**CCE-DES-FM-17**

**CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Requisito habilitante**

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección. Por su parte, el Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»

**CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos – Acreditación**

De igual manera, 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.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Causales**

En línea con lo expuesto, el numeral 3.10 de los documentos base de obra de infraestructura de transporte para procesos de licitación pública – Versión 3, establece como requisito habilitante la capacidad residual. En este documento tipo, al menos tres causales de rechazo de las que establece el numeral 1.15, se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, las de los literales E, H y Z. […] i) La causal del literal Z del numeral 1.15 solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Esto 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 Z es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre. ii) La causal del literal E del numeral 1.15 aplica cuando el proponente omite o erra en la información específica de cada contrato –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, y después de que la entidad lo requiere para que aclare la información, este no responde o no la aclara de forma debida. iii) La causal del literal H del numeral 1.15, que aplica cuando el proponente aporta información inexacta, de acuerdo con lo señalado en el numeral 1.11. del documento base

**RECHAZO DE LA OFERTA – Documento Base – Versión 3 - Literal Z – Alcance**

[…] La causal del literal Z 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 contratos que debían reportarse. 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 informado, implica aceptar que se concretó la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

**RECHAZO DE LA OFERTA –Documento base – Versión 3 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Literal H – Alcance**

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 haberse tomado 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 delictivas en los procesos de contratación estatal.

**INFORMACIÓN QUE AFECTA LA CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta –Documento base – Versión 3**

[…] 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 «afecte su capacidad residual» no se restringe a aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia mínima de capacidad residual, pues, incluso, si la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, estaríamos frente a un supuesto que cubre esa noción. Esta regla concuerda con la causal de rechazo prevista en el literal «H» del numeral 1.15 del documento base, el cual autoriza 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».

**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, **22 de septiembre de 2021**

Señor

**Leyder Villegas Sandoval**

Popayán, Cauca

**Concepto C – 388 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Requisito habilitante / CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos – Acreditación / CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Causales / RECHAZO DE LA OFERTA – Documento Base – Versión 3 – Literal Z – Alcance / RECHAZO DE LA OFERTA –Documento base – Versión 3 – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Literal H – Alcance / INFORMACIÓN QUE AFECTA LA CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta –Documento base – Versión 3 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210809007069 |
|  |  |

Estimado Señor Villegas Sandoval:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de agosto de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta, en relación con los Documentos Tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente:

«Solicito comedidamente me indique el alcance de la causal de rechazo Z. No informar todos los contratos que el proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10. ya que algunas entidades rechazan las ofertas por que al final del rup aparecen una serie de contratos en ejecución que ya se encuentran liquidados y recibidos a satisfacción pero por error de la entidad contratante no han reportado esa información ante cámara y comercio para que borren el reporte. Lo cual para la presentación del calculo de la capacidad residual no tendrían afectación alguna ya que estos se encuentran liquidados y reportados en la experiencia en el rup».

1. **Consideraciones**

Como cuestión preliminar, al no especificar el documento tipo objeto de su consulta, las consideraciones que se van a presentar a continuación guardan relación con los documentos tipo de licitación de obra pública de transporte – Versión 3 – adoptados por la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020. Lo anterior, sin perjuicio de que las consideraciones expuestas puedan utilizarse para explicar la causal de rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad, de otros documentos tipo adoptados por esta entidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre aspectos relativos a la acreditación del requisito de capacidad residual en procesos adelantados con documentos tipo, en los conceptos con radicado Nos. 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 4201912000005192 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000009465 del 20 de diciembre de 2019 y 2201913000009642 del 26 de diciembre de 2019; así como en los conceptos 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, C-547 del 21 de agosto de 2020, C-642 de 30 de octubre de 2020, C-668 del 20 de noviembre de 2020, C-720 del 11 de diciembre de 2020, C-789 del 19 de enero de 2021, C-042 del 3 de marzo de 2021 y C-219 del 19 de mayo de 2021 referentes al rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente:

**2.1. La capacidad residual como requisito habilitante en los procesos de selección de obra pública**

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[1]](#footnote-2). Por su parte, el Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»[[2]](#footnote-3).

