**CCE-DES-FM-17**

**LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura – Etapas generales**

En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Además, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

**LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas – Observaciones**

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones conforme al artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de actuar de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor encomendada.

Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos modos de realizar los traslados de los informes correspondientes: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de cinco (5) días hábiles, según lo prevé el artículo 30.8 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho».

En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes –incluido lo relativo a la capacidad residual– y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco (5) días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el *informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

**OBSERVACIONES – Traslado – Término – Ofertas económicas – Proporcionalidad – Razonabilidad**

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al *informe final de evaluación*, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

Es del caso precisar que, pese a que es cierto que el principal llamado a establecer los términos procesales es el legislador, también lo es que las partes, especialmente la entidad contratante, también han sido habilitada por el mismo legislador para establecer el término de duración de algunas etapas del trámite contractual, como sucede, por ejemplo, con el *plazo de la licitación*, cuya determinación corresponde a la entidad contratante, o como ocurre con los términos objeto de las presentes consideraciones.

En todo caso, los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011[[1]](#footnote-1). Incluso, en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, se establece como parámetro la razonabilidad.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 3 – Licitación Pública - Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales**

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, 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:

*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. Por tanto, 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)* 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 que consagra el literal E del numeral 1.15.

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

[…] aunque las causales de rechazo del literal E, H y Z 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 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. Por su parte, 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 o no reporta la información de los contratos exigida en el documento base. Siguiendo con el ejemplo, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos de obra en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal Z – Versión 3 – Licitación Pública – Alcance**

La causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos de obra, 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 reportado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de informar todos los contratos de obra que tenía en ejecución.

[…] Así las cosas, es durante el traslado del *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes –incluido lo relativo a la capacidad residual– y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, que cualquier interesado puede advertir que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual.



Señor

**Santiago Andrés Sánchez Mantilla**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C ‒ 663 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | LICITACIÓN PÚBLICA – Procedimiento – Estructura – Etapas generales / LICITACIÓN PÚBLICA – Evaluación de ofertas – Observaciones / OBSERVACIONES – Traslado – Término – Ofertas económicas – Proporcionalidad – Razonabilidad / DOCUMENTOS TIPO – Versión 3 – Licitación Pública - Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / CAPACIDAD RESIDUAL – Cálculo – Factores / CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» – Contratos de obra / DOCUMENTOS TIPO – Agua potable y saneamiento básico – Capacidad Residual – Rechazo de la oferta – Causales / RECHAZO DE LA OFERTA – Documento Base – Capacidad Residual – Literal AA – Alcance / RECHAZO DE LA OFERTA –Documento base – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Literal H – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211019009627 y P20211020009680 –Acumulado– |

Estimado señor Sánchez Mantilla:

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, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde sus consultas del 15 y 19 de octubre del 2021.

**1. Problema planteado**

En la petición con radicado P20211019009627, respecto al requisito de capacidad residual del numeral 3.10 de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, usted realiza las siguientes preguntas: i) «Si luego de abiertos los sobres económicos, un proponente advierte la omisión de un contrato en ejecución por otro oferente, como debería proceder la entidad: a. Atender la observación del oferente y verificar la información […] b. No atender la observación al respecto y recibir solo observaciones de las ofertas económicas» y ii) «¿Cuándo «la entidad hace mención a: *alguna información contractual que afecte su capacidad residual,* a que información hace referencia?».

En la petición con radicado P20211020009680, sobre el mismo requisito de capacidad residual, pregunta lo siguiente: i) «[…] aclarar lo siguiente respecto a lo mencionado en el numeral 3.10 del pliego de condiciones que establece lo siguiente: *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.* [¿] Cuando se refiere a la potestad verificadora de la entidad a que hace referencia? [¿] Si es un oferente el que hace la observación en la audiencia de adjudicación, como aplica en este sentido la potestad verificadora?» y ii) «Sobre la misma situación solicitamos aclarar: [¿] Un contrato suspendido a la fecha del cierre que no fue incluido en el SCE se debe entender como no reportar todos los contratos en ejecución y ser rechazado mediante la causal de rechazo Z? [¿] Un contrato adjudicado, pero sin acta de inicio que no fue incluido en el SCE se debe entender como no reportar todos los contratos en ejecución y ser rechazado mediante la causal de rechazo Z?».

