**CCE-DES-FM-17**

**COMPETENCIA CONSULTIVA – Colombia Compra Eficiente – Alcance – Obligatoriedad**

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015

[…]

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

**CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» – Contratos de obra – Contratos suspendidos – Saldos pendientes por ejecutar**

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.

**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.

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

**PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO – Concepto**

Por su parte, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», establece que una oferta es artificialmente baja cuando, «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector». En este punto, es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas» y las «ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas «que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el resto de proveedores en el mercado», según lo establece la guía antes mencionada.

**OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO – Decreto 1082 de 2015**

Ante una propuesta artificialmente baja, la entidad estatal está obligada a: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido; ii) analizar las explicaciones; y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con su análisis en la fase de evaluación. Así, la entidad deberá, inicialmente, determinar si la propuesta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector y, posteriormente, agotar el procedimiento indicado.

**SECOP – Diferencias – SECOP I – SECOP II**

Esta Agencia tiene como función administrar el SECOP , por lo cual se desarrolló la primera versión de la plataforma –SECOP I–, que solo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional, lo que significa que el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y a través de un expediente físico en la entidad, pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II es una plataforma transaccional, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.

**RESPONSABLES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Jefes o representantes legales de entidades estatales**

Quienes tienen la competencia y son responsables de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. En consecuencia, quien tiene la competencia y responsabilidad para tramitar, adjudicar, celebrar y liquidar un contrato, es el jefe o representante legal de la entidad, o quien este delegue.

**AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Características**

La audiencia de adjudicación es la etapa del proceso de selección donde como resultado de haberse evaluado las ofertas, publicitado el resultado y de haberse respondido a las eventuales observaciones formuladas por los participantes, en ejercicio del derecho de contradicción, se escoge la propuesta más favorable a los intereses de la entidad, conforme a las reglas establecidas por el pliego de condiciones. Inicialmente, el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establecía que la adjudicación de los procedimientos de licitación se efectuaría en audiencia pública en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, esto es, previa orden de la autoridad de control fiscal.

[…]

Además de lo anterior, tratándose de procesos de licitación pública para selección a contratistas de obra, resulta importante tener en cuenta las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ya que mediante aquella disposición se adicionaron los parágrafos 2 y 3, que contienen reglas especiales en relación con este tipo de procesos. En armonía con lo cual, en el numeral 2.6. del documento base del documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3 se establecieron las reglas relacionadas con la «audiencia efectiva de adjudicación». Finalmente, se precisa que la obligación de adjudicar los contratos estatales en audiencia aplica para los procesos de licitación pública; no así para las demás modalidades de selección reguladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Bogotá, 10 Agosto 2022. 

Señor

**Carlos Alberto Cruz Rubio** Villavicencio, Meta

**Concepto C – 512 de 2022**

**Temas**: COMPETENCIA CONSULTIVA – Colombia Compra Eficiente – Alcance – Obligatoriedad / CAPACIDAD RESIDUAL – Saldos de Contratos en Ejecución «SCE» – Contratos de obra – Contratos suspendidos – Saldos pendientes por ejecutar / DOCUMENTOS TIPO – Versión 3 – Licitación Pública - Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / PRECIO ARTIFICIALMENTE BAJO – Concepto / OFERTA CON VALOR ARTIFICALMENTE BAJO – Decreto 1082 de 2015 / SECOP – Diferencias – SECOP I – SECOP II / RESPONSABLES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL – Jefes o representantes legales de entidades estatales / AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN – Características

**Radicación**: Respuesta a consulta P20220626006357

Estimado Señor Cruz,

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 remitida el 26 de junio de 2022.

**1. Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas relacionadas con los documentos tipo de licitación pública para obra de infraestructura de transporte – Versión 3:

«Pegunta 1. Si un proponente en su formato 5C formato de saldo de contratos en ejecución, por error reporta un contrato en ejecución, pero su estado y fechas de suspensión están mal, esto es motivo para ser rechazada la propuesta o la entidad debe de permitir subsanar ya que el contrato se reporto y dentro de la subsanación se realiza nuevamente la verificación si cumple con su capacidad residual y si cumple la entidad lo debe de habilitar?

Pregunta 2. Se le solicita a Colombia Compra Eficiente que implemente para el requerimiento por propuesta con precios artificialmente bajos, mas allá de la guía para determinación de precios bajos de Colombia Compra Eficiente, ya que muchas entidades están utilizando este requerimiento para tratar de direccionar la contratación, ya que la guía da las directrices para determinar una propuesta con precios artificialmente bajos, pero en su requerimiento al contratista es facultativo de la entidad determinar si cumple o no con la justificación de los precios bajos, lo que esta llevando a que en muchas entidades no tienen definido el criterio y están rechazando o habilitando ofertas de manera subjetiva, por lo cual se solicita que implemente una guía especifica para rechazar o habilitar ofertas y que en esta guía se solicite lo necesario para poder justificar la oferta es decir, que se tenga definido lo que se deba de presentar para justificar la oferta, como ejemplo, el contratista debe presentar APUS, junto con los respectivo soportes de precios de los insumos, maquinaria y transporte requeridos si se presenta así y si la entidad verifica lo presentado que se habiliten las propuestas, ya que en muchos casos se presenta lo necesario para justificar la oferta y las entidades rechazan las ofertas, simplemente diciendo que la oferta no brinda garantía de ejecución para la entidad.

3. Cundo en la entidad adelanta un proceso en Secop I y se presentan observaciones de manera física, es requisito de la entidad dar publicación de las observaciones en la plataforma secop I el mismo día de radicada la observación o máximo al siguiente día, con el fin de que se garantice la transparencia y selección objetiva en el proceso?.

4. El único facultado para realizar la adjudicación de un proceso es el ordenador del gasto, o delegado mediante acto administrativo? y esta adjudicación se debe de realizar en audiencia?

5. En el formato 5C es causal de rechazo, reportar un contrato en ejecución, cuando realmente estaba suspendido?

6. En el formato 5C es causal de rechazo, reportar equivocadamente mal las fechas de suspensión de un contrato en ejecución?

7. En el formato 5C, Si un contrato cuenta con resolución de adjudicación, pero no tiene acta de inicio, este contrato se debe de reportar?» (sic).

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver consultas sobre casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares, especialmente, cuando el conocimiento de estos últimos corresponde resolverlos a los partícipes del sistema de compra pública y, eventualmente, a las autoridades judiciales y a los organismos de control.

Por tanto, la competencia de esta Agencia se fija con límites claros, con el objeto de evitar que actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Lo anterior, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud; razón por la cual, al no ser un órgano judicial, ni una entidad de vigilancia, inspección o control en materia contractual, carece de la facultad para desempeñar estas funciones.

Por ello, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la Agencia, ii) capacidad residual como requisito habilitante: Saldo de Contratos en Ejecución –SCE–, iii) Capacidad residual y rechazo de la oferta en los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, iv) Regulación de los «precios artificialmente bajos» en la contratación pública, v) Deber de las entidades estatales de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP, vi) responsables de la actividad contractual y vii) la audiencia de adjudicación en los procesos de licitación pública.

