**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 otras, 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*. De esta manera, 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 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.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento base – Literal z – Versión 3 – Licitación pública**

Conforme con lo anterior, en caso de que el proponente al presentar su oferta no reporte un contrato suspendido para el cálculo de la capacidad residual se rechazará la oferta por las siguientes razones: i) el hecho de no informar los contratos suspendidos, atendiendo lo establecido en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual», implica que el proponente no informa todos los contratos que el proponente tenga *en ejecución antes del cierre,* y por tanto se configura la causal de rechazo del literal Z del numeral 1.15. ii) En el numeral 3.10.2 del documento base de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se indica que para determinar el factor de «Saldos Contratos en Ejecución (SCE)» se tendrá en cuenta, entre otros, los contratos suspendidos. Y finalmente, iii) el hecho de no reportar los contratos suspendidos tiene por efecto que se estén informando menos contratos en ejecución, lo que implica que se afecte el cálculo de la capacidad residual.

**CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos tipo – Infraestructura de transporte – Potestad verificadora – Entidad estatal**

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 con 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 los interesados. 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), sin perjuicio de lo expresado respecto a la potestad verificadora de la entidad estatal.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 28 Diciembre 2021

Señor

**Juan Andrés Gómez**

Ciudad

**Concepto C ‒ 692 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Versión 3 – Licitación Pública - Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Afectación – Subsanabilidad **/** RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal Z – Versión 3 – Licitación Pública – Alcance / RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal Z – Versión 3 – Licitación Pública – No reportar contratos suspendidos / CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos tipo – Infraestructura de Transporte – Potestad verificadora – Entidad Estatal |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211116010583 |

Estimado señor Gómez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de noviembre del 2021.

**1. Problema planteado**

En razón a la respuesta dada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente frente al radicado P20210121000475, relacionado con el requisito de capacidad residual del numeral 3.10 de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y las causales de rechazo, usted realiza las siguientes preguntas: i) «[…] si un contrato se encuentra suspendido al cierre del proceso y un proceso omite este contrato en el saldo de contratos en ejecución, es razón suficiente para rechazarlo o acorde al concepto, esto no es causal suficiente para rechazarlo» y ii) solicita aclaración en relación con la potestad verificadora de la entidad frente el tema del cálculo de la capacidad residual.

1. **Consideraciones**

Para resolver el objeto de la consulta, se analizarán los siguientes temas: i) la capacidad residual como requisito del proceso de selección, ii) el 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 y iii) la potestad verificadora de la entidad frente al requisito habilitante de capacidad residual.

Antes de abordar los problemas planteados, es importante señalar que la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el rechazo de las propuestas en la contratación estatal, en los conceptos del 6, 9, 16 y 20 de agosto, del 5, 12, 20 y 30 de septiembre, del 21 de octubre, del 14 de noviembre y del 23 de diciembre de 2019 –radicados Nos. 2201913000005608, 2201913000005750, 2201913000005976, 2201913000006033, 2201913000006562, 2201913000006773, 2201913000007021, 2201913000007240, 2201913000007850, 2201913000008483 y 2201913000009538, respectivamente–. De igual forma, en los conceptos C-019 del 14 de enero de 2020, C-037 del 28 de enero de 2020, C-033 del 13 de marzo de 2020, C-137 del 26 de marzo de 2020, C-153 del 1 de abril de 2020, C-184 del 2 de abril de 2020 y C-016 del 21 de abril de 2020.

Por otro lado, en los conceptos del 13, 20 y 25 de septiembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006805, 2201913000007017, 2201913000007009, 2201913000007117, respectivamente−, estudió las causales de rechazo en los documentos tipo. Igualmente, en los conceptos del 21 de agosto y el 30 de octubre de 2019 −radicados Nos. 2201913000006054 y 2201913000008148–, C-033 del 13 de marzo de 2020, C-133 del 30 de marzo de 2020, C-196 del 8 de abril de 2020, C-297 del 4 de junio de 2020, C-489 del 23 de julio de 2020, C-522 del 6 de agosto de 2020, C-547 del 12 de agosto de 2020 y C- 663 del 30 de noviembre de 2021 analizó el rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación.

**2.1. 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[[1]](#footnote-1). 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-2).

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[[3]](#footnote-3).

De conformidad con lo expuesto, la Agencia Nacional de 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 le 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, tal como se establece en la Guía indicada. 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, la Guía estimó 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. En concordancia con lo anterior, 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.

Explicado el alcance general de la capacidad residual de los contratos de obra pública y, además, determinados los documentos necesarios para su cálculo, en el próximo acápite se analizarán las causales de rechazo previstas en los documentos tipo del sector de infraestructura de transporte que se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante.

