**DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo**

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el presidente de la República el 22 de julio de 2020, que en su artículo 1 modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y, por tanto, modificó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, asignando directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo. En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020 “Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.

Con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, “Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020”. De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, “Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020”. Adicionalmente, entró en vigor la Resolución 256 de 2020, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte”. (…)

**CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos tipo – Capacidad Técnica**

De acuerdo a lo anterior, en el contexto de la aplicación de los documentos tipo adoptados por las Resoluciones Nos. 240 y 241 de 2020, el Formato 5 es el documento destinado a la acreditación de la capacidad residual, en el que debe consignarse la información requerida para su acreditación de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, así como lo manifestado en la mencionada guía, a la cual remite el texto original del Formato 5, información que en ultimas es la misma, pero que en la guía se precisa de manera más detallada.

De conformidad con lo expuesto, la “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública”, dispuso, entre otras cuestiones, que la capacidad técnica (CT) como factor que compone la capacidad residual, acreditaría por parte del proponente con el diligenciamiento del Anexo 2 de la citada guía (…)

Como puede observarse, el anexo en mención solicita que el proponente identifique en el formato el nombre del socio o el profesional, y relacione su profesión, su respectivo número de matrícula profesional, el número y año del contrato laboral o de prestación de servicios profesionales y la vigencia de este. Además, indicó que dicho formato deberá ser suscrito por el representante legal del oferente y por el respectivo representante del auditor o revisor fiscal del proponente, en caso de serle obligatorio.

Al respecto, se recuerda que conforme el artículo 203 del Código de Comercio, el artículo 13 de la Ley 43 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 45 de 1990 las siguientes personas jurídicas se encuentran obligadas a contar con esta modalidad de auditoria o revisor fiscal: (i) las sociedades por acciones; (ii) las sucursales de compañías extrajeras; (iii) las sociedades que voluntariamente lo dispongan en sus estatutos; (iv) las sociedades que por ley o por los estatutos, dispongan que la administración no corresponde a todos los socios en no menos del 20 % del capital; (v)todas las sociedades comerciales cuyos activos brutos e ingresos brutos correspondan a los topes determinados en el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 473 de 1990; (vi) las entidades sujetas a vigilancia por parte de la superintendencia de Salud; (vii) las entidades sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera; y (viii) las entidades del sector real sujetas a inspección de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

**OBSERVACIONES – Extemporáneas – Audiencia de adjudicación**

De acuerdo a lo anterior, en los procesos de licitación, la respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación deberá efectuarse antes de que se emita el respectivo acto administrativo de adjudicación, puesto que en la audiencia de adjudicación “los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación”.

 En ese sentido, en relación con los términos o plazos con que cuentan las entidades estatales para responder las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones presentadas en el proceso de contratación, se precisa que si bien el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa ese plazo, el mismo se encuentra establecido de forma tácita, en tanto que, no es posible avanzar en las fases o etapas del proceso de contratación, si la Entidad Estatal, previamente, no ha resuelto las observaciones presentadas y/o solicitudes de aclaraciones realizadas en cada etapa, concluyéndose que en los procesos de licitación pública, una vez abierto el segundo sobre de las ofertas económicas, sólo se correrá traslado a los proponentes habilitados sólo para revisiones del aspecto económico, por lo que se deberá presentar y resolver observaciones exclusivamente de dicho tema.

Cuando ocurre que los interesados en un proceso de contratación presenten observaciones y/o solicitudes al informe de evaluación de las ofertas, fuera de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico, se está en presencia de una observación es extemporánea, que a criterio de esta Agencia, se ha indicado, que si bien la Entidad Estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder las observaciones extemporáneas, no lo es menos que esa respuesta debe consistir o limitarse al rechazo de la observación, precisamente, por ser extemporánea. Respuesta por demás, que debe proferirse antes de que inicie la siguiente etapa o fase del proceso contractual. Esto significa que, si la observación extemporánea una vez abiertos los sobres económicos, obedece a asuntos diferentes a revisiones del aspecto económico, el pronunciamiento de la Entidad Estatal debe realizarse indicando que aquella es extemporánea.