**2.1. Alcance de la competencia consultiva y naturaleza jurídica de los conceptos expedidos por la Agencia**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado, sobre el alcance de la competencia consultiva de esta Agencia, entre otros, en los conceptos C-317 del 10 de junio de 2020, C-337 del 26 de junio de 2020, C-353 del 30 de junio de 2020, C-439 del 27 de julio de 2020, C-511 del 10 de agosto de 2020, C-772 del 13 de enero de 2021, C-176 del 4 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-399 del 28 de septiembre de 2021, C-335 de 23 de mayo de 2022 y C-441 de 11 de julio de 2022. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

En ejercicio de las competencias consagradas en los artículos 3, numeral 5, 11, numeral 8, 12, numeral 6, y 13, numeral 4, del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. El alcance de la competencia consultiva encuentra fundamento normativo en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, que dispone lo siguiente:

«Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

La norma citada prescribe que los conceptos emitidos por las autoridades, como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o de imperativa ejecución, es decir, no tienen efectos vinculantes. En particular, es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto.

En concordancia con ello, es importante resaltar que esta posición es compartida por varias entidades públicas que ejercen similar función. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación[[2]](#footnote-2) aclaró que el concepto «sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación y que no tiene carácter vinculante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 28 de la ley 1437 de 2011». Igualmente, en concepto del año 2017, la Contraloría General[[3]](#footnote-3) de la República precisó que los «[…] conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que […] no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes […]».

En términos generales, lo que se busca con el ejercicio de la función consultiva es que la opinión jurídica de esta Agencia sea un criterio de orientación para los operadores jurídicos, sin que ello suponga resolver un problema entre partes o asumir la única posible interpretación de una disposición normativa. Esto no descarta que, en la práctica, al emitirse la opinión sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, exista coincidencia con el criterio que expone alguna de las partes o la persona que solicita la consulta, circunstancia que no descarta interpretaciones diferentes[[4]](#footnote-4).

De este modo, las autoridades que ejercen funciones consultivas pueden expresar su interpretación de un precepto normativo que no excluye otras interpretaciones posibles, pues el derecho, como sistema normativo, es un lenguaje que, en ocasiones, se tiñe de vaguedad, en virtud de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. Así, puede pasar, por ejemplo, que un ministerio considere que una norma debe entenderse en un sentido, pero que otra entidad, vinculada o adscrita a ese ministerio, entienda que la misma norma debe interpretarse de otra manera. Eso hace parte de la lógica deliberativa y dialéctica del funcionamiento del Estado y refleja el principio democrático.

De todos modos, esto no significa que el criterio de una u otra tenga validez o prevalencia sobre la otra, ya que se trata de opiniones emitidas a título de concepto, pese a que entre las entidades exista una jerarquía o de la naturaleza y competencias que se prediquen de una y otra. Incluso, aun cuando los jueces interpreten con autoridad el sentido de la disposición normativa, el concepto emitido por la entidad no deja de ser un concepto y no adquiere efectos vinculantes, por más que coincida con el de la autoridad judicial, pues, en esa hipótesis, lo que vincula es la decisión del juez, no el de la entidad que ejerció la función consultiva, pues, como se indicó, dicha competencia se enmarca en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, los conceptos «no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución».

**2.2. Capacidad residual como requisito habilitante: Saldo de Contratos en Ejecución –SCE–**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la capacidad residual, y la forma como esta se debe acreditar, en los conceptos 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 2201913000009465 del 20 de diciembre de 2019, 2201913000009642 y 2201913000009640 del 26 de diciembre de 2019; así como en los conceptos C–022 del 20 de febrero de 2020, C–089 del 4 de marzo de 2020, C–112 del 16 de marzo de 2020, C–133 del 25 de marzo de 2020, C–194 del 21 de abril de 2020, C–326 del 9 de junio de 2020, C–446 del 6 de julio de 2020, C-461 del 13 de julio de 2020, C–668 del 20 de noviembre de 2020, C–742 del 16 de diciembre de 2020, C–045 del 5 de marzo de 2021, C–003 del 26 de marzo de 2021, C–121 del 31 de marzo de 2021, C–143 del 9 de abril de 2021, C–202 del 7 de mayo de 2021, C–219 del 19 de mayo de 2021, C–368 del 28 de julio de 2021, C–392 del 5 de agosto de 2021, C–513 del 23 de septiembre de 2021, C–590 del 12 de octubre de 2021, C-068 del 9 de marzo de 2022, C-220 del 22 de abril de 2022, C-306 de 16 de mayo de 2022 y C-351 de 23 de mayo de 2022. La tesis propuesta se expone y, en lo pertinente, se complementa a continuación:

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[[5]](#footnote-5). 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»[[6]](#footnote-6).

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[[7]](#footnote-7).

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:

Diagrama

Descripción generada automáticamente

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. Por lo demás, en dicha guía también se precisa que:

El cálculo del Saldo de los Contratos en Ejecución 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 el respectivo contratista. Si el número de días por ejecutar en un contrato es superior a 12 meses, es decir 360 días, el Saldo del Contrato en Ejecución solo tendrá en cuenta la proporción lineal de 12 meses.

[…]

*Si un contrato se encuentra suspendido, el cálculo del Saldo del Contrato en Ejecución de dicho contrato debe calcularse asumiendo que lo que falta por ejecutar empezará a ejecutarse en la fecha de la presentación de la oferta del Proceso de Contratación*. (Énfasis fuera de texto)

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.

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

Esta Agencia, 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, C- 663 del 30 de noviembre de 2021, C-692 del 28 de diciembre de 2021 y C-306 de 16 de mayo de 2022, analizó el rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Lo expuesto se reitera y complementa en lo que corresponda.

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»[[8]](#footnote-8). 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 reporta todos los contratos de obra en ejecución en el formato de saldos de contratos en ejecución, pero incurre en algún error en la información de estos contratos, como por ejemplo en el valor o el plazo. En este caso, conforme a la explicación precedente, en principio, 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, si el proponente omite o se equivoca en la información específica de un contrato incluido en el formato respectivo, 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.

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. Por ejemplo, en el evento en que se reporten todos los contratos y la entidad advierta que se consignó información errada en el formato respectivo soportada en documentos presuntamente falsos. En este caso, los datos erróneos corresponden a información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad, lo cual da lugar a la configuración de la causal de rechazo del literal H del numeral 1.15. del documento base e impide la subsanabilidad de la oferta en este aspecto.

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:

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. *En todo caso, si con posterioridad al cierre del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, o la entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad rechazará la oferta*.

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

[…] (Énfasis fuera de texto)

De conformidad con esta regla, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, esto es, la referente a contratos de obra en ejecución. Es del caso precisar que la expresión «afecta la capacidad residual» no se restringe a aquellos eventos en los que la información omitida conduce a que el proponente no cumpla con la exigencia de capacidad residual, pues, incluso, si la información omitida no conduce al incumplimiento de dicho requisito, estaríamos frente a un supuesto 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[[9]](#footnote-9). 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.