1. **Consideraciones**

Para resolver el objeto de la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) etapas de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales, especialmente, la relativa al traslado del informe de evaluación; ii) capacidad residual como requisito del proceso de selección; y iii) rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre las etapas de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales, en materia contractual. En los conceptos C-201 de 2020 y C-513 del 23 de septiembre de 2021 lo hizo en relación con las fases o etapas del proceso de selección, y en el concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524−, lo hizo frente a la audiencia de adjudicación en licitaciones púbicas. También ha desarrollado, desde diferentes perspectivas, el alcance de las causales de rechazo de propuestas en la contratación estatal, 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, C-016 del 21 de abril de 2020[[2]](#footnote-2), C-147 del 12 de abril de 2021 y C-460 del 2 de septiembre de 2021.

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, C-547 del 21 de agosto de 2020, C-642 de 30 de octubre de 2020, C-720 del 11 de diciembre de 2020, C-042 del 4 de marzo de 2021, C-147 del 12 de abril de 2021, C-219 del 19 de mayo de 2021, C-388 del 22 de setiembre de 2021, C-460 del 2 de octubre de 2021, C-485 del 13 de octubre de 2021 y C-513 del 23 de septiembre 2021, analizó el rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. La tesis desarrollada en estos conceptos en lo pertinente se reitera a continuación:

**2.1 Etapas de las actuaciones adelantadas por las entidades estatales. Traslado del informe de evaluación**

Para adquirir bienes o servicios las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación reglado, por lo que deben acatarse las normas que lo rigen, para determinar la forma que la ley establece para adelantarlo. Las principales normas son la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 ─que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección─; así como los artículos2.2.1.1.2.1.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, que concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para adjudicar y celebrar el contrato estatal.

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra el principio de economía, en virtud del cual, las normas de selección y el pliego de condiciones deben establecer términos perentorios y preclusivos para cada una de las etapas de los procesos de selección, a fin de asegurar la selección objetiva del contratista[[3]](#footnote-3). De esta manera, la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado debe gestionarse, por un lado, dentro de las etapas del proceso contractual, lo cual variará dependiendo de la modalidad de selección de contratistas y, en cierta medida, del objeto del contrato a suscribir, y, por el otro, dentro de los términos establecidos para cada una de esas etapas, bien por la ley, el reglamento o el definido por la entidad contratante.

 En lo que tiene que ver con la licitación pública, procedimiento que constituye la «regla general», el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la estructura del proceso y fijó sus etapas. De la norma es posible diferenciar entre la etapa de planeación o preparatoria y la licitación en estricto sentido. El numeral 1 del artículo referido establece dos momentos del procedimiento de licitación, que, aunque diferenciables, concurren en una misma etapa: de un lado, uno relacionado con la planeación, al establecer que la entidad, previo al inicio del procedimiento de selección, debe elaborar los estudios previos que justificarán técnica y jurídicamente la contratación, en la forma prevista en el numeral 12 del artículo 25 de esa ley y en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, y del otro, el inicio del proceso de licitación pública propiamente dicho, con el acto de apertura. Además, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la obligación de elaborar un pliego de condiciones, en los términos del numeral 5 del artículo 24 de la misma ley y del artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

El artículo 30.1 de la Ley 80 establece que el jefe o representante de la entidad ordenará la apertura mediante un acto administrativo, en la forma prevista en el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015, y deberá expedirse el pliego de condiciones definitivo. Con este acto de apertura inicia la etapa de licitación propiamente dicha, en la que –previa resolución de las observaciones que se realicen– los interesados podrán presentar ofertas. Esta etapa fue denominada por el legislador como *plazo de licitación,*y alude a la oportunidad que tienen los proponentes para presentar ofertas. Este plazo, según el numeral 5 del inciso del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se computa desde la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y hasta la de su cierre, según lo defina el pliego de condiciones.

Es pertinente señalar que en esta etapa de presentación de propuestas se surtirán otras actuaciones. El numeral 4 de la misma disposición establece una de ellas: la audiencia para precisar el alcance de los pliegos de condiciones y de asignación de riesgos. La oportunidad para celebrar esta audiencia es dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo de licitación.