Lo afirmado encuentra fundamento en el principio de económica que rige los procesos de contratación, especialmente, en el numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 199314 que dispuso, que los términos o plazos para la etapas o fases del proceso de selección son preclusivos y perentorios.

Bogotá D.C., 22 de septiembre de 2023

Señora

María Lucia Durán

Bogotá, D.C.

**Concepto C–323 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO – Fundamento normativo/ CAPACIDAD RESIDUAL – Documentos tipo – Capacidad Técnica / OBSERVACIONES – Extemporáneas – Audiencia de adjudicación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta No. P20230802013878 |

Estimada señora Durán:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 2 de agosto de 2023.

1. **Problema planteado**

En relación con los documentos tipo expedidos por esta Agencia, usted realiza la siguiente consulta:

“1. El formato capacidad técnica que trae el pliego tipo en el cual se relacionan los profesionales adscritos a la planta de personal del proponente, ¿debe estar firmado por un contador o revisor fiscal? O ¿basta con la firma de su Representante Legal?” (Sic).

 Por su parte, frente a las observaciones recibidas frente a un informe de evaluación definitivo pregunta lo siguiente:

“2. Una vez la Entidad realiza la publicación del informe de evaluación definitivo en el cual se tienen consolidados los proponentes habilitados, para el momento de la audiencia de adjudicación y sobre este informe se reciben observaciones colocando en duda la acreditación de uno de los requisitos habilitantes de algún proponente,

a) ¿La entidad debe requerir a los observados y otorgar un nuevo término de subsanación o estas observaciones se extienden extemporáneas por no haber sido presentadas durante el término de traslado del informe preliminar y por lo tanto se continúa con la diligencia sin modificación en el condición de habilitado/no habilitado de acuerdo a los resultados del informe final?

 b) En caso de ser necesario requerir a los oferentes, ¿cuál sería el término del traslado?” (Sic).

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

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, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas.

 En este contexto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción al caso particular expuesto, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) fundamento normativo de los documentos tipo adoptados hasta la actualidad; ii) generalidades de la Capacidad Residual o K de contratación como requisito habilitante; iii) acreditación de la capacidad técnica como elemento de la Capacidad Residual o K de contratación en los documentos tipo, y iv) el plazo para presentar y resolver observaciones.

Las preguntas del peticionario se absolverán teniendo como fundamento los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3, toda vez que en su consulta no se relaciona el pliego tipo en específico. Sin embargo, estas consideraciones aplican en lo pertinente, para los otros documentos tipo adoptados por esta Agencia.

Por su parte, es importante indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la Capacidad Residual, y la forma como esta se debe acreditar, en los conceptos 2201913000006275 del 27 de agosto de 2019, 2201913000009465 del 20 de diciembre de 2019, 2201913000009642 y 2201913000009640 del 26 de diciembre de 2019; así como en los conceptos C–022 del 20 de febrero de 2020, C–089 del 4 de marzo de 2020, C–112 del 16 de marzo de 2020, C–133 del 25 de marzo de 2020, C–194 del 21 de abril de 2020, C–326 del 9 de junio de 2020, C–446 del 6 de julio de 2020, C-461 del 13 de julio de 2020, C–668 del 20 de noviembre de 2020, C–742 del 16 de diciembre de 2020, C–045 del 5 de marzo de 2021, C–003 del 26 de marzo de 2021, C–121 del 31 de marzo de 2021, C–143 del 9 de abril de 2021, C–202 del 7 de mayo de 2021, C–219 del 19 de mayo de 2021, C–368 del 28 de julio de 2021, C–392 del 5 de agosto de 2021, C–513 del 23 de septiembre de 2021, C–590 del 12 de octubre de 2021, C-068 del 9 de marzo de 2022, C-220 del 22 de abril de 2022, C-306 de 16 de mayo de 2022, C-351 de 23 de mayo de 2022, C-392 del 16 de junio de 2022, C-512 del 10 de agosto de 2022, C-536 del 22 de agosto de 2022, C-538 del 28 de agosto de 2022, C-567 del 2 de septiembre de 2022, C-549 del 31 de agosto de 2022, C-601 del 22 de septiembre de 2022, C-606 del 23 de septiembre de 2022, C-615 del 19 de agosto de 2022, C-656 del 10 de octubre de 2022, C-849 de 7 de diciembre de 2022, C- 053 de 28 de marzo de 2023, C-271 del 15 de agosto de 2023, C-280 del 6 de julio de 2023, C-346 de 25 de agosto de 2023 y C-353 de 1 de agosto de 2023.