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, 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*.

Ahora bien, en congruencia con lo explicado en el numeral anterior, es importante tener en cuenta que la causal de rechazo del literal Z del numeral 1.15 del pliego aplica por «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». Para estos efectos, conforme a las definiciones previstas en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, el numeral II del literal E del numeral 3.10.2 del documento base dispone que «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».

Como se observa, la definición solo aplica a los *contratos perfeccionados*, aunque estos estén suspendidos o no tengan acta de inicio. Por tanto, están fuera de esta los procesos de selección *adjudicados*, pues –en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993– los contratos estatales de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, lo cual ocurre con la suscripción formal del contrato y no con el acto de adjudicación. 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.

**2.4. Regulación de los «precios artificialmente bajos» en la contratación pública**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la noción y alcance de los «precios artificialmente bajos» en los conceptos 2201913000007853 del 21 de octubre de 2019; 2201913000008058 del 28 de octubre de 2019; 2201913000008288 del 7 de noviembre de 2019; 2201913000009110 del 11 de diciembre de 2019; 2201913000009489 del 20 de diciembre de 2019; 2202013000000038 del 7 de enero de 2020, C–767 del 7 de enero de 2020, C–012 del 28 de enero de 2020, C–163 del 31 de marzo de 2020, C–200 del 14 de abril de 2020, C–011 del 17 de febrero de 2021, el C–112 del 7 de abril de 2021 y C-304 de 16 de mayo de 2022. La tesis se reitera a continuación.

Según el artículo 26.6 de la Ley 80 de 1993, los contratistas responderán cuando presenten ofertas que resulten artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentra fundamento en el tráfico comercial. En este sentido, la entidad estaría imposibilitada para aceptar la propuesta artificialmente baja, so pena de la infracción de los principios de la contratación pública. Así lo señalo el Consejo de Estado en sentencia del 4 de junio de 2008, en los siguientes términos[[10]](#footnote-10):

El denominado «precio artificialmente bajo» de que trata la Ley 80, es aquel que resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además, que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado y por lo tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual y como parte de ella, el procedimiento de la licitación […]

Por su parte, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», establece que una oferta es artificialmente baja cuando, «a criterio de la Entidad Estatal, el precio no parece suficiente para garantizar una correcta ejecución del contrato, de acuerdo con la información recogida durante la etapa de planeación y particularmente durante el Estudio del Sector». En este punto, es importante diferenciar las «ofertas artificialmente bajas» y las «ofertas competitivas», entendiendo por estas últimas aquellas «que tienen en su estructura de costos economías de escala o economías de alcance, que permiten generar un bien o un servicio a menor costo que el resto de proveedores en el mercado», según lo establece la guía antes mencionada.

De otro lado, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 regula el procedimiento a seguir en los eventos en que se presenten propuestas con valor artificialmente bajo:

Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma.

De lo expuesto se desprende que, ante una propuesta artificialmente baja, la entidad estatal está obligada a: i) requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido; ii) analizar las explicaciones; y iii) con base en lo anterior, rechazar la oferta o continuar con su análisis en la fase de evaluación. Así, la entidad deberá, inicialmente, determinar si la propuesta es considerada artificialmente baja, de acuerdo con la información del análisis del sector y, posteriormente, agotar el procedimiento indicado.

Por su parte, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» recomienda a las entidades estatales tener en cuenta la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas; ii) mediana del valor las ofertas; iii) desviación estándar del valor de las ofertas; iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato; y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación.

Con estos datos, la entidad puede emplear herramientas para identificar ofertas que pueden ser artíficamente bajas, tales como la comparación absoluta o la comparación relativa. La comparación absoluta consiste en contrastar cada oferta con el costo estimado del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector. En este caso, si se reciben menos de cinco (5) ofertas, se debe solicitar aclaración a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20%, o un mayor porcentaje en relación con el costo estimado por la entidad estatal. La comparación relativa consiste en comparar cada oferta con las demás presentadas.

Esta Agencia ha sugerido a las entidades aplicar la siguiente metodología para identificar ofertas con «precios artificialmente bajos», en aquellos procesos en los que hay cinco (5) o más ofertas: i) Tomar el conjunto de ofertas a evaluar, ii) calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta, iii) calcular la desviación estándar del conjunto y iv) determinar el valor mínimo aceptable.[[11]](#footnote-11)

La *mediana* se debe calcular ordenando los valores de mayor a menor y tomando el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, caso en el cual no habrá una oferta «en la mitad», debe tomarse los dos valores del medio, se suman y dividen en dos. Posteriormente, es necesario calcular la *desviación estándar*, utilizando la siguiente fórmula, en la que el valor *n* es el número de ofertas:

Interfaz de usuario gráfica, Texto, Aplicación

Descripción generada automáticamente

Por último, el *valor mínimo aceptable*, será igual a la *mediana* menos la *desviación estándar*. De esta manera, la entidad puede identificar como ofertas artificialmente bajas las que se encuentren por debajo de ese valor mínimo. Con todo, dicho valor puede ser diferente al obtenido con la anterior metodología, dependiendo de la información y los datos con los que cuenten las entidades. Esto es así porque las entidades pueden o no acoger la metodología explicada, toda vez que la Guía no es de obligatorio cumplimiento para las entidades, pues solo constituye una orientación o lineamiento para sus procesos de contratación.

La Guía también contempla los casos en los que el contratista se selecciona a través de *subasta inversa*, en los cuales el criterio de evaluación es el precio. En este evento, la Agencia recomienda tener especial cuidado, ya que es común que ofertas competitivas puedan parecer artificialmente bajas en el desarrollo de la subasta inversa.

En todo caso, la Guía sugiere llevar a cabo las siguientes actuaciones: i) comparar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector que elaboró la entidad. De todos modos, la verificación de las ofertas artificialmente bajas se puede sustentar en información adicional, como, por ejemplo, los precios de fabricantes y otros factores económicos relevantes. ii) Solicitar explicaciones a los proponentes cuyas ofertas sean menores en un 20% o más en relación con el precio estimado por la Entidad Estatal. Para tales fines, se sugiere acudir al método de *comparación absoluta*, previamente explicado. Por último, iii) analizar la información remitida por el proponente requerido y, con fundamento en esta, considerar el rechazo de las ofertas por la configuración de alguno de los eventos señalados en la Sección VII de la mencionada Guía. Este documento se refiere a los eventos en los que el proponente omitió diligenciar algún ítem o componente de la oferta; cometió un error aritmético en la determinación del valor total de la oferta; ofreció por una unidad de medida diferente a la solicitada por la Entidad Estatal; u ofreció condiciones técnicas o de ejecución del contrato que no se ajustan a las especificaciones requeridas por la Entidad.

