**DOCUMENTOS TIPO – Obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico**

En desarrollo de la Ley 2022 de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió las Resoluciones Nos. 248 y 249 del 1° de diciembre de 2020. Mediante dichos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en modalidad llave en mano, respectivamente.

Conforme lo establece la parte considerativa de dichas resoluciones, la adopción de estos proyectos se efectuó, entre otras, con el propósito de promover la pluralidad de oferentes y adoptar buenas prácticas contractuales que garanticen el adecuado manejo de los recursos públicos destinados a las obras de agua potable y saneamiento básico. De igual manera, se busca desarrollar medidas de fortalecimiento, eficiencia y transparencia que permitan realizar y aprovechar las grandes inversiones en materia de infraestructura de agua potable y saneamiento básico que se realizarán en el país. En este sentido, estos documentos tipo se aplican a una tipología contractual específica: la obra pública para los proyectos de infraestructura de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad de licitación pública.

**DOCUMENTOS TIPO – «Matriz 1 de experiencia» – Obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico**

[…]

La experiencia específica de la actividad 1.2 indica que, de los contratos válidos que se aporten como experiencia, debe corresponder mínimo al 70% de las cantidades de la obra más representativa que corresponde a «Actividades de intervención o instalación de: redes hidrosanitarias; y/o acueductos y/o alcantarillados, según sea el caso».

Por ende, la entidad debe señalar, de esas actividades listadas, cuál es la actividad principal, para que el proponente acredite la experiencia frente a esta. Como se observa en la Matriz 1 – Experiencia, la actividad principal de la experiencia específica del numeral 1.2, no está determinada por ningún criterio en particular, solo indica que se debe elegir mínimo una actividad principal que sea la más representativa pero no se señalan aspectos a tener en cuenta para definirla, a diferencia del numeral 1.1 que señala una longitud, y, donde en ese caso, la entidad, discrecionalmente, debe determinar mínimo una actividad principal de las allí enlistadas, pudiendo seleccionar más de una.

Además del aspecto señalado anteriormente, no existen otros espacios o notas que permitan su modificación. De esta manera, no es posible que la entidad solicite otros aspectos, ya que la matriz no lo incluyó y la misma se rige por el principio de inalterabilidad. Adicional a esto, la entidad como conocedora del proyecto que se planea materializar y producto de su etapa de planeación deberá realizar la verificación de las condiciones técnicas aplicables al mismo, basado en las nociones generales y técnicas propias del desarrollo de obras públicas propias de la ingeniería.

**REGISTRO NACIONAL DE OBRAS CIVILES INCONCLUSAS – Deber de verificación –Evaluación de factores de calidad – Selección de contratistas de obra o interventores**

Así las cosas, para interpretar el apartado del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 –referido a la evaluación de los factores de ponderación de calidad, previo análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas–, debe resaltarse que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no los define, sino que se limita a mencionarlos de manera genérica. En efecto, el literal a) de dicho artículo está precedido por un inciso que establece: «En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas»; y, a renglón seguido, dentro de las «alternativas», el legislador incorpora la siguiente: «a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones».

Como puede apreciarse, el Congreso de la República optó por conceder a las entidades estatales un margen de discrecionalidad administrativa para determinar en los procedimientos de selección que realicen cuáles serán los elementos de calidad y precio que tendrán en cuenta en la calificación o ponderación. De igual forma, el legislador no estableció una fórmula o metodología específica para realizar esta ponderación, sino que también la dejó a la apreciación de las entidades públicas interesadas en contratar. Sin embargo, esta debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato.

.

**REGISTRO NACIONAL DE OBRAS INCONCLUSAS – Documentos tipo – Anotaciones**

[…] es preciso aclarar que el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 hace referencia al deber de consultar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia. Está disposición no alude a la posibilidad de afectar la evaluación de un proponente en atención a las anotaciones de sus accionistas o socios. El inciso segundo del artículo 6, tampoco regula la posibilidad de afectar la ponderación por las anotaciones de los socios de la persona jurídica que participa en calidad de proponente.