 Por su parte, en los conceptos con radicados números 4201614000005342 del 8 de noviembre de 2016, 4201714000002354 del 5 de junio de 2017, 4201714000006628 del 17 de enero de 2018, 4201713000007273 del 5 de febrero de 2018, 4201814000001007 del 20 de marzo de 2018, 4201814000006367 del 27 de agosto de 2018, 4201912000002664 del 5 de junio de 2019, C-201 del 13 de abril de 2020, C-323 del 4 de junio de 2020, C-418 del 12 de agosto de 2021 y C- 513 del 23 de septiembre de 2021y C-310 de 16 de mayo de 2022, se estudió el deber de las entidades estatales de responder las observaciones realizadas de manera extemporánea, en los procesos de contratación. Las ideas expuestas en dichas oportunidades se reiteran a continuación, y se complementan en lo pertinente para resolver las inquietudes de la consulta.

**2.1. Documentos tipo: fundamento normativo y documentos adoptados hasta la actualidad**

La adopción de los documentos tipo obligatorios en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó por primera vez en el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2), que facultó al gobierno nacional para expedirlos, pero solo cuando se tratara de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; facultad que no ha sido ejercida hasta la actualidad.

Debido a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 es el antecedente más relevante de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio. A partir de esta norma se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional. En virtud de las competencias atribuidas por la Ley 1882 de 2018 se expidieron varios documentos tipo para el sector de infraestructura de transporte.

La Ley 1882 de 2018, en el artículo 4, establecía que el gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran[[3]](#footnote-3).

 Asimismo, señalaba que, dentro de los documentos tipo, el gobierno adoptaría de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Finalmente, para la adopción de esta reglamentación el gobierno tendría en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. Por último, se facultaba al gobierno para adoptar los documentos tipo cuando lo considerara necesario en relación con otros contratos o procesos de selección.

 De la norma descrita se concluía lo siguiente: i) la adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del gobierno nacional; ii) estos debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños y, finalmente, consultoría en ingeniería para obras; iii) eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; iv) en los documentos tipo se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección; v) el gobierno nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección, y por último, vi) los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

 Esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-119 de 2020. Al respecto, indicó que la adopción de los documentos tipo no afectaba la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto la estandarización se predicaba únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección del contratista, materia en la que existe reserva de ley y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. De igual manera, se establece que esta autonomía se garantiza con la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato[[4]](#footnote-4).

 De este modo, los documentos tipo no afectan la autonomía de las entidades territoriales. Lo anterior, debido a que la definición de los requisitos habilitantes y de aspectos técnicos de la selección del contratista en los procesos de selección, son aspectos en los que el legislador tiene amplia libertad de configuración legislativa y, por tanto, puede atribuir dicha regulación al gobierno nacional. Ahora, dicha autonomía se materializa cuando las entidades territoriales deciden iniciar un proceso de convocatoria para satisfacer sus necesidades para la adquisición de un bien, obra o servicio, y además se incluyen en la minuta del contrato las condiciones particulares del negocio jurídico a celebrar.

