**CCE-DES-FM-17**

**CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Requisito habilitante**

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

**CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos – Acreditación**

De igual manera, establece que el interesado en celebrar contratos de obra pública acreditará su capacidad residual con los siguientes documentos: i) la lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas, ii) la lista de contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con entidades estatales y con entidades privadas, y finalmente iii) el balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años.

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

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

[…]

i) La causal del literal Z del numeral 1.15 solamente aplica cuando el proponente no informa todos los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Esto se traduce en un deber de cumplir con esta exigencia, sin tener en cuenta la información relacionada en cada uno de ellos. Por ejemplo, si el contratista tiene en ejecución diez contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve o menos; excluyéndose la configuración de la causal cuando el proponente comete algún error en la información de los contratos, siempre que los reporte todos. En ese orden, la configuración de la causal de rechazo del literal Z es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre.

ii) 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:

[…]

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

La causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no informado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

**RECHAZO DE LA OFERTA – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Literal Z – Subsanación**

[…] la causal del literal Z se presenta cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Siguiendo con el ejemplo, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

Finalmente, esta distinción también se proyecta sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas de la Ley 1150 de 2007, pues solo habrá lugar a subsanar en los eventos en los que el proponente omite información sobre los contratos informados, esto es, en el evento de la causal del literal E. Dicho de otra forma, no se puede subsanar cuando se incurre las causales H y Z, eventos en los cuales el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar la «inexactitud» de la oferta o el número de contratos que tenía el deber de reportar.

Lo expresado en el párrafo precedente no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, norma que dispone que «[…] todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes». Es cierto que la información «inexacta» y los contratos que no fueron informados, no afectan la asignación de puntaje, pues estos se solicitan para la acreditación de la capacidad residual del proponente, que es uno de los diez (10) requisitos habilitantes a los que se refiere el Capítulo III del documento base. Sin embargo, los supuestos de hecho en los que se fundamentan las causales de rechazo no permiten la subsanación. La imposibilidad de subsanar se deriva, entonces, del supuesto de hecho de aquellas causales, sin que en esto sea relevante que se otorguen o no puntos a la propuesta por el requisito de capacidad residual.

Señor

**Raúl Camilo Quintero Blanco**

Tunja, Boyacá

**Concepto C ‒ 515 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CAPACIDAD RESIDUAL – Definición – Requisito habilitante / CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos – Acreditación / CAPACIDAD RESIDUAL – Rechazo de la oferta – Causales – Documentos tipo / RECHAZO DE LA OFERTA – Documento Base – Infraestructura de transporte – Versión 3 - Literal Z – Alcance / RECHAZO DE LA OFERTA – Infraestructura de transporte – Versión 3 – Literal Z – Subsanación |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220627006360 |

Estimado señor Quintero Blanco:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, a través de la Subdirección de Gestión Contractual, responde su consulta del 27 junio de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza consulta referida a los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte. En particular, la solicitud indaga en torno a la aplicación de la casual que impone el rechazo de la oferta 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». Al respecto, se formularon las siguientes preguntas:

«[¿]Es causal de rechazo que el oferente a la fecha de cierre olvide adjuntar el formato de saldo de contratos en ejecucion? pero que al momento de la subsanacion lo allegue correctamente, osea que simplemente no se adjunto el documento y se subsanó correctamente, o la causal se refiere que al momento que se presente ya sea en la subsanacion se evidencie el ocultamiento de un contrato?

[¿]Es causal de rechazo no informar un adicional sobre un contrato? osea si se reporto un contrato y por ejemplo su valor es de 100 millones pero este no reporto un adicional y realmente era de 120 millones tendria que ser rechazado?

Cuando la norma se refiere a contratos en ejecucion [¿]se esta refiriendo tambien a contratos adjudicados? O solamente a los contratos que se hayan suscrito, osea ya el contrato firmado por las dos partes?» [SIC].