La posibilidad de restar puntaje por anotaciones vigentes respecto de los socios de una persona jurídica tampoco se desprende del numeral 4.2 del documento base citado ut supra, que parece solo hacer referencia a la posibilidad de restar puntaje cuando la anotación está vigente respecto de la persona natural o jurídica, o de alguno de los miembros del proponente plural. En ese sentido, en principio, considerando que «donde la norma no distingue, no le está dado al interprete hacerlo», no resultaría valido extender los efectos de una anotación hecha en el mencionado registro a una persona natural, a las sociedades de las cuales esta fuera socio, máxime cuando la sociedad constituye una persona jurídica distinta de sus socios, y que estos no necesariamente participan de la gestión de la sociedad o de la ejecución del objeto social de la misma.



Bogotá, 12 Julio 2021

Señor

**Santiago A. Sánchez Mantilla**

Bogotá D.C

**Concepto C- 333 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico / DOCUMENTOS TIPO – «Matriz 1 de experiencia» – Obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico / REGISTRO NACIONAL DE OBRAS INCONCLUSAS –- Deber de verificación en la evaluación de factores de calidad para la selección de contratistas de obra o interventores / REGISTRO NACIONAL DE OBRAS INCONCLUSAS – Documentos tipo – Anotaciones.  |
| Radicación: | Respuesta a consulta # P20210525004551 |

Estimado señor Sánchez,

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 su consulta del 26 de mayo de 2021.

1. **Problema planteado**

En relación a los documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, usted realiza la siguiente pregunta:

«Referente a la matriz de Experiencia, de forma específica en su numeral 1.2, las entidades deberán requerir que en un solo contrato se demuestre el 70% de las actividades representativas del proceso a contratar. Respecto de esa situación solicitamos se aclare si la entidad podrá exigir las actividades representativas de forma idéntica en sus condiciones técnicas o serán válidas también estas actividades representativas en condiciones técnicas similares. A modo de ejemplo, si la actividad principal de una obra es la instalación de una válvula mariposa de 2”, la entidad requiere a modo de experiencia especifica acreditar en un contrato el 70% de esta actividad. ¿Puede un oferente presentar válvulas mariposa de mayor diámetro o en materiales diferentes al solicitado, o por el contrario solo será válido la experiencia que demuestre esta actividad idéntica?

En el mismo radicado de la petición usted formula otra consulta sobre el tema del Registro Nacional de Obras Inconclusas, realizando la siguiente pregunta:

«Referente al descuento del punto por registro de obras inconclusas, que sucede si en una sociedad de capital como lo son las sociedades por acciones simplificadas, uno de los socios de estas sociedades está registrado en el registro de obras inconclusas. ¿Puede la entidad retirar el puntaje aquí establecido?».

1. **Consideraciones**

De conformidad con la competencia consultiva otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública está facultada para atender solicitudes relacionadas con temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». De lo anterior se desprende que la Agencia carece de atribuciones para resolver casos particulares o situaciones específicas. En tales términos, se resolverá la consulta explicando la forma en la que deben interpretarse las normas y documentos, de acuerdo con la posición hermenéutica de esta Agencia, con el alcance señalado por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el alcance de la experiencia exigida en la Matriz 1 de los Documentos Tipo en los siguientes conceptos: Nos. 4201912000006724 del 14 de noviembre de 2019, C-697 del 02 de diciembre de 2020, C-744 del 22 de diciembre de 2020, C-053 del 09 de marzo de 2021, C-111 del 29 de marzo de 2021 y C-244 del 04 de mayo de 2021. También por medio de los conceptos C-712 del 28 de diciembre de 2020, C-088 del 17 de marzo de 2021 y C-110 del 29 de marzo de 2021, esta Agencia se pronunció sobre el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. Documentos tipo de licitación pública para obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico**

En desarrollo de la Ley 2022 de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió las Resoluciones Nos. 248 y 249 del 1° de diciembre de 2020. Mediante dichos actos administrativos se adoptaron los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico y los documentos tipo para licitación de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en modalidad llave en mano, respectivamente.

Conforme lo establece la parte considerativa de dichas resoluciones, la adopción de estos proyectos se efectuó, entre otras, con el propósito de promover la pluralidad de oferentes y adoptar buenas prácticas contractuales que garanticen el adecuado manejo de los recursos públicos destinados a las obras de agua potable y saneamiento básico. De igual manera, se busca desarrollar medidas de fortalecimiento, eficiencia y transparencia que permitan realizar y aprovechar las grandes inversiones en materia de infraestructura de agua potable y saneamiento básico que se realizarán en el país. En este sentido, estos documentos tipo se aplican a una tipología contractual específica: la obra pública para los proyectos de infraestructura de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad de licitación pública.

