CCE-DES-FM-17

**CAPACIDAD RESIDUAL – Cálculo**

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”.

**SALDOS DE CONTRATOS EN EJECUCIÓN – Acreditación**

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.

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

Como lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la Subdirección de Gestión Contractual, 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 (3) causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

*i)* La causal del literal Z del numeral 1.15 – a la cual hace referencia en su consulta – 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 (10) contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve (9) 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 […].

**RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal Z – Alcance**

[…] 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 (3) contratos de obra en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Definición – Limitación a capacidad**

Las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias establecidas por la Constitución Política o por la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado. Su objetivo no es otro que garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

**INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, sólo pueden tipificarse en la ley, es decir, deben satisfacer el principio de legalidad, y su interpretación debe ser *restrictiva*. En efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Esta ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Bogotá D.C., 4 de diciembre de 2023

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Paola Cornejo Carrascal**

San José de Cúcuta, Norte de Santander

**Concepto C-411 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CAPACIDAD RESIDUAL – Cálculo / SALDOS DE CONTRATOS EN EJECUCIÓN – Acreditación / DOCUMENTOS TIPO – Versión 3 – Licitación Pública – Capacidad residual – Rechazo de la oferta – Causales / RECHAZO DE LA OFERTA – Capacidad residual – Documento Base – Literal Z – Alcance / RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Definición – Limitación a capacidad / INHABILIDADES – Taxatividad – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20231026016343 |

Estimada señora Cornejo Carrascal:

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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública responde su consulta del 26 de octubre de 2023.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

“[…]

1. ¿Si un proponente no entrego en su propuesta ningún contrato que acredite experiencia y permita verificar la capacidad residual, se debe rechazar su propuesta conforme a la causal literal Z “cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre “o se le debe permitir subsanar? Cuál sería la interpretación idónea de dicha causal Z.

2. ¿Sería correcta la aplicación de la inhabilidad contenida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, en caso de que el contratista de obra, se presente en el proceso de selección de la interventoría a ese mismo contrato de obra, del cual, fue adjudicatario?

[…]”.

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 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-1). 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.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Capacidad Residual: generalidades; ii) contratos a tener en cuenta para el cálculo del factor Saldos de Contratos en Ejecución –SCE– de la fórmula para determinar la Capacidad Residual del Proponente –CRP–; iii) Capacidad Residual y rechazo de la oferta en los Documentos Tipo de obra para procesos de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte**;** iv) Capacidad Residual y rechazo de la oferta en los Documentos Tipo de obra para procesos de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte; v) régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Interpretación restrictiva como criterio hermenéutico y; vi) Inhabilidad para celebrar contratos de interventoría: Análisis de la causal prevista en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011.

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-351 del 23 de mayo de 2022 y C-392 del 16 de junio de 2022. Así mismo, 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-173 del 07 de abril de 2022, C-219 del 19 de mayo de 2022, C-546 del 30 de agosto de 2022, esta Agencia se pronunció en aspectos referentes al rechazo de propuestas por falta de acreditación del requisito de Capacidad Residual en los Documentos Tipo.

Finalmente, en los conceptos con radicado número 4201912000003592 del 28 de agosto de 2019, 4201913000005649 del 17 septiembre de 2019, 4201912000006692 del 12 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, C-001 del 23 de abril de 2020, C-007 del 4 de mayo de 2020, C-011 del 27 de abril de 2020, C-085 del 4 de marzo de 2020, C-090 del 24 de febrero de 2020, C-157 de 2020 del 16 de marzo de 2020, C-239 de 2020 del 16 de abril de 2020, C-246 de 2020 del 3 de abril de 2020, C-273 de 2020 del 21 de mayo de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-580 del 21 de septiembre de 2020, C-585, C-592 del 14 de septiembre de 2020, C-792 de 21 de enero de 2021 y C-047 del 6 de marzo de 2021, estudió la naturaleza jurídica del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, como límite a la capacidad contractual, así como los criterios de su interpretación[[2]](#footnote-2). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

 **2.1. Capacidad Residual como requisito habilitante: Saldo de Contratos en Ejecución –SCE–**

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-3). 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-4).

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 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Para tales 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-5).