1. **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 casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia 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-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto 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. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) la capacidad residual como requisito habilitante en los procesos de selección de obra pública; ii) verificación y cálculo de la Capacidad Residual del Proponente, distinción del factor SCE y definición de *Contratos en ejecución*; y iii) capacidad residual y rechazo de la oferta en los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la definición y el alcance de los documentos tipo en los conceptos C-507 del 19 de septiembre de 2021, C-512 del 22 de septiembre de 2021, C-531 del 27 de septiembre de 2021, C-541 del 27 de septiembre de 2021, C-555 del 20 de octubre de 2021, C-556 del 11 de noviembre de 2021, C-565 del 11 de octubre de 2021, C-566 del 11 de octubre de 2021, C-580 del 13 de octubre de 2021, C-595 del 22 de octubre de 2021, C-599 del 26 de octubre de 2021, C-601 del 25 de octubre de 2021, C-612 del 29 de octubre de 2021, C-624 del 8 de noviembre de 2021, C-632 del 19 de noviembre de 2021, C-641 del 17 de octubre de 2021, C-643 del 17 de octubre de 2021, C-655 del 22 de octubre de 2021, C-680 del 9 de diciembre de 202, C-684 del 20 de diciembre de 2021, C-691 del 28 de diciembre de 2021, C-705 del 5 de enero de 2022, C-706 del 17 de enero de 2022, C-722 del 20 de diciembre de 2021, C-751 del 7 de febrero de 2022, entre otros[[2]](#footnote-3).

Asimismo, esta Agencia se pronunció sobre aspectos relativos a la acreditación del requisito de capacidad residual en procesos adelantados con documentos tipo, en los conceptos con radicado Nos. 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 4201912000005192 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000009465 del 20 de diciembre de 2019 y 2201913000009642 del 26 de diciembre de 2019; así como en los conceptos C-033 del 13 de marzo de 2020, C-133 del 30 de marzo de 2020, C-196 del 8 de abril de 2020, C-297 del 4 de junio de 2020, C-489 del 23 de julio de 2020, C-522 del 6 de agosto de 2020, C-547 del 21 de agosto de 2020, C-642 de 30 de octubre de 2020, C-668 del 20 de noviembre de 2020, C-720 del 11 de diciembre de 2020, C-789 del 19 de enero de 2021, C-042 del 3 de marzo de 2021, C-147 del 12 de abril de 2021 y C-219 del 19 de mayo de 2021, referentes al rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de capacidad residual. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa en lo pertinente:

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

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[3]](#footnote-4). 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»[[4]](#footnote-5).

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

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

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

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

De igual manera, establece que el interesado en celebrar contratos de obra pública acreditará su capacidad residual con los siguientes documentos: i) la lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con entidades estatales y con entidades privadas; ii) la lista de contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con entidades estatales y con entidades privadas; y finalmente iii) el balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años[[5]](#footnote-6).

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 establece que todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deben estar inscritas en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, es decir, la verificación de dichos requisitos habilitantes se demostrará exclusivamente con el RUP, donde deben constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades, en los procedimientos de selección, no podrán exigir, ni los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

En ese orden, la Ley 1150 de 2007 establece que los requisitos habilitantes de experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización se acreditarán conforme a lo contenido en el Registro Único de Proponentes. Respecto a la acreditación de la capacidad residual, como esta no se realiza totalmente conforme al contenido del RUP, las entidades deben exigir los documentos previstos en el artículo 2.2.1.1.1.6.4. del Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando no sea información que el proponente haya aportado, con anterioridad, para inscribirse en el RUP.