Para tales efectos, el numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 define el contrato de obra como aquellos que «celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago». Por tal motivo, según lo establece el artículo 2 de las Resoluciones Nos. 248 y 249 de 2020, los documentos tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten contratos de obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, que se realicen por la modalidad de licitación pública.

Además, de conformidad con el artículo 3, común con en las resoluciones mencionadas, los documentos tipo son inalterables por parte de las autoridades administrativas, salvo en aquellos aspectos en los que está permitido su diligenciamiento. En esta medida, las entidades estatales no pueden incluir o modificar en 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.

Precisada la obligatoriedad de los documentos tipo, a continuación, se explicará la forma en que se aplica la «Matriz 1 – Experiencia» en los proyectos de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, con el fin de responder la consulta presentada, máxime si se tiene en cuenta que dicha matriz delimita el ámbito de aplicación de estos documentos tipo.

* 1. **La «Matriz 1 – Experiencia» de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico**

La parte introductoria de los «documentos base» de los documentos tipo analizados dispone que estos se aplican a los procedimientos de selección de licitación para obra de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, que correspondan a las actividades definidas en la «Matriz 1 – Experiencia». En consecuencia, los proyectos de agua potable y saneamiento básico no contemplados en la «Matriz 1 – Experiencia», no tienen que aplicar los documentos tipo; sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 de la Resolución 248 de 2020, relacionado con la posibilidad de exigir experiencia adicional en determinados supuestos.

Concretamente, para determinar el ámbito de aplicación de los documentos tipo debe acudirse a la «Matriz 1 – Experiencia». Esta matriz contempla cinco (5) clases de obras de infraestructura, identificadas con un número y su descripción que corresponden a: 1) obras de acueductos y/o alcantarillados, 2) obras de aseo y/o manejo de residuos, 3) obras para PTAP –planta de tratamiento de agua potable– y/o PTAR –planta de tratamiento de aguas residuales–, 4) estudios y diseños –en el caso de proyectos que requieran labores de estudios, diseños y construcción bajo la modalidad de llave en mano– y 5) unidades sanitarias para vivienda rural dispersa.

En relación con cada tipo de infraestructura se encuentran los siguientes componentes: i) cuantías del proceso de contratación, la cual contiene los rangos dentro de los cuales se debe identificar el presupuesto del proceso de contratación y sirve de referencia para definir la experiencia exigible y ii) la actividad a contratar, que corresponde a la columna identificada como «actividad a contratar», donde la entidad estatal debe identificar en cuál de las actividades a contratar se ubica el objeto contractual a ejecutar, y conforme a ellas exigir la experiencia definida en la «Matriz 1 – Experiencia».

En esta medida, existen varios criterios para determinar si procede de forma obligatoria la contratación de una actividad mediante los documentos tipo, a saber: i) que se trate de una obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico, cuyo proceso de selección se adelantará en la modalidad de licitación pública; ii) que el contrato se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; y iii) que el objeto a contratar esté asociado a alguno de los tipos de obra y actividades señaladas en la «Matriz 1 – Experiencia». La coexistencia de tales condiciones hace obligatoria la aplicación de los documentos tipo.

Por tanto, la entidad estatal –en la etapa de planeación– debe identificar el tipo de obra de infraestructura y las actividades definidas en la «Matriz 1 – Experiencia» de acuerdo con el alcance del objeto a contratar. De esta manera, si la entidad determina que el contrato a ejecutar contempla alguno de los tipos de obra de infraestructura de la «Matriz 1 – Experiencia», y cumple con los parámetros expuestos, deberá dar aplicación a estos documentos tipo. En este sentido, la «experiencia general» y la «experiencia específica» se exigirán de acuerdo con la actividad a contratar y con la cuantía del procedimiento según lo establece dicha matriz.