Una vez precluida la oportunidad para presentar ofertas, en el plazo que señala el pliego de condiciones conforme al artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, el comité evaluador de la entidad realizará «los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas» y además podrá pedir a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que considere pertinentes. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 consagra el deber de los comités evaluadores de actuar de manera objetiva y de conformidad con los criterios señalados en el pliego de condiciones, y fija una cláusula de responsabilidad por el ejercicio de la labor encomendada.

 Evaluadas las propuestas, se deben distinguir dos modos de realizar los traslados de los informes correspondientes: de un lado, las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública y, del otro, cualquier otra licitación pública. En esta segunda hipótesis, la entidad correrá traslado del informe de evaluación, el cual permanecerá en la secretaría por un término de cinco (5) días hábiles, según lo prevé el artículo 30.8 de la Ley 80 de 1993. Además, deberá publicarse en el SECOP. Los oferentes podrán presentar las observaciones que estimen pertinentes, sin que puedan complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas. Esta instancia está prevista para corregir errores en la evaluación y su fin esencial es «hacerle ver a la entidad los errores que pudo haber cometido en procura de corregirlos y así adoptar la decisión que realmente se ajuste a derecho»[[4]](#footnote-4).

 En la primera hipótesis, regulada por el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la entidad deberá publicar el *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes –incluido lo relativo a la capacidad residual– y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones. Este informe debe ser publicado en el SECOP por cinco (5) días hábiles, término durante el cual los proponentes podrán presentar sus observaciones y, de ser necesario, entregar la documentación e información adicional requerida por la entidad. Vencido el término antes referido, la entidad estatal deberá pronunciarse sobre las observaciones, si es que se presentaron, y publicará el *informe final de evaluación* de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación, distintos a la oferta económica.

Es del caso precisar que en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, por disposición del artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, la oferta estará conformada por dos sobres: en el primero, se deben incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes –incluido lo relativo a la capacidad residual–, así como los relacionados con los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje, diferentes a la oferta económica. En el segundo, por otro lado, el proponente tendrá que incluir únicamente la propuesta económica, de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

En cualquiera de las dos hipótesis, vencido el término para presentar observaciones al *informe de evaluación*, empieza a correr el *plazo para adjudicar el contrato,*que hace referencia a la oportunidad que tiene la entidad para seleccionar o escoger la mejor oferta, cuyo término, según el numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es de libre configuración del pliego de condiciones. Durante este lapso se resuelven las observaciones presentadas por los oferentes, es decir, la entidad responderá las observaciones durante esta oportunidad y a más tardar hasta el momento de la adjudicación. La norma anteriormente citada también permite al jefe de la entidad prorrogar el plazo para la adjudicación y para la firma del contrato, pero antes del vencimiento de dichos plazos y por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado.

Dentro del *plazo para adjudicar el contrato*, debe celebrarse la audiencia de adjudicación, la cual resulta obligatoria en los procesos de licitación pública, por disposición de los artículos 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución Política. Esta diligencia se hará con participación del jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluación de las ofertas, los proponentes y demás interesados. De la audiencia se levantará un acta en el que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones de esta.

En el caso de las licitaciones públicas para seleccionar contratistas de obra pública, en la *audiencia efectiva de adjudicación*, por disposición del inciso final del parágrafo 3º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, deben llevarse a cabo tres (3) actuaciones adicionales a la adjudicación del contrato: *primero*, la entidad debe permitir a los proponentes que realicen observaciones en relación con el *informe final de evaluación*. Resulta del caso precisar que a pesar de que la norma en comento hace referencia al *informe de evaluación*, lo cierto es que lo procedente es entender que está haciendo mención al *informe final de evaluación,* es decir, el que resulte luego de presentadas las observaciones por los proponentes y que sean resueltas por la entidad. Tal interpretación encuentra fundamento en tres argumentos: por un lado, en que la misma norma ya contiene un término para presentar observaciones en relación con el *informe de evaluación* –inicial–, esto es, dentro de los cinco días siguientes a su publicación en el SECOP; por otro, que aceptar lo contrario implicaría asumir que es posible reabrir el debate en relación con el *informe de evaluación*, pese a que el mismo se cerró al expedir el *informe final de evaluación* y, por último, que una interpretación literal de la norma implica que no hay una etapa procesal para presentar observaciones en relación con el *informe final de evaluación*, lo cual, conduce a restringir los derechos de participación que les asiste a todos los proponentes.