**2.2. Verificación y cálculo de la Capacidad Residual del Proponente. Distinción del factor SCE y definición de *Contratos en ejecución.***

En atención a lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, la Agencia expidió la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública. En este documento se desarrolla la metodología para el cálculo de la Capacidad Residual, en el marco de la establece, entre otros aspectos, 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, claro está, teniendo en cuenta la siguiente información aportada por el proponente: i) la lista de los *Contratos en Ejecución*, así como el valor y plazo de tales contratos; ii) la lista de los *Contratos en Ejecución*, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, así como el valor y plazo de tales contratos; y iii) el estado de resultados auditado que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años y el balance general auditado del último año, suscrito 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 que contiene el mejor ingreso operacional de los últimos cinco (5) años puesto que la información de la liquidez se encuentra en el RUP.

Ahora bien, para lo primero, esto es, para establecer la capacidad residual del proceso de contratación «CRPC», se debe determinar 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.

Para lo segundo, es decir, para verificar que cada proponente cumple 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 fórmula:

A cada uno de estos factores se les debe asignar el siguiente puntaje máximo: i) «E» 120; ii) «CF» 40; y iii) «CT» 40. La «CO» no tiene asignación de puntaje en la fórmula, por un lado, porque su unidad de medida es en pesos colombianos «COP» y, por el otro, debido a que el mismo constituye un factor multiplicador de los demás factores en la fórmula. A continuación, se explicará, en términos generales, cómo calcular cada factor:

1. Capacidad financiera (CF). Se mide por el «índice de liquidez» y este, a su vez, corresponde al resultado de dividir el «activo corriente» sobre el «pasivo corriente». El resultado puede ser calificado entre 20 y cuarenta puntos, según se explica en la Guía.
2. Capacidad técnica (CT). Se determina teniendo en cuenta el número de socios y profesionales de la arquitectura, ingeniería y geología vinculados mediante una relación laboral o contractual. El puntaje a asignar, según la Guía, oscila entre 20 y 40 puntos. Para tales fines, se aclara, el proponente debe diligenciar el Anexo 2 de la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública».
3. Capacidad de organización (CO). Corresponde a los ingresos operacionales, según el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **Años de información financiera** | **Capacidad de organización** |
| Cinco (5) años o más | Mayor ingreso operacional de los últimos cinco años |
| Entre uno (1) y cinco (5) años | Mayor ingreso operacional de los años de vida del oferente |
| Menos de un (1) año | USD 125.000 |

1. Saldos de los Contratos en ejecución (SCE). Debe hacerse linealmente y calculando una «ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días». El resultado obtenido se debe multiplicar por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato. Si el número de días por ejecutar un contrato es superior a 360 días, solo se tendrá en cuenta la proporción lineal de 12 meses.
2. Experiencia (E). Para los efectos de la capacidad residual, corresponde de un lado, a la relación entre «el valor total en pesos de los contratos relacionados con la actividad de la construcción inscritos por el proponente en el Registro Único de Proponentes “RUP” en el segmento 72 […] del Clasificador de Bienes y Servicios», y del otro, al presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación. La relación indica el número de veces que el proponente ha ejecutado contratos equivalentes a la cuantía del proceso de contratación.

En este contexto, resulta oportuno precisar que, si bien es cierto la entidad estatal es la que debe calcular la capacidad residual de los proponentes, también lo es que estos últimos, como se referenció, tienen la carga de aportar los documentos para acreditar su capacidad residual[[6]](#footnote-7). Para acreditar el factor (SCE) «Saldos contratos en ejecución», como lo establece la Guía para determinar y verificar la Capacidad Residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública, el proponente debe presentar la lista de Contratos en ejecución, tanto a nivel nacional como internacional (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.

Para aplicar la metodología descrita a efectos del calcular la Capacidad Residual del Proponente (CRP) es necesario tener en cuenta la lista de los *Contratos en ejecución* en cabeza del proponente. Según la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública «El proponente debe presentar un certificado suscrito por su representante legal y su revisor fiscal, si el proponente está obligado a tenerlo, o por el contador o su auditor independiente, el cual contenga la lista de los Contratos en Ejecución, tanto a nivel nacional como internacional, indicando: (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»[[7]](#footnote-8).