En consecuencia, es deber de la entidad identificar si la obra a ejecutar se enmarca en alguno de los tipos de infraestructura señaladas, teniendo en cuenta las actividades que se desarrollarán en el marco de dicho contrato. Así, si la actividad a desarrollar por la entidad en sus proyectos involucra aspectos de obra pública de construcción de acueductos y/o alcantarillados (urbanos y/o rurales), con sus obras complementarias, se aplicará el documento tipo y lo dispuesto en el numeral 1.1. de la «Matriz 1 – Experiencia». Por su parte, si determina que el objeto de la obra está referido a la optimización y/o mejoramiento y/o rehabilitación y/o reforzamiento y/o reconstrucción y/o reposición de acueductos y/o redes de acueducto y/o alcantarillados y/o redes de alcantarillado (urbanos y/o rurales,) la entidad deberá aplicar el documento tipo y fijar la experiencia general y especifica de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.2. de la «Matriz 1 – Experiencia» y así sucesivamente según lo que deba contratar de acuerdo a la necesidad.

Ahora bien, en la «Matriz 1 – Experiencia» de los documentos tipo de agua potable y saneamiento básico, se aclara que las «obras de acueductos y/o alcantarillados» contienen dos (2) actividades a contratar: 1.1 Proyectos de construcción de acueductos y/o alcantarillados (urbanos y/o rurales) y/u obras complementarias, y 1.2 Proyectos de optimización y/o mejoramiento y/o rehabilitación y/o reforzamiento y/o reconstrucción y/o reposición de acueductos y/o redes de acueducto y/o alcantarillados y/o redes de alcantarillado (urbanos y/o rurales). Para estas actividades, la matriz señala la experiencia específica. Particularmente, para la actividad 1.2 dispone que:

Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general debe corresponder mínimo al 70% en las cantidades de obra más representativa a las referidas en el presente proceso de contratación, las cuales corresponden a:

Actividades de intervención o instalación de: redes hidrosanitarias; y/o acueductos y/o alcantarillados, según sea el caso.

[La entidad deberá indicar a los interesados en el proceso de contratación cuales son las cantidades que corresponden a la actividad más representativa del listado anterior, identificando mínimo una (1) actividad como principal.]

Salvo los espacios resaltados en corchetes, de acuerdo con el principio de inalterabilidad, la matriz no puede modificarse puesto que allí se estandarizan las condiciones de experiencia general y específica para cada actividad a contratar. Por tanto, la entidad únicamente puede diligenciar un (1) aspecto en la experiencia específica de la actividad 1.2 incluyendo mínimo una actividad principal de las listadas en la misma.

La experiencia específica de la actividad 1.2 indica que, de los contratos válidos que se aporten como experiencia, debe corresponder mínimo al 70% de las cantidades de la obra más representativa que corresponde a «Actividades de intervención o instalación de: redes hidrosanitarias; y/o acueductos y/o alcantarillados, según sea el caso».

Por ende, la entidad debe señalar, de esas actividades listadas, cuál es la actividad principal, para que el proponente acredite la experiencia frente a esta. Como se observa en la Matriz 1 – Experiencia, la actividad principal de la experiencia específica del numeral 1.2, no está determinada por ningún criterio en particular, solo indica que se debe elegir mínimo una actividad principal que sea la más representativa pero no se señalan aspectos a tener en cuenta para definirla, a diferencia del numeral 1.1 que señala una longitud, y, donde en ese caso, la entidad, discrecionalmente, debe determinar mínimo una actividad principal de las allí enlistadas, pudiendo seleccionar más de una.

Además del aspecto señalado anteriormente, no existen otros espacios o notas que permitan su modificación. De esta manera, no es posible que la entidad solicite otros aspectos, ya que la matriz no lo incluyó y la misma se rige por el principio de inalterabilidad. Adicional a esto, la entidad como conocedora del proyecto que se planea materializar y producto de su etapa de planeación deberá realizar la verificación de las condiciones técnicas aplicables al mismo, basado en las nociones generales y técnicas propias del desarrollo de obras públicas propias de la ingeniería.

* 1. **Deber de verificación del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas en la evaluación de factores de calidad para la selección de contratistas de obra o interventores**

El artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 le impone a las entidades estatales, dentro de los procedimientos que adelanten para la contratación de obras públicas, la obligación de *consultar* y *analizar* la información contenida en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Además, dispone que en los procesos de selección de contratistas de obra e interventores han de considerarse las anotaciones del registro en la evaluación de los factores de calidad. La norma prescribe lo siguiente:

»En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberán consultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique.