*Segundo*, se abre el sobre número dos (2), que contienen la oferta económica, y se evalúan las propuestas mediante el método establecido en el pliego de condiciones y, *tercero,* a los proponentes habilitados se les corre traslado de la evaluación de las ofertas económicas, solo para la revisión «del aspecto económico», luego de lo cual la entidad debe establecer el *orden de elegibilidad* y, finalmente, a adjudicar el contrato estatal. En efecto, el parágrafo que se comenta establece lo siguiente:

Parágrafo 3. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, *momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad*. (Énfasis fuera de texto)

Nótese que, aunque la norma contempla el término para resolver las observaciones presentadas en relación con el *informe final de evaluación*, en el entendido que dispone que deben resolverse «en la misma» audiencia, lo cierto es que no establece un término para pronunciarse en relación con las observaciones presentadas por los proponentes frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes del proceso.

 A juicio de la Agencia Nacional de Contratación tal vacío normativo debe suplirse con la aplicación analógica del término para resolver las observaciones de los proponentes frente al *informe final de evaluación*, habida cuenta de que se trata de la misma diligencia y, en esencia, de una actuación similar, esto es, resolver observaciones de los proponentes. Además, si se tiene en cuenta que el objeto principal de la audiencia es la adjudicación, y que esto no se puede hacer sin haber resuelto las observaciones de los proponentes, resulta imposible materialmente que el término *sub lite* se extienda más allá de la diligencia.

En ese sentido, el término para resolver las observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros proponentes es el mismo que se consagra para resolver las observaciones frente al *informe final de evaluación*, esto es, que debe hacerse dentro de la misma diligencia. Esto, adicionalmente, marca un límite para la determinación del término del traslado a los proponentes de las ofertas económicas, pues si las observaciones deben resolverse en la misma diligencia, el término del traslado debe tener como límite la duración de la misma audiencia, de tal forma que el término concedido no exceda de su duración. Le corresponde, pues, a la entidad establecer el término por el cual dará dicho traslado.

 Es del caso precisar que, pese a que es cierto que el principal llamado a establecer los términos procesales es el legislador[[5]](#footnote-5), también lo es que las partes, especialmente la entidad contratante, también han sido habilitada por el mismo legislador para establecer el término de duración de algunas etapas del trámite contractual, como sucede, por ejemplo, con el *plazo de la licitación*, cuya determinación corresponde a la entidad contratante, o como ocurre con los términos objeto de las presentes consideraciones.

En todo caso, los términos legales o reglamentarios, así como también los términos que establece la entidad, encuentran como limitante, por un lado, las garantías constitucionales fundamentales y, por el otro, los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En relación con los primeros, así lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-127 de 2011 y C-315 de 2012, mientras que, frente a los segundos, así lo dispone el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011[[6]](#footnote-6). Incluso, en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, se establece como parámetro la razonabilidad, diciendo que:

En la audiencia de adjudicación, una vez ha quedado en firme el informe final de evaluación del primer sobre correspondiente a los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica, la Entidad Estatal dará apertura al segundo sobre que contiene la oferta económica y *correrá traslado a los proponentes habilitados dentro de la misma audiencia por un término razonable para que los proponentes realicen observaciones solamente acerca de la oferta económica*. (Énfasis fuera de texto)

En la práctica, entonces, para establecer el término de duración del traslado para presentar observaciones frente a las ofertas económicas, la entidad debe tener como faro orientador los fines de la norma que lo autoriza −artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993−. Esto es, debe permitir que los proponentes presenten sus observaciones frente a los aspectos económicos de las propuestas de los otros oferentes, así como también la proporcionalidad y la razonabilidad del término establecido, lo cual se debe valorar, primero, en cada situación particular y, segundo, atendiendo al análisis de la *complejidad* de cada caso.

Para ello, es necesario que la entidad analice los aspectos técnicos, económicos y jurídicos del proceso de contratación, así como también el número de oferentes habilitados. Esto sin dejar de valorar los principios de celeridad y eficacia, propios de la función administrativa, según el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales le imponen la obligación de velar porque los procesos administrativos sean tramitados de forma ágil y expedita y teniendo como horizonte el interés general, por supuesto, sin sacrificar las garantías de los implicados en tales actuaciones.