 A su vez, 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»[[8]](#footnote-9).

Conforme a lo anterior, los contratos que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del factor (SCE) son aquellos que, coincidan con la definición citada en el párrafo anterior, esto es, aquellos que, al momento del cierre del proceso de contratación, obligan al proponente a ejecutar obras civiles. En ese sentido, lo determinante es que del contrato derive un compromiso vinculante de ejecutar obras civiles, por lo que se requiere que el contrato se encuentre en ejecución en estricto sentido, razón por la que la propia definición establece que cobija a aquellos contratos suspendidos y a los que no cuenten con un acta de inicio.

De acuerdo con esto, en relación con el objeto de la consulta, debe ponerse de presente que, ciertamente, el hecho de que en el marco de un proceso de contratación se expida un acto administrativo adjudicando uno de los proponentes un contrato de obra pública es un hecho del que se colige que la ejecución del mismo deberá ser asumida por dicho proponente, quien presentó una oferta con dicho propósito. No obstante, también es cierto que la adjudicación del contrato de contrato es un acto que precede a la suscripción del mismo, el cual es un acto requerido para su perfeccionamiento, dado el carácter solemne del contrato estatal, conforme se desprende del inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 [[9]](#footnote-10)- [[10]](#footnote-11).

En consideración a lo anterior, en la medida en que un contrato estatal requiere de su elevación a escrito como presupuesto para su perfeccionamiento, no puede decirse que de un proceso de contratación adjudicado derive el compromiso de ejecutar obras civiles para el proponente, comoquiera que ello es una obligación que surge a partir del contrato, el cual requiere de su celebración por escrito para su perfeccionamiento. En ese sentido, contratos estatales no perfeccionados al momento de la presentación de la oferta no pueden ser tenidos en cuenta para cálculo del factor (SCE) en eventuales procesos de contratación a los que se presente el proponente, comoquiera que no encajan dentro de la noción de *Contratos en ejecución* establecida en la guía.

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

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

**1.15. CAUSALES DE RECHAZO**

Son causales de rechazo las siguientes [Las Entidades no podrán modificar o incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

[…]

E. Que el Proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para el cumplimiento de un requisito habilitante en los términos establecidos en la sección 1.6.

[…]

H. Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11.

[…]

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

Como se consideró en los conceptos del 25 de septiembre y el 23 de diciembre de 2019 −radicados Nos. 2201913000007117 y 2201913000009538−, las causales de rechazo de ofertas contempladas en los documentos tipo son taxativas, descartándose que la entidad introduzca causales, 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. En ese orden, la configuración de la causal de rechazo del literal Z es objetiva, pues solo aplica ante la omisión del proponente de informar el número total de contratos en ejecución antes del cierre.

*ii)* 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»[[11]](#footnote-12). Conforme a ello, la prerrogativa de verificación es una herramienta para que la Administración adquiera certeza en el cumplimiento de los requisitos del procedimiento de selección y del comportamiento leal que se exige a los proponentes.

Según lo expuesto por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008148 del 30 de octubre de 2019, la inexactitud –en el contexto de los «Documentos Tipo»– se entiende como «la disparidad, imprecisión, disconformidad o falta de precisión que se da de una información a otra». En este sentido, «[…] se habla de inexactitud cuando la información que aporta el proponente no concuerda con la que verifica la entidad, lo cual lleva a que esta información se entienda como no acreditada».

La regla de verificación de la información prevista en el numeral 1.11 dispone dos supuestos, con consecuencias diferentes: el primero, señala que una vez verificada la información y evidenciada la inconsistencia, la entidad estatal la tendrá por no acreditada. Por ejemplo, cuando se presente una certificación de experiencia, y ante las observaciones recibidas en el traslado del informe de evaluación se verifique con la entidad contratante que las emitió, que no es acorde con el objeto contractual ejecutado, la entidad que adelanta el proceso de contratación, ante la duda, no tendrá en cuenta la certificación para evaluar la experiencia, sin perjuicio de que el proponente cumpla con este requisito con los demás certificados que aporte. En este evento, se trata de inconsistencias que, aunque no se superan por la ausencia de otro medio probatorio, no tienen la connotación de falsedad.