Cualquier controversia o solicitud que surja en relación con los reportes de información que suministre la entidad contratante, serán resueltos por esta, atendiendo los principios y disposiciones establecidos en la normatividad vigente».

Teniendo en cuenta que la norma transcrita remite al literal a) del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, conviene recordar lo establecido por esta, al consagrar los criterios para garantizar la selección objetiva en los procedimientos contractuales, al disponer:

[…] La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y 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 los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Así las cosas, para interpretar el apartado del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 –referido a la evaluación de los factores de ponderación de calidad, previo análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas–, debe resaltarse que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 no los define, sino que se limita a mencionarlos de manera genérica. En efecto, el literal a) de dicho artículo está precedido por un inciso que establece: «En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas»; y, a renglón seguido, dentro de las «alternativas», el legislador incorpora la siguiente: «a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones».

Como puede apreciarse, el Congreso de la República optó por conceder a las entidades estatales un margen de discrecionalidad administrativa para determinar en los procedimientos de selección que realicen cuáles serán los elementos de calidad y precio que tendrán en cuenta en la calificación o ponderación. De igual forma, el legislador no estableció una fórmula o metodología específica para realizar esta ponderación, sino que también la dejó a la apreciación de las entidades públicas interesadas en contratar. Sin embargo, esta debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato.

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la discrecionalidad administrativa como modelo de asignación de potestades en la contratación estatal. Por ejemplo, en el Concepto C-120 del 3 de marzo de 2020 recordó que si bien la discrecionalidad implica un espacio de libertad para las entidades estales, en todo caso, al hacer uso de ella, deben observar el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según el cual la decisión debe ser adecuada y proporcional al trámite y a los hechos que lo motivaron[[1]](#footnote-1). Este también ha sido el entendimiento de la doctrina, que ha considerado que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa debe respetar el principio de proporcionalidad[[2]](#footnote-2).

Esta discrecionalidad también se encuentra presente al momento de elaborar el pliego de condiciones y específicamente, al definir los criterios de calificación con puntos. Dentro de estos criterios se encuentran los elementos de calidad y precio indicados en el artículo 5, numeral 2, literal a), de la Ley 1150 de 2007. Por ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que:

Bajo esta premisa debe entenderse el deber de selección objetiva consagrado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, disposición que otorga discrecionalidad a las diversas entidades estatales para que establezcan en los pliegos de condiciones los diferentes factores de escogencia y calificación. Por ende, es cierto, como se desprende del libelo de la demanda, que el legislador otorgó a la Administración una libertad de elección de los distintos criterios de ponderación para asegurar que se contratará con la mejor oferta, esto es, aquella que se ajuste mejor a las finalidades de interés general[[3]](#footnote-3).

Por lo tanto, cuando el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 establece que «Durante los procesos de selección objetiva para contratistas de obra o interventores, se tendrán en cuenta las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas al momento de evaluar los factores de ponderación de calidad, establecidos en el literal a) del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 o la norma que la modifique», significa que al aplicar dichos criterios de calificación con puntos dentro del procedimiento contractual, las entidades estatales deben servirse de la información contenida en el Registro.

No obstante, como las entidades estatales cuentan con discrecionalidad para determinar los criterios de calificación, corresponde a las entidades contratantes definir un listado de factores de ponderación de calidad en este concepto, adecuados y proporcionales a la naturaleza y valor del contrato.

Situación distinta se presenta en el ejercicio de la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para la elaboración de los pliegos de condiciones tipo, pues el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 le permite establecer dentro de tales documentos «[…] los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública»[[4]](#footnote-4).

**2.3.1. Análisis de las anotaciones del Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas en los documentos tipo.**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, modificado por la Ley 2022 de 2020, dispone que la Agencia Nacional de Contratación Pública le corresponde adoptar los «documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Adicionalmente señala, frente a su contenido, que «Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública».

De conformidad con las competencias funcionales asignadas, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha expedido las Resoluciones respectivas, mediante las cuales implementa y desarrolla los Documentos Tipo aplicables a los procesos de obra pública de infraestructura de transporte, en las modalidades de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía, mínima cuantía e interventoría, así como los Documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de agua potable y saneamiento básico[[5]](#footnote-5).