**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 otras, 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»[[4]](#footnote-4). Conforme a ello, la prerrogativa de verificación es una herramienta para que la Administración adquiera certeza frente al cumplimiento de los requisitos del procedimiento de selección y del comportamiento leal que se exige de 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*. De esta manera, 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 en 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, dada la forma en que están configuradas las causales de rechazo enunciadas.

Ahora bien, es importate precisar que 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 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. De esta manera, 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.

Como se expresó, 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 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 le 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 fraudulentas 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 las 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.

 Recogiendo las tesis de conceptos anteriores de esta Agencia, y reiterando particularmente la postura definida en el concepto C-663 del 30 de noviembre de 2021, 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 los que no tengan acta de inicio. Esta misma orientación se plasmó 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».

Conforme con lo anterior, en caso de que el proponente al presentar su oferta no reporte un contrato suspendido para el cálculo de la capacidad residual se rechazará la oferta por las siguientes razones: i) el hecho de no informar los contratos suspendidos, atendiendo lo establecido en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual», implica que el proponente no informa todos los contratos que el proponente tenga *en ejecución antes del cierre,* y por tanto se configura la causal de rechazo del literal Z del numeral 1.15. ii) En el numeral 3.10.2 del documento base de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se indica que para determinar el factor de «Saldos Contratos en Ejecución (SCE)» se tendrá en cuenta, entre otros, los contratos suspendidos. Y finalmente, iii) el hecho de no reportar los contratos suspendidos tiene por efecto que se estén informando menos contratos en ejecución, lo que implica que se afecte el cálculo de la capacidad residual.

 Explicado el alcance de las causales de rechazo referidas a la capacidad residual, atendiendo a los últimos conceptos expedidos por esta Agencia, en el siguiente acápite se explicará el alcance de la potestad verificadora por parte de la entidad frente al cumplimiento del requisito habilitante de capacidad residual.

**2.3 Potestad verificadora por parte de la entidad en la «Capacidad Residual»**

En el numeral «3.10 Capacidad residual» de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se indica el momento oportuno en el que los interesados podrán realizar observaciones en relación con alguna información que pueda afectar la capacidad residual de alguno de los proponentes. Así se indicó en los siguientes términos:

**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)

Ahora, para efectos de aclarar el alcance de la potestad verificadora, respecto al requisito de capacidad residual, es importante señalar que 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 –y señalado así en el documento base–para observar y presentar solicitudes frente a la evaluación de las ofertas realizada por la entidad estatal. 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 con lo explicado, 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 o en algún momento posterior al traslado del informe de evaluación, algún proponente advierte inconsistencias en la capacidad residual de otro participante, la entidad no estaría obligada a responder el requerimiento, pues se reitera que estas observaciones deben plantearse en el traslado del informe de evaluación del sobre uno (1), sin perjuicio de lo expresado respecto a la potestad verificadora de la entidad estatal.

1. **Respuestas**

i) «[…] si un contrato se encuentra suspendido al cierre del proceso y un proceso omite este contrato en el saldo de contratos en ejecución, es razón suficiente para rechazarlo o acorde al concepto, esto no es causal suficiente para rechazarlo»

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 las consideraciones, la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública incluye en la definición de contratos en ejecución aquellos que se encuentren suspendidos y que no tengan acta de inicio. Esta misma orientación se plasmó 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».

Conforme con lo anterior, en caso de que el proponente al presentar su oferta no reporte un contrato suspendido para el cálculo de la capacidad residual se rechazará la oferta por las siguientes razones: i) el hecho de no informar los contratos suspendidos, atendiendo lo establecido en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual», implica que el proponente no informa todos los contratos que el proponente tenga *en ejecución antes del cierre,* y por tanto se configura la causal de rechazo del literal Z del numeral 1.15. ii) En el numeral 3.10.2 del documento base de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se indica que para determinar el factor de «Saldos Contratos en Ejecución (SCE)» se tendrá en cuenta, entre otros, los contratos suspendidos. Y finalmente, iii) el hecho de no reportar los contratos suspendidos tiene por efecto que se estén informando menos contratos en ejecución, lo que implica que se afecte el cálculo de la capacidad residual.

ii) ¿A qué se refiere la potestad verificadora por parte de la Entidad Estatal para el cálculo de la capacidad residual?

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 de las ofertas realizada por la entidad estatal, 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 con 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 los interesados. 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), sin perjuicio de lo expresado respecto a la potestad verificadora de la entidad estatal.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez Aldana Gestor T1 - 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

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-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-2)
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-3)
4. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-4)