Una vez que la entidad haya surtido su proceso de determinación de una propuesta como artificialmente baja y considerando que la oferta posiblemente se encuentra inmersa en esta circunstancia, es necesario requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Posteriormente, el comité evaluador analizará las explicaciones y decidirá si rechaza la oferta o continúa con el análisis de la misma en el proceso de evaluación de ofertas.

Ahora bien, ciertamente, no existen normas legales o reglamentarias que determinen la forma y el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado. Por tanto, la determinación de tales asuntos es facultativa para cada entidad pública, para lo cual debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección de contratistas, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones al proponente cuando conozca su oferta económica.

En el evento en que el proponente no allegue información una vez se haya requerido, se tratará de una omisión que el comité evaluador deberá analizar. De ser el caso, podrá rechazar la oferta si la duda que tiene es de tal magnitud que no tomar la decisión podría eventualmente comprometer la legalidad del proceso.

El requerimiento debe comunicarse al proponente por el medio que la entidad considere más eficaz e idóneo, de acuerdo con el caso y las circunstancias particulares de la información objeto de requerimiento. Puede acudir a mensajes electrónicos y otros de similar informalidad. En relación con este aspecto, en el concepto del 7 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008288–, esta Agencia avaló en abstracto la idoneidad de una llamada telefónica para comunicar el requerimiento al oferente. La entidad estatal, entonces, no tiene la obligación de notificar dicho requerimiento al proponente, pues el mismo es un acto de trámite y no uno definitivo[[12]](#footnote-12).

En cuanto al término que se debe otorgar a los proponentes para que expliquen el precio ofertado, es preciso indicar que es un asunto que también queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de manera sensata, con buen criterio y de forma prudente. Así lo explicó la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 1992, en la que resaltó que «los (actos) denominados discrecionales […] se emiten por la autoridad administrativa en virtud de que la ley ha creído conveniente dejar a la sensatez, a la oportunidad, al buen criterio y al suficiente tacto que ha de presidir la gestión pública y enmarcar en la prudencia la toma de decisiones, con orden del buen servicio que ha de regir y de guiar sus tareas»[[13]](#footnote-13).

La doctrina foránea se ha pronunciado en similar sentido, al argumentar que la discrecionalidad administrativa tiene dos limitantes: una, el respeto a la finalidad jurídica que justifica, que no es nada distinto a satisfacer el interés general; y otra, que el uso de la discrecionalidad sea necesaria para cumplir el interés jurídico que se tutela. En estos términos, la entidad deberá adoptar una medida que esté acorde con el interés general[[14]](#footnote-14).

La entidad tiene entonces la facultad de definir el término mínimo que otorgará a los proponentes para aclarar el precio artificialmente bajo. No obstante, dicho término debe estar acorde, por un lado, con el interés general y, por el otro, con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como también con los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por otro lado, respecto a la solicitud de aclaración prevista en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015, esta Agencia a recomendado –a través de la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación– incluir en la solicitud de aclaración de la oferta la siguiente desagregación de su precio:

*Oferta = Costo del bien, servicio u obra (insumos, equipos, personal) +*

*gastos generales + imprevistos + utilidad*

La guía recomienda a las entidades estatales «indagar por el costo marginal de las unidades ofrecidas por el proponente» y «[…] analizar la desagregación de precio con base en el Estudio del Sector y la información del mercado disponible». La Entidad Estatal, de ser necesario, debe pedir los mismos datos a los otros proponentes para poder contrastarlos, de igual forma puede solicitar aclaraciones tantas veces como lo considere necesario y debe dejar tiempo suficiente a los proponentes para responder. Ese tiempo debe ser proporcional a la complejidad del objeto contratado en términos de administración del riesgo y las características de especificidad del objeto.

Verificada la información remitida por el proponente, la entidad debe definir si rechaza o no la oferta. En la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», la Agencia Nacional de Contratación Pública precisó que procedería el rechazo de la propuesta en los siguientes eventos: i) «el proponente no presenta por escrito a la entidad estatal la aclaración de la oferta», ii) «el proponente no envía parte o la totalidad de la información solicitada por la entidad estatal», iii) «las aclaraciones del proponente no son satisfactorias para garantizar la sostenibilidad de la oferta durante la ejecución del contrato» y iv) «las aclaraciones del proponente no desvirtúan la teoría de que está utilizando su oferta como parte de una estrategia colusoria o […] anticompetitiva durante el proceso de selección». Lo anterior, sin perjuicio de los eventos señalados en la Sección VII de la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente», los cuales, debe advertirse, son criterios orientadores para las entidades públicas y no «causales de rechazo» en estricto sentido.

En lo relativo a los valores de la oferta relacionados con la contratación de personal, la guía no establece una regulación en concreto, ni una metodología específicamente dirigida a verificar que los componentes del precio ofrecido con relación al personal estén ajustados a la realidad del mercado. Sin embargo, en la fórmula arriba transcrita sí se considera al personal como uno de los costos en los que se incurre para el suministro de un bien, la realización de una obra o la prestación de un servicio, razón por la que se recomienda requerir a los proponentes, en las solicitudes de aclaración, la desagregación de los costos de personal, al igual al de los insumos u equipos requeridos.

La guía tampoco indica un método en particular para solicitar o analizar la desagregación de los costos asociados al personal, en ese sentido, dentro de lo contemplado en la guía no se hace referencia a los valores del salario mínimo legal mensual vigente–SMMLV–, o de la carga prestacional correspondiente, como criterios para verificar precios artificialmente bajos en materia laboral. Sin embargo, claramente, el SMMLV y las prestaciones sociales que corresponde pagar a los empleadores son cargas económicas que tienen origen normativo en atención al cual tienen una repercusión en el mercado, y condicionan los costos mínimos en los que se incurre para la contratación de la fuerza laboral requerida para desarrollo de un objeto contractual.

En ese sentido, si bien la guía no se refiere de manera expresa al valor del SMMLV y las prestaciones sociales como criterios a considerar para la constatación de los precios artificialmente bajos, ello no quiere decir que las entidades estatales no puedan considerarlos para realizar los análisis que les corresponden en el marco de los procesos de contratación correspondientes, particularmente, al momento de solicitar aclaraciones. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que la referida Guía contiene criterios orientadores para las entidades públicas, los cuales, en consecuencia, no son vinculantes ni de obligatorio acatamiento.

En todo caso, conforme surge de lo aquí expuesto, debe advertirse que la regulación de los precios artificialmente bajos tiene por propósito evitar que se contrate a proponentes que, con el fin de que se les adjudiquen los contratos, realicen ofrecimientos que no correspondan con la realidad del mercado, lo que se justifica en los eventuales efectos nocivos que de ello pudieran derivar para el cumplimiento de los fines del contrato. En ese sentido, evitar que en las ofertas se omita los valores que en la práctica representan costos reales que debe asumir los eventuales contratistas para el desarrollo del objeto contractual –como, por ejemplo, los costos del personal– es precisamente el propósito de la regulación de los precios artificialmente bajos.