El «Documento Base» de dichos procesos, con excepción de la mínima cuantía, en el Capítulo IV «Criterios de Evaluación, Asignación de Puntaje y Criterios de Desempate», numeral 4.2 «Factor de Calidad», contempló:

Las entidades estatales deben *consultar* y *analizar*las anotaciones vigentes que reposen en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de que trata la Ley 2020 de 2020. En el evento que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de proponentes plurales, **cuenten con alguna anotación vigente de obra civil inconclusa, en el mencionado registro, se descontará un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad**. (Énfasis fuera de texto)

 Para comprender íntegramente la forma de aplicación del numeral citado, se revisarán dos temas que a nuestro juicio son esenciales i) el alcance de los vocablos «consultar y analizar» y ii) las anotaciones en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas.

Como punto de partida, es preciso señalar que el inicio del párrafo del documento base, prescribe el deber de las entidades estatales de consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposan en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Lo anterior guarda coherencia con el inciso 1º del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020, el cual dispone que «En los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades estatales contratantes, sin importar la cuantía, deberánconsultar y analizar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas».

Según su significado literal, consultar es «buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia»[[6]](#footnote-6) y analizar se refiere al «examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual»[[7]](#footnote-7). El propósito de estas expresiones, entonces, es el de realizar un examen minucioso de un asunto, para conocer sus características, factores, naturaleza y demás condiciones necesarias para entender el sentido del objeto de estudio.

Estos vocablos revisten especial importancia en este estudio, puesto que, con base en ese análisis, la entidad estatal descontará un punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor calidad. En otras palabras, en el evento en que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de proponentes plurales, cuenten con una anotación en dicho registro, le corresponde a la entidad examinar la particularidad de la anotación y determinar si la misma es suficiente para descontar el punto de la sumatoria total en relación con el factor de calidad.

De esta manera, la connotación de las palabras «consultar y analizar» constituyen el marco respecto del cual se circunscribe el deber de la entidad de tener en cuenta las anotaciones en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, para efectos de la evaluación de los factores de ponderación de calidad. En otras palabras, las expresiones «consultar y analizar», determinan el alcance de la interpretación tanto del contenido del artículo 6 de la Ley 2020 de 2020, como en el texto establecido en los Documentos Base, sobre el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. En consecuencia, el primer aparte del párrafo del Documento Base determina el alcance que debe darse al texto, mientras que el segundo fragmento dispone la consecuencia jurídica. Así, este último no puede desligarse del otro y su interpretación debe realizarse en contexto.

Bajo estas consideraciones, la interpretación adecuada para lo dispuesto en el Documento Base, es que para descontar el punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad la entidad deberá consultar y analizar las anotaciones vigentes en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas. Con este panorama, la pregunta que surge a continuación es ¿cómo analizar las anotaciones para descontar el punto del factor de calidad? Consideramos adecuado, por ejemplo, que en este análisis la entidad verifique si existen anotaciones relacionadas con el incumplimiento del contratista, que permita determinar que la obra no concluyó como consecuencia de este, en cuyo caso, descontará el punto.

Se encuentra entonces que a partir del artículo 6° de la Ley 2020 de 2020 debe tenerse en cuenta lo siguiente: i) para el legislador es claro que no toda anotación en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas corresponde a una causa atribuible al contratista; ii) en los procesos de contratación de obras públicas que adelanten las entidades contratantes, las anotaciones en el registro deberán consultarse y analizarse; y iii) cuando en la anotación se evidencie una causa atribuible, al contratista se descontará un porcentaje de los puntos en los factores de ponderación de calidad.

De lo anterior se desprende que el descuento del punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad, del que trata el texto de los documentos base adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, deberá efectuarse una vez la entidad realice la consulta y el análisis de las anotaciones en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas concluya que esa anotación se dio efectivamente por un incumplimiento del contratista. De esta manera, dependiendo del supuesto la entidad descontará el punto.

En este escenario, es pertinente aclarar que el simple hecho de encontrarse incluido en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no da lugar a descontar el punto señalado. En otras palabras, la anotación en el registro no genera automáticamente el descuento del punto. Ello es así, por cuanto los efectos de encontrarse en dicho registro no pueden ser considerados objetivos.