 No existe, pues, un término genérico al que se le puedan atribuir características de razonabilidad y proporcionalidad. Puede pasar, por ejemplo, que un término de dos horas resulte desproporcionado por tratarse de un caso de complejidad muy baja, pero también puede ocurrir que el mismo término sea proporcional y razonable en otro caso, habida cuenta de la complejidad del proceso contractual. En esa medida, como ya se dijo, la razonabilidad y proporcionalidad del término establecido por la entidad debe valorarse en cada caso, de acuerdo a las particularidades del proceso de contratación.

 De todas formas, por tratarse de un acto discrecional, el establecimiento del término *sub examine* no puede exceder los límites legales, pues, como bien lo señalan los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández[[7]](#footnote-7), la discrecionalidad «no es una facultad extralegal»[[8]](#footnote-8), lo que significa que no puede ejercerse de forma ilimitada y desbordando los causes establecidos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la discrecionalidad no puede desconocer los límites establecidos por la ley o el reglamento, en este caso, de la norma que habilitó a la entidad para ejercer la potestad discrecional, esto es, el artículo 30, parágrafo 3, inciso 3, de la Ley 80 de 1993, el cual, como se explicó en los párrafos anteriores, impone que las observaciones de los proponentes en relación con las otras ofertas económicas deban ser resueltas en la *audiencia efectiva de adjudicación*, lo que implica que el término discrecional que fije la entidad para el traslado a los proponentes no podrá exceder, bajo ninguna circunstancia, la duración de esa diligencia. Al respecto, en concepto del 23 de diciembre de 2019 −radicado No. 2201913000009524−, esta Subdirección consideró y argumentó lo siguiente:

[…] 5. cuando la ley dispone que sea “durante” la audiencia cuando se evalúa la oferta económica y posteriormente se establezca el orden de elegibilidad de las ofertas, está señalando que son actos y decisiones que deben surtirse dentro de la audiencia pública y no por fuera de ella.

En el contexto expuesto, esta Subdirección considera que es factible, así mismo, realizar una interpretación armónica y sistemática de las dos normas en cita -artículo 30 de la Ley 57 de 1887-, para entender que las reglas de la audiencia de adjudicación del artículo 2.2.1.2.1.1.2. Decreto 1082 de 2015 y las adicionadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, tratándose de licitación pública para celebrar un contrato de obra, pueden compaginarse, en el entendido de que la suspensión de la audiencia de adjudicación procede aun a instancias del momento posterior a la apertura del segundo sobre que contiene la oferta económica, siempre y cuando, dicha suspensión tenga origen en observaciones de los proponentes habilitados que fueron formuladas con ocasión del traslado previsto en la ley para la revisión del aspecto económico de la evaluación, previo a establecer el orden de elegibilidad.

De igual manera, *la suspensión de la audiencia no puede efectuarse si los actos que se pretenden realizar son los que la ley prevé que ocurran durante la audiencia, como es el caso de la apertura de segundo sobre que contiene la oferta económica, la evaluación según el método previsto en el pliego de condiciones y la definición del orden de elegibilidad de ofertas para adoptar la decisión de adjudicación de la licitación.* (Énfasis fuera de texto)

Nótese que, según el criterio expuesto previamente por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la *audiencia de adjudicación* no se puede suspender, para efectos de realizar una actuación que debe realizarse durante la audiencia, por ejemplo, si el acto que se pretende realizar es la definición del orden de elegibilidad. Tampoco puede hacerse para darle traslado a los proponentes para que presenten sus observaciones frente a las propuestas económicas, las cuales se deben presentar durante el curso de la audiencia.

Finalmente, una vez se adjudica, empieza a correr el *plazo para firmar el contrato***,** que es otra etapa del proceso de licitación, cuyo término es también de libre configuración del pliego de condiciones y al que le aplican las mismas reglas de prórroga del plazo para efectuar la adjudicación que se explicaron, así como también aquellas consideraciones precedentes en materia de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo demás, se debe tener en cuenta que, en virtud de principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el proceso de contratación estatal debe adelantarse dentro de unas etapas determinadas y respetando los términos procesales establecidos por la ley o el reglamento o los que determine la entidad contratante. Además, en virtud de los principios de preclusión y perentoriedad, establecidos en el inciso primero *ibidem*, las partes del proceso de contratación, así como los funcionarios públicos, se encuentran obligados a respetar y acatar tales etapas y términos, sin que puedan desconocerlos o pasarlos por alto.