El segundo evento se configura cuando de la verificación se corrobora que las inconsistencias obedecerían a una presunta falsedad no desvirtuada por el proponente, caso en el cual se rechaza la oferta y se informa a las autoridades correspondientes. Siguiendo con el ejemplo propuesto de la certificación de experiencia, la entidad que adelanta el procedimiento de selección, al comunicarse con la entidad para quien se ejecutó el contrato a acreditar, le informan que la certificación aportada por el proponente no fue expedida por esta, por cuanto ese objeto no fue ejecutado ni contratado. En este supuesto, cuando la entidad tiene el suficiente convencimiento de la existencia de la presunta falsedad, y luego de dar la oportunidad para que el proponente se manifieste, es procedente rechazar la oferta y compulsar copias a las autoridades competentes, quienes adelantarán las respectivas investigaciones.

Las reglas previstas en el numeral 1.11 del documento base aplican frente a la totalidad de la información y documentación aportada para cumplir los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Sin embargo, el documento base adoptado por la Resolución No. 1798 de 2019 contemplaba una consecuencia diferente para la verificación del cumplimiento de la capacidad residual del proponente, cuando la entidad estatal, en uso de la potestad verificadora, advertía que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual. Este evento regulado en el numeral 3.10 del «Documento Base – Versión 1», al señalar:

**3.10 CAPACIDAD RESIDUAL**

El Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación (CRPC). Así:

$$CRP \geq CRPC$$

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. *En todo caso, si con posterioridad al cierre y hasta antes de la adjudicación del proceso, cualquier Proponente, interesado o la Entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir por parte de un Proponente alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la Entidad calculará la capacidad residual del Proponente teniendo en cuenta la nueva información***.** En dado caso la Entidad procederá a incluir el valor y plazo total del contrato, con independencia del saldo y plazo por ejecutar.

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

Aunque las causales de rechazo del literal E, H y Z del numeral 1.15 de los documentos tipo se relacionan con la capacidad residual como requisito habilitante, estas se aplican en supuestos diferentes, de acuerdo con lo explicado *ut supra*. La causal del literal H se produce si, por ejemplo, el proponente informó todos los contratos en ejecución, pero advierte que la información es inexacta y, además, que sobre la misma puede «existir una posible falsedad». A título ilustrativo, podría pensarse en un contrato que se aportó y frente al cual la entidad advierte la falsificación de una de las firmas del documento. Además, la causal del literal Z se presenta cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre. Siguiendo con el ejemplo, el supuesto de hecho se presenta si el proponente, teniendo tres contratos en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

Finalmente, esta distinción también se proyecta sobre las reglas de subsanabilidad de las ofertas de la Ley 1150 de 2007, pues solo habrá lugar a subsanar en los eventos en los que el proponente omite información sobre los contratos informados, esto es, en el evento de la causal del literal E. Dicho de otra forma, no se puede subsanar cuando se incurre las causales H y Z, eventos en los cuales el rechazo procede de forma automática, es decir, sin permitirle al proponente subsanar la «inexactitud» de la oferta o el número de contratos que tenía el deber de reportar.

Lo expresado en el párrafo precedente no contradice lo dispuesto en el artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, norma que dispone que «[…] todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes». Es cierto que la información «inexacta» y los contratos que no fueron informados, no afectan la asignación de puntaje, pues estos se solicitan para la acreditación de la capacidad residual del proponente, que es uno de los diez (10) requisitos habilitantes a los que se refiere el Capítulo III del documento base. Sin embargo, los supuestos de hecho en los que se fundamentan las causales de rechazo no permiten la subsanación. La imposibilidad de subsanar se deriva, entonces, del supuesto de hecho de aquellas causales, sin que en esto sea relevante que se otorguen o no puntos a la propuesta por el requisito de capacidad residual.

La causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no informado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

Conclusión similar se aplica al literal H del numeral 1.15. del documento base, en el entendido de que el supuesto de hecho de esa causal, esto es, lo que genera el rechazo de la oferta, es la acción del proponente de aportar «[…] información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad […]», no la ausencia de la información que podría haberse tomado del contrato viciado de falsedad. Al respecto, surge la siguiente inquietud: ¿es posible subsanar el hecho de aportar una firma falsa presentando el documento firmado válidamente? Para esta entidad, la respuesta es negativa debido a que la finalidad que persigue la causal *sub examine* es desincentivar todas las prácticas delictivas en los procesos de contratación estatal.

Por otro lado, conforme al numeral 3.10 de los «Pliegos Tipo – Versión 1» para obras públicas de infraestructura de transporte, cuando la entidad estatal confirmaba la existencia de «información contractual» que no hubiera sido incluida, y que pudiera afectar la capacidad residual del proponente, debía incluirla y calcular nuevamente la capacidad residual, sin perjuicio de las acciones administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

Para el cálculo de la capacidad residual del proponente se deben tener en cuenta: i) la capacidad de organización, ii) la experiencia, iii) la capacidad técnica, iv) la capacidad financiera y v) el saldo de contratos en ejecución, y para cada una de dichas variables se requiere acreditar los requisitos y documentos establecidos en el numeral 3.10 del «Documento Base», en concordancia con lo definido en la «Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública», expedida por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente. Por tanto, en los procesos de licitación que utilizaban la Versión 1 de los «Documentos Tipo», las entidades estatales debían aplicar la regla enunciada previamente y, en consecuencia, incluir la información contractual advertida por los proponentes interesados o por la entidad y que no fue reportada inicialmente.

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

3.10. CAPACIDAD RESIDUAL

El Proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente (CRP) es mayor o igual a la capacidad residual de Proceso de Contratación (CRPC). Así:

$$CRP \geq CRPC$$

Los Proponentes acreditarán la capacidad residual o K de contratación conforme se describe a continuación. *En todo caso, si con posterioridad al cierre y hasta antes de la adjudicación del Proceso cualquier Proponente, interesado o la Entidad, en uso de la potestad verificadora, advierte que se dejó de incluir, al cierre del proceso, por parte de un Proponente, alguna información contractual que afecte su capacidad residual, la Entidad rechazará la oferta*.

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

[…] (Énfasis fuera de texto)

De conformidad con esta regla, el rechazo de la oferta procede cuando en ejercicio de la potestad verificadora se advierta que se dejó de incluir información que afecta la capacidad residual del proponente, por ejemplo, la referente a contratos en ejecución. Es del caso precisar que la expresión «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. Esta regla concuerda con la causal del 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».

 En ese orden de ideas, la Versión 1 del «Documento Base» para procesos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte disponía una regla especial que permitía, en uso de la potestad verificadora, ante la omisión de información sobre contratos en ejecución, requerir a los proponentes para hacer las aclaraciones correspondientes de acuerdo con las reglas de subsanabilidad establecidas en el numeral 1.6 del «Documento Base», en armonía con la regla específica del numeral 3.10, previamente expuesta, sin el rechazo inmediato de la oferta.

 Ante los cambios introducidos por las Versiones 2 y 3 del «Documento Base» para procedimientos de licitación, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad ya no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas[[12]](#footnote-13). Esto en la medida que tal circunstancia constituye una causal de rechazo en los términos de los literales H y Z del numeral 1.15 del «Documento Base o Pliego Tipo», las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes.

