptar subsanar, dando una interpretación teleológica, entendiendo que la norma citada lo que busca en el fondo es evitar con los proponentes omitan información a propósito buscando obtener una mayor capacidad residual?».

iii) «¿o en su defecto se le debe dar una interpretación exegética a la norma, y rechazar la propuesta al entender que dicho requisito debe ser aportado antes del cierre?».

La causal del literal BB del numeral 1.15 del documento base solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre, lo que se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada con cada uno de ellos. En otras palabras, no hay lugar a subsanar cuando se trata de la causal BB *ibídem*, evento en el que el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar lo relacionado con el número de contratos que tenía el deber de reportar.

Lo expresado en el párrafo precedente no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues si bien los contratos que no fueron informados no afectan la asignación de puntaje, estos se solicitan para acreditar la capacidad residual del proponente, por lo que el supuesto de hecho en que se fundamenta la causal de rechazo del literal BB no permite la subsanación. En efecto, la causal *sub examine* aplica cuando el proponente no informa todos los contratos, fenómeno que se verifica de forma objetiva al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían informarse.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya Penagos Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 72. Capacidad residual de contratación pública:La capacidad residual de contratación cuando obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad del valor de los contratos en ejecución.

»La capacidad de contratación se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO).

»Para los efectos de la evaluación de los factores mencionados en el inciso anterior, por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia se podrán tener en cuenta la rentabilidad y las utilidades.

»El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la promulgación de la presente ley, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en virtual de la Ley 49 de 1904, para propender por una reglamentación equitativa en la implementación de mínimos y máximos que garanticen los derechos de los pequeños contratistas». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual: El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

»1. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

»2. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.

»3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años». [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes: Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

 »[…]

»En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que se establecerá de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito.

»6.1. De la calificación y clasificación de los inscritos: Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

»La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5° de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro». [↑](#footnote-ref-3)
4. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000002864, Radicado de Salida No. 2202013000004580. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem* [↑](#footnote-ref-5)
6. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-6)