Como se explicó, las anotaciones incluidas en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas deben ser consultadas y analizadas, pues no toda anotación necesariamente genera un incumplimiento del contratista. Conforme se expuso, la información que reposa en dicho Registro contiene las obras que no hayan concluido de manera satisfactoria para el interés general o el definido por la entidad estatal contratante, así como aquellas que no estén prestando el servicio para la cual fue contratada. Este evento, en principio, no implica *per se* un incumplimiento del contratista. Las razones por las cuales la obra no esté prestando el servicio pueden ir desde defectos en el diseño, calidad de la obra, hasta falta de presupuesto para funcionamiento, razón por la cual es importante analizar los datos consignados en el registro.

Además, debe agregarse que la entidad reportará en el Registro solo la información que posea en relación con la obra civil inconclusa. En efecto, aunque el artículo 4 de la Ley 2020 de 2020 dispone el contenido mínimo de información que debe incorporarse en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, puede suceder que la entidad no cuente con toda la información requerida y por ende, no podría efectuar el registro de la información señalada en dicho artículo. Para esta situación, la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata de la Contraloría General de la República, en las capacitaciones impartidas, ha indicado que «si se trata de un campo numérico y no se tenga información que reportar se coloca 0 y cuando sea un campo alfanumérico se coloca no aplica»[[8]](#footnote-8). Esta ilustración nos muestra que en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no necesariamente se encontrará toda la información que dé cuenta del cumplimiento o el incumplimiento del contratista.

Por tanto, la sola inclusión en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no puede entenderse suficiente para descontar el punto de la sumatoria obtenida de los factores de calidad. De todas formas, si en el informe de evaluación que realiza la entidad se produce la reducción del punto del factor de calidad bajo el único argumento de encontrarse en dicho Registro, sin efectuar un análisis previo de las anotaciones, el proponente, con fundamento en la interpretación de las normas, podrá formular la observación respectiva. En caso de que se presente alguna inconformidad en relación con la información reportada en el Registro por la entidad contratante, el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 dispuso que tal controversia o solicitud será resuelta por la entidad contratante que suministró dicha información.

Ahora bien, en relación con el supuesto de la segunda consulta, es preciso aclarar que el artículo 6 de la Ley 2020 de 2020 hace referencia al deber de consultar las anotaciones vigentes que presenten las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia. Está disposición no alude a la posibilidad de afectar la evaluación de un proponente en atención a las anotaciones de sus accionistas o socios. El inciso segundo del artículo 6, tampoco regula la posibilidad de afectar la ponderación por las anotaciones de los socios de la persona jurídica que participa en calidad de proponente.

La posibilidad de restar puntaje por anotaciones vigentes respecto de los socios de una persona jurídica tampoco se desprende del numeral 4.2 del documento base citado *ut supra*, que parece solo hacer referencia a la posibilidad de restar puntaje cuando la anotación está vigente respecto de la persona natural o jurídica, o de alguno de los miembros del proponente plural. En ese sentido, en principio, considerando que «donde la norma no distingue, no le está dado al interprete hacerlo», no resultaría valido extender los efectos de una anotación hecha en el mencionado registro a una persona natural, a las sociedades de las cuales esta fuera socio, máxime cuando la sociedad constituye una persona jurídica distinta de sus socios[[9]](#footnote-9), y que estos no necesariamente participan de la gestión de la sociedad o de la ejecución del objeto social de la misma.

1. **Respuesta**

«Respecto de esa situación solicitamos se aclare si la entidad podrá exigir las actividades representativas de forma idéntica en sus condiciones técnicas o serán válidas también estas actividades representativas en condiciones técnicas similares. A modo de ejemplo, si la actividad principal de una obra es la instalación de una válvula mariposa de 2”, la entidad requiere a modo de experiencia especifica acreditar en un contrato el 70% de esta actividad. ¿Puede un oferente presentar válvulas mariposa de mayor diámetro o en materiales diferentes al solicitado, o por el contrario solo será válido la experiencia que demuestre esta actividad idéntica?»

 Es importante señalar que en la «Matriz 1 – Experiencia» prevé que el oferente acreditará como experiencia específica que: «Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general debe corresponder mínimo al 70% en las cantidades de obra más representativa a las referidas en el presente proceso de contratación […]», las cuales corresponden a: «Actividades de intervención o instalación de: redes hidrosanitarias; y/o acueductos y/o alcantarillados, según sea el caso».