 Ahora, debe precisarse que la información omitida afectará la capacidad residual, en aquellos eventos que se refiera a contratos que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que a aquellos que encajen dentro de la noción de *Contratos en* ejecución, correspondencia que requiere que el contrato se encuentre efectivamente suscrito de tal manera que obligue a la ejecución de obras civiles. Dicha condición no se presenta en los contratos que, a pesar de haber sido adjudicados, no ha sido suscritos por las partes, por lo que estos no se configuraría la omisión que sanciona con el rechazo de la oferta el numeral 3.10 del documento base, al no tratarse de información que afecte el cálculo de la capacidad residual, conforme al artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015.

Por el contrario, en el caso de que el proponente presente la oferta con antelación a la fecha de cierre, informando los contratos que hasta entonces esté ejecutando, pero antes de la fecha de cierre comienza a ejecutar otro nuevo o el que estaba suspendido, está en la obligación de reportarlo a la entidad, pues de lo contrario estaría informando menos contratos, lo que además de afectar el cálculo de su capacidad residual o *K* de contratación, facultaría a la entidad para rechazar su oferta conforme a la causal Z del numeral 1.15 del documento base o, eventualmente, por la causal del literal H *ibídem*.

**3. Respuesta**

«[¿]Es causal de rechazo que el oferente a la fecha de cierre olvide adjuntar el formato de saldo de contratos en ejecucion? pero que al momento de la subsanacion lo allegue correctamente, osea que simplemente no se adjunto el documento y se subsanó correctamente, o la causal se refiere que al momento que se presente ya sea en la subsanacion se evidencie el ocultamiento de un contrato?

[¿]Es causal de rechazo no informar un adicional sobre un contrato? osea si se reporto un contrato y por ejemplo su valor es de 100 millones pero este no reporto un adicional y realmente era de 120 millones tendria que ser rechazado?» [SIC].

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

Esta regla concuerda con las causales de rechazo de los literales H y Z del numeral 1.15 del documento base, referidas a la información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad y la omisión de informar los contratos en ejecución. Por tanto, al verificarse que el proponente no incluyó información contractual que afecte su capacidad residual, la entidad no estará en posición de solicitar aclaraciones, o acudir al régimen de subsanabilidad de ofertas. Esto en la medida que tal circunstancia constituye una causal de rechazo en los términos de los literales H y Z del numeral 1.15 del «Documento Base o Pliego Tipo», las cuales deberán analizar, caso a caso, las entidades contratantes.

Se precisa que para que la información omitida afecte la capacidad residual, es necesario que se refiera a contratos que no solo hayan sido adjudicados al proponente, sino que se requiere que los mismos estuviesen en ejecución al momento del cierre, pues si la omisión se refiere a contratos que fueron suspendidos o que no han comenzado a ejecutarse, no se cumpliría el supuesto de hecho del numeral 3.10 del documento base que faculta a la entidad para rechazar la oferta. Lo anterior pues no se configura una omisión de información que afecte el cálculo de la capacidad residual, conforme al artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, la causal del literal Z procede cuando el proponente no informa todos los contratos en ejecución antes del cierre, fenómeno que se verifica al constatar que el número de contratos reportado es menor al número de contratos que debían reportarse. En este supuesto, lo que genera el rechazo de la oferta no es la ausencia de la información del contrato omitido, sino el hecho de haberse informado menos contratos de los que tenía en ejecución. Incluso, en el evento en el que el proponente «corrija» el error e informe la existencia de un contrato no informado, implica aceptar que ocurrió la causal del literal Z, esto es, que el proponente incumplió su obligación de reportar todos los contratos que tenía en ejecución.