**2.2. Capacidad residual como 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[[9]](#footnote-9). 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»[[10]](#footnote-10).

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, la «capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución». La «capacidad de contratación», según se desprende de la misma disposición, «[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)».

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 dispone 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[[11]](#footnote-11).

De conformidad con lo expuesto, la Agencia Nacional para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública. Este documento establece, entre otras cuestiones, que a la entidad contratante corresponde, primero, establecer la capacidad residual del proceso de contratación «CRPC» y, segundo, determinar si los proponentes cumplen con la capacidad residual del proceso de contratación, teniendo en cuenta la información mencionada en el párrafo precedente.

En relación con el primer aspecto, sobre la determinación de la capacidad residual del proceso de contratación «CRPC», debe determinarse si el plazo del contrato es superior a doce meses. Si no lo es, la CRPC equivale al presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación menos el anticipo o pago anticipado cuando haya lugar. Si lo es, equivale a la proporción lineal de 12 meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo o pago anticipado.

En cuanto al segundo aspecto, sobre la validación de que cada proponente cumpla con la CRPC, la entidad pública debe verificar que la capacidad residual del proponente «CRP» sea igual o superior a la capacidad referida en el párrafo precedente. De todas formas, previamente debe establecer la CRP, con fundamento en los siguientes factores: i) experiencia «E»; ii) capacidad financiera «CF»; iii) capacidad técnica «CT», iv) capacidad de organización «CO»; y v) los saldos de los contratos en ejecución «SCE», según la siguiente formula:



Particularmente, respecto del factor de saldos de los contratos en ejecución «SCE», es necesario tener en cuenta que la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública*,* define a este factor como «la suma de los montos por ejecutar de los contratos en ejecución durante los 12 meses siguientes». Así mismo, define los *Contratos en Ejecución* de la siguiente manera:

Son los contratos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente con Entidades Estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles, incluyendo la ejecución de obras civiles en los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación.

En este sentido, los saldos pendientes se derivan de las obligaciones que se encuentran en ejecución al momento de la presentación de la oferta y se refieren a contratos cuyo objeto sea la ejecución de obras civiles. Se aclara que deben tenerse en cuenta los contratos sin acta de inicio, pues el criterio determinante para establecer si un contrato se encuentra en ejecución no lo determina el acta, sino que el mismo contrato obligue al proponente. Además, los saldos pendientes por ejecutar de los contratos afectados por una suspensión constituyen, también, información relevante para calcular la capacidad residual del proponente **«**CRP**»**. Lo anterior, en la medida en que la ejecución de los contratos en principio suspendidos puede, eventualmente, afectar la aptitud del oferente para cumplir con el contrato ofertado, razón por la que, ante la posibilidad de que tales contratos se reanuden, se ha estimado necesario evaluar los saldos pendientes por ejecutar de tales contratos para determinar si el proponente cumple con la capacidad residual requerida.

De este modo, para acreditar el factor saldos de los contratos en ejecución «SCE» como lo establece la Guía, el proponente debe presentar la lista de contratos de obras civiles en ejecución, tanto a nivel nacional como internacional señalando i) el valor del contrato; ii) el plazo del contrato en meses; iii) la fecha de inicio de las obras objeto del contrato, día, mes, año; iv) si la obra la ejecuta un consorcio, unión temporal o sociedad de propósito especial, junto con el porcentaje de participación del oferente que presenta el certificado; v) si el contrato se encuentra suspendido, y si es así, la fecha de suspensión. Si el proponente no tiene contratos en ejecución, en el certificado debe constar expresamente esa circunstancia. Por ello, sobre la acreditación del factor «SCE» en los documentos tipo de licitación de obra pública para infraestructura de transporte, el literal E del numeral 3.10.2 del documento base señala lo siguiente:

Para acreditar el factor (SCE) el Proponente tendrá en cuenta lo siguiente:

[…]

II. Los contratos de obras civiles en ejecución son aquellos que a la fecha de presentación de la oferta obligan al proponente con entidades estatales y con entidades privadas para ejecutar obras civiles. Estas incluyen las obras civiles de los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios, así como, los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. No se entenderán como contratos en ejecución los que se encuentren en liquidación.