 Explicado el proceso para adoptar los documentos tipo en virtud de la Ley 1882 de 2018 y estudiada su constitucionalidad, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a continuación, se identificarán los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional en virtud de esta ley. Dada la relevancia económica y el impacto que tienen en el nivel territorial los proyectos de obra en el sector transporte, el gobierno nacional, en vigencia del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, por el cual se adicionó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, inició la implementación gradual mediante el Decreto 342 del 5 de marzo de 2019, relacionado con los documentos tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

 Posteriormente, se expidió el Decreto 2096 del 21 de noviembre de 2019, que permitió el desarrollo de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de obras públicas de infraestructura de transporte que se adelantaran por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía. Finalmente, se profirió el Decreto 594 del 25 de abril de 2020, frente a los documentos tipo para los contratos de obra pública de infraestructura de transporte que se surtieran por la modalidad de mínima cuantía. Estos documentos fueron implementados y desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, por medio de la Resolución 1798 de 1 de abril de 2019 –derogada por la Resolución 045 del 14 de febrero de 2020–, la Resolución 044 del 14 de febrero de 2020 y la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020.

Por otra parte*,* debe tenerse en cuenta que la Ley 2022 de 2020 fue sancionada por el presidente de la República el 22 de julio de 2020, que en su artículo 1 modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y, por tanto, modificó el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, asignando directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo[[5]](#footnote-5). En este sentido, con la finalidad de realizar un desarrollo armónico y ajustado a la ley que otorga esta competencia, la Agencia Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución 160 del 15 de septiembre de 2020 “Por la cual se adopta el procedimiento para implementar los documentos tipo y se define el sistema para su revisión”.

Con fundamento en dicha Ley, se profirió la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, “Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020”. De igual manera, se expidió la Resolución 241 del 27 de noviembre de 2020, “Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0044 de 2020”. Adicionalmente, entró en vigor la Resolución 256 de 2020, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte”.

Por otra parte, se expidió la Resolución 248 de 2020, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico”; la Resolución 249 de 2020, “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación pública para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad llave en mano”; así como la Resolución 269 de 2020, “Por la cual se adopta el documento tipo para los procesos de gestión catastral con enfoque multipropósito que se celebren a través de contratos interadministrativos”.

Asimismo, en el transcurso del año 2021, esta Agencia expidió la Resolución 193 del 14 de julio de 2021 “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte”. De igual forma, el 6 de agosto de 2021, se adoptaron las Resoluciones 219 de 2021 “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social” y 220 de 2021 “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector educativo”. Estos últimos documentos tipo tienen la particularidad de que los documentos adoptados por la Resolución de 219 de 2021 serán utilizados en forma transversal en los sectores de educación, salud y recreación, cultura y deporte. En esta línea, se expidió la Resolución 392 del 18 de noviembre de 2021 “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector salud”. Luego, se expidió la Resolución 454 del 16 de diciembre de 2021 “Por la cual se adoptan los documentos tipo complementarios para los procesos de licitación de obra pública de infraestructura social relacionados con el sector cultura, recreación y deporte”.

No obstante, con la expedición de la Ley de Emprendimiento, se modificaron varios documentos tipo mediante la Resolución No. 161 del 17 de junio de 2021 “Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente”, la cual rige para los procedimientos de selección cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 28 de junio de 2021.

Es importante resaltar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el 13 de octubre de 2021, expidió la Resolución 304 mediante la cual se modifican los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los de infraestructura social para adecuarlos al Decreto 680 de 2021. La principal modificación realizada en esta resolución consiste en la modificación al factor de evaluación de apoyo a la industria nacional.

Con posterioridad, el Decreto 1860 de 2021 modificó el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, incorporando una regulación detallada de la Ley 2069 de 2020 para su efectiva implementación en el sistema de compras y contratación pública, además de incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley. En este sentido, el parágrafo del artículo 8 del Decreto 1860 de 2021 otorgó un plazo de seis (6) meses contados a partir de su expedición, para que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adecuara los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en dicho decreto. Ante este cambio normativo, se expidió la Resolución No. 275 del 24 de junio de 2022, la cual modificó los documentos tipo, adecuándolos a las nuevas reglas contenidas en el decreto en comento. Sin embargo, dichas modificaciones aplicarán para los procedimientos de selección cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 29 de agosto de 2022, como se establece en el artículo 179 de dicha resolución.