De cualquier modo, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si a bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación. En este sentido, la referida Guía contiene criterios orientadores para las entidades públicas, los cuales, en consecuencia, no son vinculantes ni de obligatorio acatamiento, de manera que las entidades pueden, a partir de los datos de los que dispongan, servirse de otros métodos razonables, para aplicar el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015. En otras palabras, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación. Lo anterior, además responde a que son muchas las circunstancias específicas que pueden presentarse en cada procedimiento de selección en concreto, y frente a cada proponente en particular, por lo cual no se considera adecuado establecer criterios absolutos, que eventualmente podrían resultar insuficientes o inadecuados en circunstancias específicas, razón por la cual esta Agencia, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, estableció algunas recomendaciones a las entidades estatales para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los procesos de contratación, para que ellas tomen las decisiones que correspondan en cada procedimiento de selección.

**2.5. Deber de las entidades estatales de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre los principios de publicidad y de acceso a la información pública en la contratación estatal, y sobre los fundamentos normativos del deber de publicar la documentación contractual en las plataformas SECOP I y SECOP II. Así lo analizó en el concepto CU-367 del 23 de julio de 2020, reiterado en los conceptos: C−433 de 24 de julio de 2020, C−468 del 24 de julio de 2020, C−474 de 24 de julio de 2020, C−488 del 28 de julio de 2020, C−544 del 21 de agosto de 2020, C−575 del 27 de agosto de 2020, C−643 del 26 de octubre de 2020, C−661 del 17 de noviembre de 2020, C-094 del 13 de abril de 2021, C−068 del 22 de abril de 2021, C-185 del 29 de abril de 2021 y C-472 del 6 de septiembre de 2021. De igual manera, recientemente se pronunció sobre la interpretación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, en los conceptos C-049 del 7 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022 y 132 de 28 de marzo de 2022. Las tesis se reiterán en lo pertinente.

Esta Agencia tiene como función administrar el SECOP[[15]](#footnote-15), por lo cual se desarrolló la primera versión de la plataforma –SECOP I–, que solo funciona como medio de publicidad, es decir, no es transaccional, lo que significa que el procedimiento contractual ocurre fuera de la plataforma y a través de un expediente físico en la entidad, pero las actuaciones y los documentos se convierten en electrónicos para ser cargados a la plataforma, por quien tenga la función dentro de la entidad, de acuerdo con su organización interna.

El SECOP II es una plataforma *transaccional*, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.

Sobre la utilización de SECOP II, es necesario aclarar que el procedimiento contractual se desarrolla en línea y dentro de la plataforma, conformándose un expediente electrónico, lo cual denota una diferencia con el SECOP I, donde el procedimiento es físico, esto es, con documentos escritos que se publican para cumplir las obligaciones de las entidades antes señaladas conforme al artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Al existir esa diferencia entre las dos versiones del SECOP, el cumplimiento del deber de publicidad de las actuaciones contractuales en SECOP II tiene ciertas particularidades respecto de lo precisado en el acápite anterior sobre la publicación en SECOP I.

Si bien los documentosque deben publicarse en el SECOP II corresponden a los mismos que deben publicarse en el SECOP I, esto es, todos los expedidos con ocasión el *Proceso de Contratación* con excepción de los expresamente excluidos, la naturaleza transaccional del SECOP II implica que los procesos contractuales no solo deban ser publicados mediante esta plataforma, sino también gestionados a través de ella, al consistir la mayoría de los hitos contractuales en documentos y actuaciones electrónicas generadas en tiempo real, de tal manera que el proceso contractual avanza en la medida en la que se generen y aprueben estos documentos y actuaciones electrónicas en la plataforma. Esto a diferencia de los procesos publicados en el SECOP I, en los que primero se generan los documentos escritos y luego se publican en la plataforma dentro del plazo máximo de tres (3) días previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. Esto significa que, el término de tres (3) días para publicar, en la práctica, no opera en las actuaciones generadas de manera electrónica dentro de los procedimientos gestionados a través de SECOP II, comoquiera que tales documentos son creados o expedidos mediante la propia plataforma, razón por la que una vez estos se aprueban quedan inmediatamente publicados, sin que transcurra el referido término.

En ese orden, el carácter transaccional de SECOP II, como herramienta que permite no solo publicar sino también gestionar y crear *Documentos del Proceso,* de manera electrónica al interior de la plataforma, implica que el deber de publicidad respecto de estas actuaciones se cumpla de manera distinta a como sucede en SECOP I, donde los documentos contractuales se expiden primero en un medio físico que posteriormente es cargado en la plataforma.

**2.6. Responsables de la actividad contractual**

Esta Agencia se pronunció sobre los servidores responsables al interior de la entidad estatal, en relación con la actividad contractual, en el concepto 4201913000006371 de 31 de octubre de 2019. Igualmente, se analizó la delegación y desconcentración en la actividad contractual en los conceptos C-448 de 28 de julio de 2020, C-268 de 21 de abril de 2020 y C-603 de 2 de noviembre de 2021. Las tesis propuestas, en lo pertinente, se reiteran a continuación y se complementan en lo que corresponde.

El artículo 11 de la Ley 80 de 1993 define la competencia para dirigir procesos de selección y suscribir contratos, centralizándola en determinadas autoridades. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, «los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». Además, el artículo 25, en el numeral 9 de la misma Ley establece que «en los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento».

En este sentido, quienes tienen la competencia y son responsables de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. En consecuencia, quien tiene la competencia y responsabilidad para tramitar, adjudicar, celebrar y liquidar un contrato, es el jefe o representante legal de la entidad, o quien este delegue. La Ley 80 de 1993, en el artículo 12, regula la delegación para contratar y, además, indica que es posible desconcentrar la realización de los procesos contractuales de las entidades, lo cual es función de los jefes o representantes legales de las entidades enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el cual define el concepto de entidad estatal para efectos de la misma norma, quienes pueden delegar esa función en los empleos públicos cuyo nivel jerárquico dentro de la entidad sea directivo, ejecutivo o equivalentes[[16]](#footnote-16).

Por ello, dado que, además de la actividad contractual, los representantes legales de las entidades cumplen con una multiplicidad de funciones diferentes, el ordenamiento jurídico dispone técnicas de organización administrativa que permiten el reparto de las tareas asignadas con miras a su cumplimiento eficaz y eficiente, razón por la cual, el artículo 209 de la Constitución Política dispone que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En cuanto a la delegación, se tiene que es una técnica organizacional que implica una actuación administrativa mediante la cual el titular de una función –delegante–, previa autorización expresa por parte del órgano que asignó originariamente la competencia, le otorga voluntaria y formalmente a una autoridad que ejerce un cargo subordinado –delegatario–, para que asuma una o varias de las atribuciones del primero[[17]](#footnote-17).

Como se observa, la facultad se limitó a la celebración de contratos, dejando dudas sobre la posibilidad de delegar la firma del acto de adjudicación; motivo por el cual, el artículo 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995 amplió las materias delegables al disponer que «Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes».