Conforme a lo anterior, el supuesto en el cual no se acreditan a la fecha de cierre la totalidad de los *Contratos en ejecución* que obligan proponente, amerita el rechazo de la oferta según la causal del literal Z, cuyo supuesto de hecho no permite la subsanación. Del mismo modo, informar un valor incorrecto de un *Contrato en ejecución* está sancionado con el rechazo de la oferta de conformidad con lo señalado en el numeral 3.10, en el entendido de que se trata de información contractual que afecta su capacidad residual. En caso de que la inexactitud se configure a partir de una falsedad, debe rechazarse la oferta en atención a la causal del literal H.

«Cuando la norma se refiere a contratos en ejecucion [¿]se esta refiriendo tambien a contratos adjudicados? O solamente a los contratos que se hayan suscrito, osea ya el contrato firmado por las dos partes?» [SIC].

Conforme a lo expuesto en el numeral 2.2, 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, y considerando que los contratos estatales son solemnes, es posible afirmar que, el hecho de que al momento de presentar la oferta al proponente le haya sido adjudicado un contrato, en si mismo no constituye un «Contrato en ejecución», de conformidad con lo mencionado en la referida guía. En ese sentido, para acreditar el factor saldos contratos en ejecución «SCE», de la capacidad residual del proponente, no se deben incluir los contratos que, habiendo sido adjudicados, no se encuentran suscritos por las partes, pues este es un requisito de perfeccionamiento, o sea, directamente ligado con la existencia de estos.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kevin Arlid Herrera SantaAnalista T2-04 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE (E) |

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-2)
2. La Agencia también se ha referido a temas relacionados con la aplicación de documentos tipo en los conceptos C-144 del 2 de marzo de 2020, C-143 del 18 de marzo de 2020, C-286 del 26 de mayo de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-773 del 14 de enero de 2021, C-789 del 19 de enero de 2021, C-011 del 16 de febrero de 2021, C-031 del 1 de febrero de 2021, C-064 del 8 de marzo de 2021, C-071 del 17 de marzo de 2021, C-083 del 18 de marzo de 2021, C-153 del 20 de abril de 2021, C-157 del 13 de abril de 2021, C-179 del 28 de abril de 2021, C-204 del 6 de mayo de 2021, C-212 del 12 de julio de 2021, C-217 del 14 de mayo de 2021, C-232 del 24 de mayo de 2021, C-263 del 3 de junio de 2021, C-266 del 3 de junio de 2021, C-267 del 2 de junio de 2021, C-268 de 3 de junio de 2021, C-287 del 18 de junio de 2021, C-301 del 16 de junio de 2021, C-304 del 28 de junio de 2021, C-361 del 9 de agosto de 2021, C-370 del 28 de julio de 2021, C-380 del 29 de julio de 2021, C-383 del 2 de agosto de 2021, C-402 del 19 de agosto de 2021, C-405 del 10 de agosto de 2021, C-450 del 31 de agosto de 2021, C-461 del 30 de agosto de 2021, C-464 del 13 de septiembre de 2021, C-470 del 7 de septiembre de 2021, C-471 del 30 de agosto de 2021, C-477 del 6 de septiembre de 2021, C-479 del 9 de septiembre de 2021, C-492 del 14 de septiembre de 2021, C-493 del 14 de septiembre de 2021, C-569 del 12 de octubre de 2021, C-679 del 25 de enero de 2022, C-033 del 7 de marzo de 2022, C-212 del 21 de abril de 2022, C-218 del 22 de abril de 2022 y C-302 del 11 de mayo de 2022. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles en la página web: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/%20) [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-5)
5. «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-6)
6. Decreto 1082 de 2015. «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)
7. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_capacidad_residual.pdf> [↑](#footnote-ref-8)
8. Ibidem [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

»Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

»Los contratos estatales son intuito personae <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

»En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

»A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes». [↑](#footnote-ref-10)
10. El Consejo de Estado se pronunció sobre la solemnidad del contrato estatal y la imposibilidad de modificarla por voluntad de sus destinatarios: ”Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar». Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2017. Exp. 48.396. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

 [↑](#footnote-ref-11)
11. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-12)
12. Concepto C-196 de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-13)