Seguidamente, se expidió la Resolución No. 326 del 22 de julio de 2022 “Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de contratación de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 de 2020”. Asimismo, se expidió la Resolución No. 333 del 27 de julio de 2022 “Por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de agua potable y saneamiento básico”.

 Finalmente, el 30 de junio de 2023 se emitió la Resolución 358 del 30 de junio de 2023 “Por la cual se adopta el documento tipo para la contratación directa de convenios solidarios para la ejecución de obras hasta la menor cuantía con organismos de acción comunal”, siendo este el último documento tipo adoptado por la Agencia hasta la fecha.

**2.2** **Generalidades de la Capacidad Residual o K de contratación como requisito habilitante**

La capacidad residual es una aptitud que se exige a los oferentes con el objetivo de establecer o determinar si estos pueden o no cumplir de manera oportuna y a cabalidad con las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, sin que los demás compromisos contractuales que hubieran adquirido les afecte la habilidad de cumplir con el objeto del contrato que está en proceso de selección[[6]](#footnote-6).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública considera que la capacidad residual hace referencia a la suficiencia que se predica del proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del procedimiento de contratación, en relación con las obligaciones que ya ha adquirido simultáneamente.

La Ley 1150 de 2007 establece 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:

“Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

[…]

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”.

El artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, establece que 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 esta disposición, “[…] se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO)”.

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales deberán calcular la capacidad residual conforme a la metodología definida por Colombia Compre Eficiente. Para tale fines, resulta necesario tener en cuenta los factores de i) Experiencia –E–, ii) Capacidad Financiera –CF–, iii) Capacidad Técnica –CT–, iv) Capacidad de Organización y v) los Saldos de los Contratos en Ejecución –SCE–[[7]](#footnote-7).

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[[8]](#footnote-8).

Al respecto, se debe tener en cuenta lo siguientes criterios para la acreditación de la Capacidad Residual:

**A) Forma de acreditación de la Capacidad Residual por parte del Proponente.**

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 – en adelante RUP– 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 Estales, en los Procedimientos de Contratación, no podrán exigir, ni los proponentes aportar, documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

Conforme a lo anterior, 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 RUP. 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, relacionados con anterioridad, siempre y cuando no sea información que el proponente haya aportado, con anterioridad, para inscribirse en el RUP.

Así las cosas, la Entidad Estatal, como directora de los Procesos de Contratación que adelanta, debe señalar en el pliego de condiciones–o en la Invitación– cuál es la información que se debe acreditar para el cálculo de la Capacidad Residual, así como los documentos que tendrá como válidos para tal fin. En consecuencia, el proponente deberá ceñirse a lo dispuesto por la Entidad y allegar toda información ordenada, en los términos y la forma en que hayan sido señalados, con el fin de que la Entidad pueda calcular la Capacidad Residual del proponente y verificar si cumple o no con la requerida en el Proceso de Contratación que adelanta.

**B) Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública**

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

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

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



A cada uno de estos factores se les asigna 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 veinte (20) y cuarenta (40) 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 por asignar, según la Guía, oscila entre veinte (20) y cuarenta (40) puntos.
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 |

 Si los ingresos operacionales del proponente con uno (1) o más años de información financiera es menor a USD125.000, la Capacidad de organización (CO) del proponente es igual a USD125.000.

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 trecientos sesenta (360) días, solo se tendrá en cuenta la proporción lineal de doce (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, según la siguientes formula:



Resulta del caso precisar que si bien es cierto que es la Entidad Estatal la que debe calcular la capacidad residual de los proponentes, también lo es que estos últimos, como ya se dijo, tienen como carga aportar los documentos para acreditarla.