 De este modo, las entidades definirán las actividades representativas de acuerdo con el listado definido en la «Matriz 1 – Experiencia», estas son: i) las actividades de intervención o instalación de redes hidrosanitarias, ii) actividades de intervención o instalación de acueductos o, iii) actividades de intervención o instalación de alcantarillado. La entidad diligenciará únicamente el espacio entre corchetes, indicando cuál o cuáles serán las actividades principales tenidas en cuenta para efectos de acreditar la experiencia, luego no será posible que la entidad solicite al proponente que acredite como experiencia específica otros aspectos diferentes a los establecidos dentro del marco definido en la matriz, esto en virtud del principio de inalterabilidad que rige los documentos tipo.

 En consecuencia, la actividad principal definida en la experiencia especifica no cuenta con componentes particularmente definidos, como quiera que la entidad dentro del marco de la discrecionalidad que le otorga el documento tipo, puede establecer la actividad o actividades representativas que de acuerdo a su criterio considere convenientes de las actividades enlistadas. No obstante, en la medida en que el requisito de experiencia especifica establecido para la actividad 1.2 no contempla aspectos relacionados al diámetro, no hay lugar a tal consideración en el marco de la evaluación de experiencia, la cual tendrá que evaluarse de acuerdo con las cantidades de obra de la actividad representativa establecida por la entidad.

«Referente al descuento del punto por registro de obras inconclusas, qué sucede si en una sociedad de capital como lo son las sociedades por acciones simplificadas, uno de los socios de estas sociedades está registrado en el registro de obras inconclusas. ¿Puede la entidad retirar el puntaje aquí establecido?».

Conforme al numeral 4.2 «Factor de Calidad» del documento base, las entidades estatales deben consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposen en el registro de que trata la Ley 2020 de 2020. Lo anterior significa, que en el evento en que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de proponentes plurales, cuenten con una anotación en dicho registro, le corresponde a la entidad examinar la anotación y determinar si esta se refiere a un incumplimiento del contratista. En tal sentido, dependiendo del supuesto la entidad descontará el punto.

Así, la sola inclusión en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas no puede entenderse suficiente para descontar el punto de la sumatoria obtenida de los factores de calidad. En otras palabras, la anotación en el registro no genera automáticamente el descuento del punto, por cuanto la entidad está en la obligación de consultar y analizar la anotación. De todas formas, si en el informe de evaluación que realiza la entidad se produce la reducción del punto del factor de calidad bajo el único argumento de encontrarse en dicho registro, sin efectuar un análisis previo de las anotaciones, el proponente, con fundamento en la interpretación de las normas, podrá formular la observación respectiva.

Ahora, comoquiera que entre la sociedad legalmente constituida y los socios que la integran existe una separación patrimonial, con personalidad jurídica diferente y con responsabilidades distintas, en principio, no es viable que la entidad estatal retire puntaje a la sociedad oferente, por el mero hecho de tener uno de sus socios con una anotación vigente en el Registro Nacional de Obra Civil Inconclusa.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Jorge Alberto García Calume Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
|  | Karlo Fernández CalaGestor T1-15 de la Dirección General |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 1437 de 2011: «Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». [↑](#footnote-ref-1)
2. Principio que se compone a su vez de «tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas que ha de adoptar la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad correspondiente a la Administración; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable, dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz para satisfacer el fin de interés público al cual apunta, pero menos limitativa del otro u otros principios, derechos o intereses en tensión; y en tercer lugar, *el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien jurídico que la medida prohíja» (MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 34). [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054) B. [↑](#footnote-ref-3)
4. «ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

» Artículo 4o. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

» PARÁGRAFO 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

» Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

» Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

»La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

»En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente». [↑](#footnote-ref-4)
5. Para el efecto, se puede consultar el siguiente enlace en el cual se encuentran todos los documentos tipo actualmente implementados por Colombia Compra Eficiente <https://www.colombiacompra.gov.co/documentos-tipo/documentos-tipo> [↑](#footnote-ref-5)
6. Definición Rae. Disponible en <https://dle.rae.es/consultar> [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem. Disponible en: https://www.rae.es/drae2001/an%C3%A1lisis [↑](#footnote-ref-7)
8. Disponible en https://www.contraloria.gov.co/web/registro-de-obras-inconclusas [↑](#footnote-ref-8)
9. Código de Comercio: «Artículo 98. Contrato de sociedad. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

»La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». [↑](#footnote-ref-9)