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 (12) 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 doce (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 – al cual se hará referencia en este concepto dado que en la consulta no se precisó un Documento Tipo[[6]](#footnote-6) –, el literal E del numeral 3.10.2 del Documento Base señala lo siguiente:

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

[…]

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

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

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

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

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

**2.2. Capacidad Residual y rechazo de la oferta en los Documentos Tipo de Obra para procesos de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte**

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 (3) 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 de las propuestas las siguientes [Las entidades no podrán incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección]:

[…]

E. Que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para cumplir un requisito habilitante o aportándolos no lo haga de forma correcta, 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 lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la Subdirección de Gestión Contractual, 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 (3) causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

*i)* La causal del literal Z del numeral 1.15 – a la cual hace referencia en su consulta – 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 (10) contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve (9) 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 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 posible falsedad, sin que el proponente haya demostrado lo contrario, y rechazará 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”[[7]](#footnote-7). 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.

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 (3) 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.

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 su capacidad residual 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[[8]](#footnote-8). 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*.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente mencionar que, en relación con las causales de rechazo relacionadas con la Capacidad Residual como requisito habilitante, debe ser la Entidad Estatal quien determine si alguno de los supuestos de hecho contenidos en las causales de rechazo contenidas del numeral 1.15 del Documento Base de los Documentos Tipo – Versión 3, aplican frente a la situación particular.

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.

**2.3. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Interpretación restrictiva como criterio hermenéutico**

Las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias establecidas por la Constitución Política o por la ley que impiden que personas naturales o jurídicas sean elegidas o designadas en un cargo público o celebren contratos con el Estado. Su objetivo no es otro que garantizar la idoneidad, imparcialidad, probidad, transparencia y moralidad de la función pública, garantizando el interés general.

De este modo, el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado es el conjunto de restricciones establecidas por el constituyente o por el legislador que afectan directamente la capacidad de las personas para establecer relaciones contractuales con el Estado, las cuales pueden derivarse de condenas, sanciones o situaciones previamente establecidas por el ordenamiento jurídico. En esta medida, la Corte Constitucional explica que “las inhabilidades representan una limitación a la capacidad para contratar con las entidades del Estado y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito en el sujeto incapacitado quien por esta razón no podrá hacer parte de una relación contractual”[[9]](#footnote-9).

Las limitaciones que afectan la capacidad jurídica para contratar desarrollan los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, con especial énfasis en la moralidad administrativa. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, quien se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

“De manera primordial en esta reflexión debe advertirse que la consagración legal de las incompatibilidades e inhabilidades en materia contractual, no es sino desarrollo del Principio de Moralidad que la Constitución Política consagra como uno de los rectores de la Función Administrativa, instituido en el artículo 209 de la Carta, toda vez que este Principio –en su carácter jurídico, ordenador y orientador del derecho– constituye la Finalidad, el Deber Ser, la Razón de Primer Orden en la cual se inspira, justifica y legitima la existencia de las normas que definen y regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del Interés General como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los Principios de la Función Administrativa– se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuesta sobre el derecho individual a contratar con el Estado”[[10]](#footnote-10).

De la jurisprudencia citada se desprende que las inhabilidades son medios que garantizan la transparencia y eficiencia en la actividad contractual del Estado, imponiendo restricciones en la personalidad jurídica, la igualdad, la libre empresa y, particularmente, en el derecho a participar en procesos de selección y celebrar contratos con el Estado. La Corte Constitucional ha reconocido que estas limitaciones deben estar justificadas en la protección del interés general y que su lectura e interpretación es taxativa y restrictiva[[11]](#footnote-11).

Conviene también distinguir las fuentes de las inhabilidades, las cuales han sido clasificadas en dos (2) grupos: i) inhabilidades-sanción y ii) inhabilidades-requisito. En el primer grupo se encuentran las inhabilidades que surgen como consecuencia de un proceso sancionatorio, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional o de pérdida de investidura. En el segundo grupo están aquellas que no devienen de un proceso sancionatorio, sino de condiciones propias de la persona y garantizan la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia[[12]](#footnote-12).

A manera de ejemplo, en materia contractual, los literales c), d) y j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-13) establecen inhabilidades-sanción, porque la prohibición para contratar con el Estado en esos eventos es una consecuencia de una declaratoria de responsabilidad que surge luego de un proceso sancionatorio –administrativo, disciplinario o penal–. Por su parte, las inhabilidades de los literales f), g) y h) del numeral 1 de la norma citada establecen inhabilidades–requisito, pues no se configuran por la comisión previa de una falta o un delito que dio lugar a una declaratoria por parte de la Administración o el juez, sino de aspectos propios de la persona, derivados, por ejemplo, del parentesco o la afinidad o de la condición de servidor público.