De esta manera, la capacidad residual se refiere a la suficiencia que tiene el proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya adquirió frente a otros contratos. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 dispone que la capacidad residual de los interesados en participar en procesos de selección para contratos de obra deberá ser igual o superior al que la entidad ha establecido en los pliegos de condiciones, en los siguientes términos:

Parágrafo 1°. Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra y demás que señale el reglamento, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

De acuerdo con el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, establece que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente. Para tale fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de i) Experiencia –E–, ii) Capacidad Financiera –CF–, iii) Capacidad Técnica –CT–, iv) Capacidad de Organización y v) los saldos de los contratos en ejecución –SCE–.

De igual manera, 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[[3]](#footnote-4).

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que todas las personas naturales o jurídicas nacionales 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. En dicho 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 RUP.

**2.2. Capacidad residual y rechazo de la oferta en los documentos tipo de obra para procesos de licitación pública de infraestructura de transporte**

En línea con lo expuesto, el numeral 3.10 del documento base de obra de infraestructura de transporte para procesos de licitación pública – Versión 3, establece como requisito habilitante la capacidad residual. En este documento tipo, al menos tres causales de rechazo del numeral 1.15 se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, los literales E, H y Z. Estas causales disponen 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.

[…]

Z. No informar todos los contratos que el Proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10.

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 contempladas en los documentos tipo son taxativas, descartándose que la entidad introduzca causales adicionales, salvo, que estén establecidas en otras disposiciones normativas. Igualmente, por la naturaleza de dichas causales, 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 causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

1. La causal del literal Z del numeral 1.15 solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Esto 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 Z es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre.
2. La causal del literal E del numeral 1.15 aplica cuando el proponente omite o erra en la información específica de cada contrato –esto es, la cuantía o el plazo, entre otros–, y después de que la entidad lo requiere para que aclare la información, este no responde o no la aclara de forma debida.
3. La causal del literal H del numeral 1.15, que aplica cuando el proponente aporta información inexacta, de acuerdo con lo señalado en 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.

Este numeral 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 otorgar la información. No obstante, tal verificación es potestativa, pues 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»[[4]](#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 este sentido, «[…] 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».

La regla de verificación de la información prevista en el numeral 1.11 dispone 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 las emitió, 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 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 –licitación Versión 1– contemplaba una consecuencia diferente para la verificación del cumplimiento de la capacidad residual del proponente, cuando la entidad estatal, en uso de la potestad verificadora, advertía que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual. Este evento regulado en 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. (Énfasis fuera de texto)

Aunque las causales de rechazo del literal E, H y Z del numeral 1.15 de los documentos tipo –versión 3– se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, estas se aplican en supuestos diferentes, de acuerdo con 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 Z 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 estos.

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. Dicho de otra forma, no se puede subsanar cuando se incurre las causales H y Z, 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 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. 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.

La causal del literal Z 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 contratos que debían reportarse. 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 informado, implica aceptar que se concretó la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

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 haberse tomado 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 delictivas 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.

Para el cálculo de 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. Por tanto, en los procesos de licitación que utilizaban la Versión 1 de los «Documentos Tipo», las entidades estatales 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 inicialmente.

No obstante, esta regla especial sobre verificación de la capacidad residual fue modificada en la Versión 2 y 3 de los «Documentos Base», implementados por las Resoluciones No. 045 del 14 de febrero de 2020 y 240 del 27 de noviembre de 2020, respectivamente. En este último se mantiene la regla de verificación del numeral 1.11; pero se cambia la regla específica del numeral 3.10, para disponer lo siguiente:

**3.10. CAPACIDAD RESIDUAL**

El proponente será hábil si su capacidad residual 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 del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, 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.

[…] (Énfasis fuera de texto)

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 «afecte su capacidad residual» no se restringe a aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia mínima de capacidad residual, pues, incluso, si la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, estaríamos frente a un supuesto que cubre esa noción. Esta regla concuerda con la causal de rechazo prevista en el literal «H» del numeral 1.15 del documento base, el cual autoriza 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».