Así mismo, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 permite la delegación en funcionarios públicos del nivel directivo y asesor vinculados al órgano correspondiente. En todo caso, esta última ley exige un acto administrativo donde se determine la autoridad delegataria y las funciones específicas que se transfiere el delegante, sin perjuicio de que este último se informe sobre el desarrollo de la delegación e imparta orientaciones generales para el ejercicio de las funciones delegadas –art. 10–. Además, se supedita a que no se confiera para expedir reglamentos –salvo excepciones legales–, subdelegar o transferir funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal son indelegables –art. 11–. Finalmente, los actos proferidos por el delegatario deben cumplir los mismos requisitos establecidos para su expedición por el delegante y procederán los recursos que serían susceptibles si los expidiera este, reiterando el régimen de responsabilidad y recuperación de la competencia previsto en el artículo 211 constitucional –art. 12–.

Sin embargo, la delegación en materia contractual es más estricta con la expedición de la Ley 1150 de 2007, pues esta ley adicionó el segundo inciso al artículo 12 de la Ley 80 de 1993 que dispuso: «En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual». Dicha disposición cambió el régimen de responsabilidad del delegante previsto en el precitado inciso segundo del artículo 211 superior. Por ello, la Corte Constitucional –retomando la línea jurisprudencial de la Sentencia C-372 de 2002– declaró que este inciso es condicionalmente exequible, en el entendido de que el delegante solo responde por la ausencia de control y vigilancia siempre que medie dolo o culpa grave[[18]](#footnote-18). Lo anterior, en la medida que:

La delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo 211 de la Carta Política y será necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia[[19]](#footnote-19).

Por otro lado, al igual que la delegación, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 autoriza la desconcentración como técnica organizacional que atempera el rigor de la centralización. Prevista en el inciso primero del artículo 12 de la Ley 80 de 1993, permite que los representantes legales de las entidades estatales desconcentren el trámite de los procesos de selección en los funcionarios que, dentro de la entidad, ostenten cargos directivos o ejecutivos.

Para estos efectos, la doctrina la define como «[…] el proceso a través del cual las funciones de una entidad u organismo son distribuidas en diferentes áreas; funcionales o unidades territoriales, las cuales cuentan generalmente con una estructura administrativa, y cuyo fin último es, al igual que la descentralización y la delegación, garantizar los fines esenciales del Estado»[[20]](#footnote-20). En otras palabras, se trata de una atribución que tiene el superior jerárquico para repartir algunas competencias entre los subalternos, sin que esto les otorgue autonomía en el cumplimiento de sus funciones; razón por la cual, implica una adecuada distribución del trabajo en la que el titular de las funciones conserva la dirección y el control de las tareas asignadas[[21]](#footnote-21). Por ello, el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

Parágrafo. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

Con una orientación similar, aunque con sus particularidades, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 –adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007– dispone que «[…] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio […]». Este artículo introduce un cambio relevante en la materia, pues –a diferencia del inciso final del artículo 8 de la Ley 489 de 1998– agrega que contra los actos no procede el recurso de reposición, expresión declarada exequible mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C-259 de 2008.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, por considerarse relevante para la consulta *sub examine*, resulta del caso precisar que los dos fenómenos descritos previamente, esto es, la delegación y la desconcentración de funciones, no deben confundirse con la simple asignación de funciones que hace un funcionario público en relación con otro funcionario o con un empleado frente al que ostenta jerarquía, pero sin dejar de ser el titular de la función. Este fenómeno se presenta, por ejemplo, cuando el director de una entidad estatal le encarga a uno de los subdirectores –subalternos– la ejecución material de una o varias labores necesarias para el ejercicio de sus funciones, como sería la elaboración del proyecto de presupuesto de la entidad o el diseño del sistema de gestión interna de la entidad, eventos en los cuales la labor sería desempeñada materialmente por otra persona, pero por disposición de su superior jerárquico; sin embargo, el mencionado director mantiene el ejercicio de la función legalmente asignada, esto es, presenta el presupuesto y adopta el plan de gestión interna.

Este fenómeno se justifica en la dificultad que podría representar que cada directriz del superior jerárquico deba venir acompañada por un acto de delegación o desconcentración, situación que impediría el normal funcionamiento de las entidades públicas.

Ahora bien, todos los servidores públicos que intervienen en la contratación estatal, ya sea que lo hagan en calidad de jefes o representantes legales, o en calidad de delegatarios o en calidad de funcionarios a cargo de alguna actuación derivada de la etapa precontractual, contractual o postcontractual del proceso de contratación en razón de sus funciones asignadas en la ley, el reglamento, el manual de funciones o por el superior jerárquico, están sometidos al cumplimiento del principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente:

Artículo 26. Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1°. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2°. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3°. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4°. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

[…]

En consecuencia, las actuaciones de los servidores públicos que participan en la contratación estatal están sometidos a los controles jurídicos, de diversa índole, que existen en el ordenamiento jurídico para el efecto, cuyo ejercicio está atribuido a distintas autoridades y procedimientos especiales. Estas autoridades, luego de actuar dentro del marco del principio de legalidad, el derecho al debido proceso y de desvirtuar la garantía de la presunción de inocencia, pueden encontrar la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal y/o patrimonial de los servidores públicos que hayan actuado indebidamente en la actividad contractual del Estado, tal y como lo reafirma el artículo 51 de la ley 80 de 1993: «El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley».

**2.7. La audiencia de adjudicación en la licitación pública**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó la audiencia de adjudicación en los conceptos con radicado No. 4201912000005935 del 25 de noviembre de 2019, reiterado y desarrollado en el concepto con radicado No. 4201912000007600 del 23 de diciembre de 2019, C-679 del 23 de noviembre de 2020, C-042 del 03 de marzo de 2021 y C-466 de 3 de septiembre de 2021. Lo expuesto se reitera.

Uno de los principios que rige la contratación del Estado es el de transparencia, cuya máxima expresión se traduce en la licitación pública. Este procedimiento se estableció como regla general en el Estatuto General de la Contratación Estatal para seleccionar al contratista, y las etapas se desarrollan mediante convocatoria pública, en igualdad de condiciones, con libre concurrencia y orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la entidad. Esta modalidad de selección, así como las demás previstas con la expedición de la Ley 1150 de 2007 para realizarse mediante convocatoria pública, culminan con el acto de adjudicación, decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor oferente.

La audiencia de adjudicación es la etapa del proceso de selección donde como resultado de haberse evaluado las ofertas, publicitado el resultado y de haberse respondido a las eventuales observaciones formuladas por los participantes, en ejercicio del derecho de contradicción, se escoge la propuesta más favorable a los intereses de la entidad, conforme a las reglas establecidas por el pliego de condiciones. Inicialmente, el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establecía que la adjudicación de los procedimientos de licitación se efectuaría en audiencia pública en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, esto es, previa orden de la autoridad de control fiscal[[22]](#footnote-22).