En ambos eventos, la inhabilidad tiene como fuente una situación o un hecho propio del proponente –una conducta o una condición– ajena a la oferta. La inhabilidad surge, entre otros, por su grado de parentesco o afinidad, por su condición de servidor público o por una declaratoria de responsabilidad penal, disciplinaria o sancionatoria contractual que recae sobre la persona natural o jurídica que presentó propuesta.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, sólo pueden tipificarse en la ley, es decir, deben satisfacer el principio de legalidad, y su interpretación debe ser *restrictiva*[[14]](#footnote-14). En efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos contemplarían múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Esta ha sido la postura de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, “[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”[[15]](#footnote-15). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”[[16]](#footnote-16).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* dirige la interpretación de las disposiciones que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

**2.4. Inhabilidad para celebrar contratos de interventoría: Análisis de la causal prevista en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011**

Entre las inhabilidades e incompatibilidades que señala el ordenamiento jurídico para contratar con el Estado se encuentra la prevista en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, respecto a la cual se centra el numeral 2 de su consulta, que impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la misma entidad contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, prohibición que se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas[[17]](#footnote-17).

Acorde con lo manifestado por esta Agencia en el concepto con radicado 2201913000008314 del 7 de noviembre de 2020, la referida causal opera “por haber suscrito uno de estos contratos con anterioridad a la interventoría este contratista no puede suscribir contratos de interventoría con la misma entidad, sin que sea necesaria la existencia de relación entre la interventoría y los demás contratos previstos en esta norma”.

De conformidad con lo anterior, Luis Guillermo Dávila afirma que no podrá celebrar contratos de interventoría la persona -natural, jurídica, consorcio o unión temporal- que durante la presentación de ofertas conserve una relación contractual sin liquidar con la misma entidad.[[18]](#footnote-18)

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de esta norma, expresó en la sentencia C-618 del 8 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Mortello, que esta prohibición no impide ni limita la participación de los proponentes para celebrar contratos estatales, sino que es una restricción que busca garantizar y salvaguardar el interés público y preservar la transparencia de la contratación pública sin que se privilegien intereses particulares. Al respecto señaló:

“Para la Corte no cabe duda que la relevancia de la restricción que la norma impugnada establece estriba en la necesidad de evitar la simultaneidad de contratos celebrados con la misma entidad y obedece a que el legislador consideró necesario imponerla para ciertos contratos que por su naturaleza y gran impacto, requieren de controles más estrictos, todo con el propósito de darle prevalencia al bien común propiciando que la actividad administrativa que subyace en la contratación estatal se desarrolle con imparcialidad y transparencia y sin la interferencia que podría derivarse de la participación de los particulares por su múltiple vinculación contractual en relación con un específico ente estatal a través de los instrumentos jurídicos que la norma escogió como referentes para establecer la prohibición.

De esta forma encuentra la Corte igualmente oportuno acoger algunas de las consideraciones esbozadas por el Departamento Nacional de Planeación en cuanto señala que la limitación en una contratación determinada, como lo es la del contrato de interventoría, con una entidad específica, no implica la vulneración de los derechos de los interesados en adelantar las labores propias de la actividad respectiva (supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica, a los diferentes aspectos y etapas en que se desarrolla un contrato estatal) pues no se les estaría impidiendo que, respecto de otras entidades, puedan vincularse y ejercer el trabajo, la profesión u oficio a cuya supuesta restricción se oponen. Perspectiva bajo la cual la Corte encuentra válido que el legislador haya pretendido prevenir que una persona sea el interventor de contratos que hayan sido suscritos por ella o por familiares a objeto de concretar un fin constitucionalmente legítimo, cual es el de garantizar que la contratación estatal se realice con apego a los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, transparencia y objetividad”.

En este orden de ideas, la inhabilidad del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 se origina por el hecho de que el interesado en participar en un proceso que tiene por objeto celebrar un contrato de interventoría se encuentra ejecutando con la misma entidad contratos de obra, de concesión o de suministro de medicamentos y alimentos, o que habiéndose ejecutado no se han liquidado. Es decir, por haber suscrito uno estos contratos con anterioridad a la interventoría este contratista no puede suscribir contratos de interventoría con la misma entidad, sin que sea necesaria la existencia de relación entre la interventoría y los demás contratos previstos en esta norma.