 Así las cosas, la Versión 1 del «Documento Base» para procesos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte disponía 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 por las Versiones 2 y 3 del «Documento Base» para procedimientos de licitación, al verificarse que efectivamente 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, por incurrir en una causal de rechazo, como se explicó anteriormente[[5]](#footnote-6). Ahora bien, la improcedencia de las aclaraciones se presentará en los supuestos en que la entidad tenga certeza de que efectivamente se incurrió en dicha circunstancia; es decir, salvo que hayan dudas respecto de si efectivamente se omitió reportar información que afecte la capacidad residual, evento en el cual procederían las aclaraciones con la finalidad de determinar, en caso de duda de la entidad, si efectivamente se incurrió en dicha circunstancia, pero no para corregir dicha omisión. Esto en la medida que tal circunstancia constituye una causal de rechazo en los términos de los literales H y Z del numeral 1.15 y del numeral 3.10 del «Documento Base o Pliego Tipo», las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes.

 Ahora, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, entre otros casos, en aquellos eventos que se refieran a contratos que estuviesen en ejecución al momento del cierre, pues si la omisión se refiere a contratos que no están en ejecución, por ejemplo, por haberse finalizado su ejecución o incluso estar liquidados no se cumpliría el supuesto de hecho del numeral 3.10 del documento base que faculta a la entidad para rechazar la oferta. Lo anterior teniendo en cuenta 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, pues 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 Z del numeral 1.15 del documento base o, eventualmente, por la causal del literal H *ibídem*.

1. **Respuesta**

Solicito comedidamente me indique el alcance de la causal de rechazo Z. No informar todos los contratos que el proponente tenga en ejecución antes del cierre, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme a la sección 3.10. ya que algunas entidades rechazan las ofertas por que al final del rup aparecen una serie de contratos en ejecución que ya se encuentran liquidados y recibidos a satisfacción pero por error de la entidad contratante no han reportado esa información ante cámara y comercio para que borren el reporte. Lo cual para la presentación del calculo de la capacidad residual no tendrían afectación alguna ya que estos se encuentran liquidados y reportados en la experiencia en el rup.

De conformidad con el numeral 3.10 del documento base, el rechazo de la oferta procede cuando cualquier interesado o la entidad, en ejercicio de la potestad verificadora, advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, por ejemplo, la referente a contratos en ejecución. En este sentido, la expresión «afecta la capacidad residual» no solo abarca aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia de capacidad residual, sino también las situaciones en que la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, pero modifica la capacidad residual del proponente.

Esta regla concuerda con las causales de rechazo de los literales H y Z del numeral 1.15 del documento base, referidas a la información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad y la omisión de informar los contratos en ejecución. Por tanto, 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, por incurrirse en una causal de rechazo, como se explicó en las consideraciones. Ahora bien, la improcedencia de las aclaraciones se presentará en los supuestos en que la entidad tenga certeza de que efectivamente se incurrió en dicha circunstancia; es decir, salvo que hayan dudas respecto a si efectivamente se omitió reportar información que afecte la capacidad residual, evento en el cual procederían las aclaraciones con la finalidad de determinar, en caso de duda de la entidad, si efectivamente se incurrió en dicha circunstancia, pero no para corregir dicha omisión. Esto en la medida que tal circunstancia constituye una causal de rechazo en los términos de los literales H y Z del numeral 1.15 y del numeral 3.10 del «Documento Base o Pliego Tipo», las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes.

Ahora, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, entre otros casos, en aquellos eventos que se refieran a contratos que estuviesen en ejecución al momento del cierre, pues si la omisión se refiere a contratos que no estaban en ejecución, por ejemplo, por haberse finalizado su ejecución o incluso estar liquidados no se cumpliría el supuesto de hecho del numeral 3.10 del documento base que faculta a la entidad para rechazar la oferta. Lo anterior teniendo en cuenta 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.

Finalmente, se aclara que es deber de las entidades estatales, de acuerdo con las circunstancias de cada proceso, verificar la información presentada por el oferente, pues con base en esto, la entidad analizará si realmente se omitió informar los contratos en ejecución, rechazando la oferta; o si, por el contrario, concluye que el proponente no incurrió en dicha actuación, caso en el cual no podrá rechazar la oferta por la causal Z del numeral 1.15. del Documento Base.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Torres RojasContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1 Grado 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Decreto 1082 de 2015: «Articulo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[…]

»Capacidad Residual o K de Contratación: 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». [↑](#footnote-ref-2)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
3. «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-4)
4. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
5. [↑](#footnote-ref-6)