Dicho artículo constitucional consagró una regla relativa a la publicidad de la audiencia de adjudicación por la cual, a solicitud de cualquier proponente, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal pueden ordenar que el acto de adjudicación de una licitación se lleve a cabo en audiencia pública. Asimismo, defirió a la ley la competencia para regular aspectos puntuales sobre la audiencia de adjudicación, como la forma de evaluar las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizaría la audiencia pública. Sobre el tema, la Ley 80 de 1993, en el artículo 30, estableció la estructura del procedimiento de selección, señalando que en la audiencia pública podrán intervenir: i) servidores públicos o contratistas que apoyaron en la estructuración del análisis del sector, estudios previos, pliego y evaluaciones, entre otros, ii) oferentes o proponentes y iii) otras personas que deseen asistir[[23]](#footnote-23). Sin embargo, además de los sujetos señalados, los oferentes pueden designar personas para que intervengan en la audiencia de adjudicación.

Posteriormente, el legislador reguló este asunto en la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 9 reguló la etapa de adjudicación como la fase final de los procesos de selección de contratistas del Estado[[24]](#footnote-24). La norma determinó que, en general, en los procesos de licitación pública la adjudicación se haría, obligatoriamente, en audiencia pública. Igualmente, señaló que en dicha audiencia, y de manera previa a la decisión de adjudicación, todos los interesados podrían pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por la entidad a las observaciones planteadas al informe de evaluación. Para la Corte Constitucional, el mecanismo de publicidad de la audiencia de adjudicación es una forma de garantizar la transparencia en las decisiones de la Administración, en desarrollo de su actividad contractual. Sobre el particular, afirmó lo siguiente:

Así, independientemente de su ubicación dentro del texto constitucional, es claro que esta norma establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, situación que tanto en Colombia como en otros países ha sido tradicionalmente vista con recelo, en atención a la natural importancia de las obras públicas, a la magnitud usualmente cuantiosa de los recursos en ellas comprometidos y al significativo poder corruptor que estas decisiones pueden entrañar, a propósito de las relaciones existentes entre las ramas del poder público, los órganos de control y la ciudadanía misma[[25]](#footnote-25).

Además de lo anterior, tratándose de procesos de licitación pública para selección a contratistas de obra, resulta importante tener en cuenta las modificaciones realizadas por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, ya que mediante aquella disposición se adicionaron los parágrafos 2 y 3, que contienen reglas especiales en relación con este tipo de procesos. En armonía con lo cual, en el numeral 2.6. del documento base del documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3 se establecieron las reglas relacionadas con la «audiencia efectiva de adjudicación». Finalmente, se precisa que la obligación de adjudicar los contratos estatales en audiencia aplica para los procesos de licitación pública; no así para las demás modalidades de selección reguladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

**3. Respuestas**

Teniendo en cuenta que frente a algunas preguntas pueden plantearse respuestas o argumentos similares, para no reiterarlos, se agruparán por bloques temáticos, absolviendo los interrogantes dentro del ámbito de competencias de esta Agencia:

«Pegunta 1. Si un proponente en su formato 5C formato de saldo de contratos en ejecución, por error reporta un contrato en ejecución, pero su estado y fechas de suspensión están mal, esto es motivo para ser rechazada la propuesta o la entidad debe de permitir subsanar ya que el contrato se reporto y dentro de la subsanación se realiza nuevamente la verificación si cumple con su capacidad residual y si cumple la entidad lo debe de habilitar?

[…]

«5. En el formato 5C es causal de rechazo, reportar un contrato en ejecución, cuando realmente estaba suspendido?

«6. En el formato 5C es causal de rechazo, reportar equivocadamente mal las fechas de suspensión de un contrato en ejecución?

«7. En el formato 5C, Si un contrato cuenta con resolución de adjudicación, pero no tiene acta de inicio, este contrato se debe de reportar?» (sic).

De conformidad con lo expuesto, el «Saldo de Contratos en Ejecución» corresponde a la sumatoria de los saldos de los «Contratos en ejecución» que obligan al proponente a la ejecución de obras civiles, en los que el proponente tiene obligaciones pendientes de ejecutar, bien sea con entidades estatales o entidades privadas. Frente al particular, la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública» 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».

De acuerdo con lo anterior, 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.

De otro lado, al menos tres causales de rechazo del numeral 1.15 del documento base de obra de licitación para obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, esto es, los literales E, H y Z. 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.

Finalmente, 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 ≥CRPC Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. // En todo caso, si con posterioridad al cierre del proceso cualquier interesado, durante el traslado del informe de evaluación, o la entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad rechazará la oferta. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o judiciales a que haya lugar, en contra de la (s) persona (s) que haya (n) suscrito las certificaciones exigidas para el cálculo de la capacidad residual. […]» (Énfasis fuera de texto)

De conformidad con esta regla, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, esto es, la referente a contratos de obra en ejecución.

Con fundamento en las reglas anterior y las explicaciones adicionales que se realizaron en las consideraciones, corresponderá a cada entidad estatal tomar las decisiones que correspondan en cada procedimiento de selección.

Finalmente, como se señaló en el numeral 2.3 de este concepto, conforme a las definiciones previstas en la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, el numeral II del literal E del numeral 3.10.2 del documento base dispone que «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».

Como se observa, la definición solo aplica a los *contratos perfeccionados*, aunque estos estén suspendidos o no tengan acta de inicio. Por tanto, están fuera de esta los procesos de selección *adjudicados*, pues –en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993– los contratos estatales de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, lo cual ocurre con la suscripción formal del contrato y no con el acto de adjudicación. 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.

«Pregunta 2. Se le solicita a Colombia Compra Eficiente que implemente para el requerimiento por propuesta con precios artificialmente bajos, mas allá de la guía para determinación de precios bajos de Colombia Compra Eficiente, ya que muchas entidades están utilizando este requerimiento para tratar de direccionar la contratación, ya que la guía da las directrices para determinar una propuesta con precios artificialmente bajos, pero en su requerimiento al contratista es facultativo de la entidad determinar si cumple o no con la justificación de los precios bajos, lo que esta llevando a que en muchas entidades no tienen definido el criterio y están rechazando o habilitando ofertas de manera subjetiva, por lo cual se solicita que implemente una guía especifica para rechazar o habilitar ofertas y que en esta guía se solicite lo necesario para poder justificar la oferta es decir, que se tenga definido lo que se deba de presentar para justificar la oferta, como ejemplo, el contratista debe presentar APUS, junto con los respectivo soportes de precios de los insumos, maquinaria y transporte requeridos si se presenta así y si la entidad verifica lo presentado que se habiliten las propuestas, ya que en muchos casos se presenta lo necesario para justificar la oferta y las entidades rechazan las ofertas, simplemente diciendo que la oferta no brinda garantía de ejecución para la entidad».

El artículo 26.6 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratistas responderán cuando presenten ofertas que resulten artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. El precio artificialmente bajo es definido como aquel que, además de ser muy reducido, no encuentra fundamento en el tráfico comercial. De otro lado, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 regula el procedimiento a seguir en los eventos en que se presenten propuestas con valor artificialmente bajo. Por su parte, la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» recomienda a las entidades estatales tener en cuenta la siguiente información: i) promedio del valor de las ofertas; ii) mediana del valor las ofertas; iii) desviación estándar del valor de las ofertas; iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato; y vii) la información histórica de ofertas y contratos del objeto del proceso de contratación. Con estos datos, la entidad puede emplear herramientas para identificar posibles ofertas que pueden ser artificialmente bajas.