III. Se tendrán en cuenta los contratos de obras civiles en ejecución suscritos por el proponente o por sociedades, consorcios o uniones temporales en los cuales el proponente tenga participación

IV. Si un contrato se encuentra suspendido, el cálculo del (SCE) de dicho contrato debe efectuarse asumiendo que lo que falta por ejecutar iniciara en la fecha de presentación de la oferta del Proceso de Contratación. Si el contrato está suspendido el Proponente debe informar el saldo pendiente por ejecutar.

V. El cálculo del factor (SCE) debe hacerse linealmente calculando una ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días. Este resultado se multiplica por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato y si el contrato es ejecutado por una estructura plural por la participación del Proponente en la respectiva estructura.

Como se aprecia, los apartados transcritos del documento base están en armonía con lo dispuesto en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, y se refieren a los contratos de obras civiles en ejecución, incluyendo a los contratos suspendidos y los que no tienen acta de inicio. Lo expuesto es congruente con el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, en virtud del cual, para efectos de acreditar la capacidad residual del proponente, se requiere el listado de contratos de obra civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas.

**2.2. Capacidad residual y rechazo de la oferta en los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte**

El numeral 3.10 del documento base de obra de licitación para obra pública de infraestructura de transporte –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, 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:

*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. Por tanto, 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)* 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 que consagra el literal E del numeral 1.15.

*iii)* Lo dicho en los numerales precedentes tampoco descarta la posibilidad de que la entidad rechace la oferta si encuentra configurada la causal establecida en el 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, no obligatoria, 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»[[12]](#footnote-12). 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 del documento base aplica frente a la totalidad de la información y documentación aportada para cumplir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Además, 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.

Ahora bien, aunque las causales de rechazo del literal E, H y Z 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 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. Por su parte, 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 o no reporta la información de los contratos exigida en el documento base. Siguiendo con el ejemplo, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos de obra 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 de obra 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 de obra, 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 reportado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de informar todos los contratos de obra 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.

En este sentido, la configuración de la causal se determinará teniendo en cuenta si la información inexacta conduce a una posible falsedad. Piénsese en el evento en que el proponente reportó contratos con otros objetos distintos a la ejecución de obras. En este caso, conforme a la explicación precedente, no se trata de información inexacta que tenga la connotación de falsedad, por lo que no habría lugar a rechazo de la propuesta por esta causal. Por ello, simplemente no se tendrá en cuenta la información de los contratos que no cumplen con lo requerido en el documento base.

Sin embargo, las situaciones en la que la información inexacta conduce a una posible falsedad pueden ser múltiples y su configuración como causal de rechazo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Por consiguiente, la entidad estatal deberá analizar concretamente cada una de ellas para determinar si existe una posible falsedad, caso en el cual, 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.

En relación con la información contractual no incluida que pueda afectar la capacidad residual del proponente, el pliego de condiciones del «Documento Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte estableció una regla especial en el numeral 3.10 así:

**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 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 acuerdo con lo anterior, los interesados únicamente podrán informar que algún proponente omitió alguna información contractual que afectó la capacidad residual durante el traslado del informe de evaluación del sobre uno (1). Por tanto, el traslado para la revisión «del aspecto económico» del sobre número dos (2) no es la oportunidad para que los interesados manifiesten que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual.

En contraste, si 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 afecta su capacidad residual se rechazará la oferta, aun cuando dicha verificación se realice en la audiencia de adjudicación. Conforme a lo explicado *ut supra*, el ejercicio de la potestad verificadora del numeral 1.11 del pliego de condiciones consiste en el *derecho potestativo* de verificar integralmente la información aportada en el proceso. Por tanto, si en la etapa de adjudicación algún proponente advierte inconsistencias en la capacidad residual de otro participante, la entidad no está obligada a responder el requerimiento, pues se reitera que estas observaciones deben plantearse en el traslado del informe de evaluación del sobre uno (1).

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 que cubre esa noción. Esto 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».

Según lo expuesto, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas[[13]](#footnote-13). 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 del documento base, las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes conforme a los parámetros antes mencionados.