Por otro lado, esta prohibición no puede extenderse a otros contratos que no están previstos en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, ni a los contratos de obra, de concesión, de suministro de medicamentos y de alimentos que ya se encuentran terminados, toda vez que, como se mencionó, las inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva.

**3. Respuesta**

“1. ¿Si un proponente no entrego en su propuesta ningún contrato que acredite experiencia y permita verificar la capacidad residual, se debe rechazar su propuesta conforme a la causal literal Z “cuando el proponente deja de informar la totalidad de los contratos que tiene en ejecución antes del cierre “o se le debe permitir subsanar? Cuál sería la interpretación idónea de dicha causal Z”.

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 (3) causales de rechazo del numeral 1.15 se relacionan con la Capacidad Residual como requisito habilitante, esto es, los literales E, H y Z.

Como lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la Subdirección de Gestión Contractual, 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 (3) causales de rechazo mencionadas tienen el siguiente alcance:

*i)* La causal del literal Z del numeral 1.15 – a la cual hace referencia en su consulta – 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 (10) contratos, esta causal aplica si el contratista reporta nueve (9) 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.

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 (3) contratos de obra en ejecución antes del cierre, no informa la totalidad de estos.

En relación con las reglas de subsanabilidad de las ofertas de la Ley 1150 de 2007, es necesario precisar que 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.

En relación con el 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. 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.

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.

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. 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 todo caso, resulta pertinente mencionar que, debe ser la Entidad Estatal quien determine si alguno de los supuestos de hecho contenidos en las causales de rechazo contenidas del numeral 1.15 del Documento Base de los Documentos Tipo – Versión 3, aplican frente a cada situación particular.

“2. ¿Sería correcta la aplicación de la inhabilidad contenida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, en caso de que el contratista de obra, se presente en el proceso de selección de la interventoría a ese mismo contrato de obra, del cual, fue adjudicatario?”

El artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 impide celebrar contratos de interventoría a quienes hayan celebrado con la misma entidad contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, prohibición que se extiende al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas.

De acuerdo con lo expuesto en el presente concepto, la inhabilidad del artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 se origina por el hecho de que el interesado en participar en un proceso que tiene por objeto celebrar un contrato de interventoría se encuentra ejecutando con la misma entidad contratos de obra, de concesión o de suministro de medicamentos y alimentos, o que habiéndose ejecutado no se han liquidado. Es decir, por haber suscrito uno estos contratos con anterioridad a la interventoría este contratista no puede suscribir contratos de interventoría con la misma entidad, sin que sea necesaria la existencia de relación entre la interventoría y los demás contratos previstos en esta norma. De lo anterior, se concluye que la inhabilidad aplicaría al evento señalado en su consulta.

Por otro lado, esta prohibición no puede extenderse a otros contratos que no están previstos en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, ni a los contratos de obra, de concesión, de suministro de medicamentos y de alimentos que ya se encuentran terminados, toda vez que, como se mencionó, las inhabilidades e incompatibilidades son de aplicación restrictiva.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia Del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora 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. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-2)
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-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. C.P: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
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-5)
6. Los Documentos Tipo Licitación de Obra Pública para Infraestructura de Transporte pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/04-documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version> [↑](#footnote-ref-6)
7. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-297 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-7)
8. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-196 de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001559. Radicado de salida No. 2202013000002534. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1016 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Rad. 25.646. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-780 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 80 de 1993: “Artículo 8: 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

    a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

    b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

    c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

    d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

    e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

    f) Los servidores públicos.

    g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

    h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

    i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

    Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

    j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

    Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria. Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, represen­tantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con ex­cepción de las sociedades anónimas abiertas. También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la perso­nería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, ad­ministradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.  La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma perma­nente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

    […]

    2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

    a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

    b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

    c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

    d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

    e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

    f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

    […]”. [↑](#footnote-ref-13)
14. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico De La Contratación Estatal. Recuperado de https://xperta.legis.co, Capítulo VI Inhabilidades e Incompatibilidades, Sección 2 Interpretación Restrictiva. [↑](#footnote-ref-14)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1039 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto. La Corte Constitucional ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Exp. 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1474 de 2011 “Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad”. [↑](#footnote-ref-17)
18. DÁVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Legis 3ª Edición, Bogotá, 2016. Pp. 187. [↑](#footnote-ref-18)