En todo caso, conforme surge de lo expuesto, debe advertirse que la regulación de los precios artificialmente bajos tiene por propósito evitar que se contrate a proponentes que, con el fin de que se les adjudiquen los contratos, realicen ofrecimientos que no correspondan con la realidad del mercado, lo que se justifica en los eventuales efectos nocivos que de ello pudieran derivar para el cumplimiento de los fines del contrato. En ese sentido, evitar que en las ofertas se omita los valores que en la práctica representan costos reales que debe asumir los eventuales contratistas para el desarrollo del objeto contractual –como, por ejemplo, los costos del personal– es precisamente el propósito de la regulación de los precios artificialmente bajos.

De cualquier modo, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si a bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación. En este sentido, la referida Guía contiene criterios orientadores para las entidades públicas, los cuales, en consecuencia, no son vinculantes ni de obligatorio acatamiento, de manera que las entidades pueden, a partir de los datos de los que dispongan, servirse de otros métodos razonables, para aplicar el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.4 del Decreto 1082 de 2015. En otras palabras, las entidades están facultadas para aplicar los criterios contenidos en la Guía o acudir, si bien lo tienen, a otro tipo de criterios que consideren más apropiados para cada proceso de contratación. Lo anterior, además responde a que son muchas las circunstancias específicas que pueden presentarse en cada procedimiento de selección en concreto, y frente a cada proponente en particular, por lo cual no se considera adecuado establecer criterios absolutos, que eventualmente podrían resultar insuficientes o inadecuados en circunstancias específicas, razón por la cual esta Agencia, con fundamento en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, estableció algunas recomendaciones a las entidades estatales para el manejo de ofertas artificialmente bajas en los procesos de contratación, para que ellas tomen las decisiones que correspondan en cada procedimiento de selección.

«3. Cundo en la entidad adelanta un proceso en Secop I y se presentan observaciones de manera física, es requisito de la entidad dar publicación de las observaciones en la plataforma secop I el mismo día de radicada la observación o máximo al siguiente día, con el fin de que se garantice la transparencia y selección objetiva en el proceso? ». (sic)

Sin perjuicio del deber que les asiste a las entidades estatales de respetar los principios de transparencia y selección objetiva, realizando de la forma más oportuna posible las actuaciones que les corresponda en desarrollo de los procedimientos de selección, los documentos del proceso de selección tramitados en uso del SECOP I se deben publicar en la plataforma dentro del plazo máximo de tres (3) días previsto en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

«4. El único facultado para realizar la adjudicación de un proceso es el ordenador del gasto, o delegado mediante acto administrativo? y esta adjudicación se debe de realizar en audiencia?»

El artículo 11 de la Ley 80 de 1993 define la competencia para dirigir procesos de selección y suscribir contratos, centralizándola en determinadas autoridades. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 12 la Ley 80 de 1993, «los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». Además, el artículo 25, en el numeral 9 de la misma Ley establece que «en los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento».

En este sentido, quienes tienen la competencia y son responsables de la actividad contractual de las entidades estatales son el jefe y los representantes legales de las mismas, sin perjuicio de la intervención de las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento. En consecuencia, quien tiene la competencia y responsabilidad para tramitar, adjudicar, celebrar y liquidar un contrato, es el jefe o representante legal de la entidad, o quien este delegue. De esta manera, la adjudicación del contrato corresponde realizarla al jefe o representante de la entidad –artículo 11 de la Ley 80 de 1993–, sin perjuicio de que pueda delegar dicha competencia, en los términos del artículo 12 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 establece que en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública. En tal sentido, la adjudicación de los procesos que se adelante mediante la modalidad de licitación, siempre deben adjudicarse en audiencia. En armonía con ello, se precisa que la obligación de adjudicar los contratos estatales en audiencia aplica para los procesos de licitación pública; no así para las demás modalidades de selección reguladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Procuraduría General de la Nación. Concepto del 15 de octubre de 2014. Procuraduría Delegada para Asuntos Disciplinarios. Radicado PAD C-114-2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 80112-OJ-008 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2ª ed.). Editorial Legis. Bogotá. 2012. p. 59 [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. «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-7)
8. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-8)
9. Concepto C-196 de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. No. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-10)
11. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 5. [↑](#footnote-ref-11)
12. De acuerdo con el Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2009. C.P. Filemón Jiménez, los actos administrativos de fondo son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos; mientras que los actos de trámite por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo, porque pone fin al procedimiento administrativo. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 10 de junio de 1992. Exp. No. 4.249. C.P. Álvaro Lecompte Luna. [↑](#footnote-ref-13)
14. DROMI, Roberto. Reforma del Estado y Privatizaciones. Tomo 2. Pliegos de condiciones. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 8. «La discrecionalidad tiene por lo menos dos límites evidentes. Uno es el respeto a la finalidad jurídica que justifica y da sustento al poder de la autoridad competente; el otro hace referencia a la necesidad de que el uso de la discrecionalidad administrativa, en nada sobrepasa lo rigurosamente necesario para el cumplimiento del interés jurídico que deba ser legítimamente tutelado. De ahí que si la finalidad que justifica cierta decisión discrecional es la de satisfacer adecuadamente el interés público, sólo él puede servir como criterio para la adopción de la medida». [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 3. Funciones: La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: [...]

    »8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.[...]». [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 80 de 1993: «Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

    «1o. Se denominan entidades estatales:

    «a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

    «b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (...)».

    «Artículo 12. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes». [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-17)
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 693 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-18)
19. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-382 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-19)
20. HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia. Bogotá: Legis, 1999. p. 158. [↑](#footnote-ref-20)
21. En esta medida, «Difiere […] la delegación y la desconcentración, en que la primera supone una asignación específica de funciones de un órgano que las ejecuta bajo su entera autonomía y responsabilidad, salvo que el delegante obre con dolo o culpa grave en sus funciones generales de vigilancia y control, evento en el que también sería responsable, mientras que en la segunda, esto es, la desconcentración, es el encargo que el superior hace a sus dependientes para que éstos, actuando a nombre y dirección de aquel, descongestionen la actividad administrativa» (Cfr. PALACIO HINCAPÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Séptima Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2014. p. 97). [↑](#footnote-ref-21)
22. «Artículo 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

    »Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley». [↑](#footnote-ref-22)
23. Ley 80 de 1993: «Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

    [...]

    »10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

    »De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

    [...]». [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 9: «De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

    »Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

    »El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

    »No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la [Ley 80 de 1993](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/1993/L0080de1993.htm).

    »Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la [Ley 80 de 1993](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/1993/L0080de1993.htm), en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar». [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Constitucional. Sentencia C-380 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-25)