 Recogiendo tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos de obra que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. En efecto, como se expuso en el acápite anterior, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Públicaincluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma se recogió en el numeral 3.10.2, literal E, del documento base, el cual señaló que para acreditar el factor «SCE» el proponente tendrá en cuenta «los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio».

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. 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. **Respuestas**

i) «Si luego de abiertos los sobres económicos, un proponente advierte la omisión de un contrato en ejecución por otro oferente, como debería proceder la entidad: a. Atender la observación del oferente y verificar la información […] b. No atender la observación al respecto y recibir solo observaciones de las ofertas económicas».

ii) «[…] aclarar lo siguiente respecto a lo mencionado en el numeral 3.10 del pliego de condiciones que establece lo siguiente: 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. [¿] Cuando se refiere a la potestad verificadora de la entidad a que hace referencia? [¿] Si es un oferente el que hace la observación en la audiencia de adjudicación, como aplica en este sentido la potestad verificadora?».

Para efectos de la causal rechazo del literal Z del numeral 1.15 de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, quien advierte la omisión de alguna información contractual que afecte la capacidad residual de un proponente debe manifestarlo durante el traslado del informe de evaluación, que es precisamente el momento establecido en el ordenamiento jurídico para observar y presentar solicitudes frente a la evaluación realizada por la entidad, no hasta antes de la adjudicación del proceso. Así las cosas, es durante el traslado del *informe de evaluación* relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes –incluido lo relativo a la capacidad residual– y los requisitos que sean objeto de puntuación, diferentes a la oferta económica, que cualquier interesado puede advertir que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual.

De acuerdo con lo anterior, los interesados únicamente podrán informar que algún proponente omitió alguna información contractual que afectó la capacidad residual durante el traslado del informe de evaluación del sobre uno (1). Por tanto, el traslado para la revisión «del aspecto económico» del sobre número dos (2) no es la oportunidad para que los interesados manifiesten que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual.

En contraste, si 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 afecta su capacidad residual se rechazará la oferta en concordancia con el numeral 3.10 del pliego de condiciones, aun cuando dicha verificación se realice en la audiencia de adjudicación. Conforme a lo explicado *ut supra*, el ejercicio de la potestad verificadora del numeral 1.11 del pliego de condiciones consiste en el *derecho potestativo* de verificar integralmente la información aportada en el proceso. Por tanto, si en la etapa de adjudicación algún proponente advierte inconsistencias en la capacidad residual de otro participante, la entidad no está obligada a responder el requerimiento, pues se reitera que estas observaciones deben plantearse en el traslado del informe de evaluación del sobre uno (1).

iii) «¿Cuándo «la entidad hace mención a: *alguna información contractual que afecte su capacidad residual,* a que información hace referencia?».

iv) «[¿] Un contrato suspendido a la fecha del cierre que no fue incluido en el SCE se debe entender como no reportar todos los contratos en ejecución y ser rechazado mediante la causal de rechazo Z? [¿] Un contrato adjudicado, pero sin acta de inicio que no fue incluido en el SCE se debe entender como no reportar todos los contratos en ejecución y ser rechazado mediante la causal de rechazo Z?».

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» abarca 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 que cubre esa noción. Esto 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».

Según lo expuesto, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas. 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 del documento base, las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes conforme a los parámetros antes mencionados.

 Recogiendo tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos de obra que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, incluyendo los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio. En efecto, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Públicaincluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma se recogió en el numeral 3.10.2, literal E, del documento base, el cual señaló que para acreditar el factor «SCE» el proponente tendrá en cuenta «los contratos suspendidos y aquellos que no tengan acta de inicio».

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. 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*.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Carlos Mario Castrillón EndoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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. De igual forma el alcance de las causales de rechazo de propuestas en la contratación estatal ha sido estudiada entre otros 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–. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

[…]

»1o. se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones».

 [↑](#footnote-ref-3)
4. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Ed.

Legis, 2016. P. 440. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. *Mutatis mutandi,* Corte Constitucional. Sentencias C-728 de 2000 y C-437 de 2013. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respectivamente. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 498. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibidem*. El argumento completo es el siguiente: «[…] el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva *no es una facultad extralegal*, que surja de un supuesto poder originario de la Administración anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se le ha atribuido a la administración justamente con ese carácter. Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parciamente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada […] por vía general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo» (cursivas propias). [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. «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-11)
12. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. Concepto C-196 de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-13)