Así las cosas, una vez acreditado cada uno de los factores descritos y aplicada la fórmula señalada, se obtiene un resultado que determina la capacidad residual del proponente, con base en el cual se podrá establecer si cumple con la capacidad residual del proceso de contratación. En este sentido, si la capacidad residual del proponente es igual o mayor a la capacidad residual del proceso, el proponente será evaluado como “cumple” respecto de este requisito habilitante adicional, de lo contrario la evaluación de este aspecto deberá ser “no cumple”.

**2.3. Acreditación de la capacidad técnica como elemento de la Capacidad Residual o K de contratación en los documentos tipo**

En línea con lo expuesto en el numeral anterior, para los procesos de contratación sometidos a documentos tipo, el numeral 3.10.2 del *Documento Base* para procesos de licitación pública de infraestructura de transporte, dispone que el cálculo de la capacidad residual del proponente se realizará conforme a la formula previamente citada, y en el literal d del citado numeral, se determinó que la capacidad técnica (CT) se asignará teniendo en cuenta el número de socios y profesionales de la *“Arquitectura, Ingeniería y Geología”* vinculados mediante una relación laboral o contractual vigente en la cual desarrollen actividades vinculadas directamente con la construcción.

El puntaje del factor (CT) se asigna con base en la siguiente tabla:

| **Desde** | **Hasta** | **Puntaje** |
| --- | --- | --- |
| 1 | 5 | 20 |
| 6 | 10 | 30 |
| 11 | Mayores | 40 |

Por su parte, *Documento Base* para procesos de licitación pública de infraestructura de transporte determinó que para acreditar la capacidad técnica (CT), el Proponente o integrante nacional y extranjero con o sin sucursal en Colombia deben diligenciar el Formato 5 – Capacidad residual, el cual fue adoptado mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 para procesos de licitación de obra de infraestructura pública de transporte, así como el adoptado por la Resolución No. 241 de 2020 para procesos del mismo tipo para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, que indican textualmente lo siguiente:

[La Entidad Estatal deberá estructurar los formatos para la verificación de la capacidad residual utilizando los formatos y la metodología señalada en la "Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública" de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente]

De acuerdo a lo anterior, en el contexto de la aplicación de los documentos tipo adoptados por las Resoluciones Nos. 240 y 241 de 2020, el Formato 5 es el documento destinado a la acreditación de la capacidad residual, en el que debe consignarse la información requerida para su acreditación de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015, así como lo manifestado en la mencionada guía, a la cual remite el texto original del Formato 5, información que en ultimas es la misma, pero que en la guía se precisa de manera más detallada.

De conformidad con lo expuesto, la *“Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública”,* dispuso, entre otras cuestiones, que la capacidad técnica (CT) como factor que compone la capacidad residual, acreditaría por parte del proponente con el diligenciamiento del Anexo 2 de la citada guía, el cual contiene la siguiente información:



 Como puede observarse, el anexo en mención solicita que el proponente identifique en el formato el nombre del socio o el profesional, y relacione su profesión, su respectivo número de matrícula profesional, el número y año del contrato laboral o de prestación de servicios profesionales y la vigencia de este. Además, indicó que dicho formato deberá ser suscrito por el representante legal del oferente y por el respectivo representante del auditor o revisor fiscal del proponente, en caso de serle obligatorio.

 Al respecto, se recuerda que conforme el artículo 203 del Código de Comercio, el artículo 13 de la Ley 43 de 1990 y el artículo 20 de la Ley 45 de 1990 las siguientes personas jurídicas se encuentran obligadas a contar con esta modalidad de auditoria o revisor fiscal: (i) las sociedades por acciones; (ii) las sucursales de compañías extrajeras; (iii) las sociedades que voluntariamente lo dispongan en sus estatutos; (iv) las sociedades que por ley o por los estatutos, dispongan que la administración no corresponde a todos los socios en no menos del 20 % del capital; (v)todas las sociedades comerciales cuyos activos brutos e ingresos brutos correspondan a los topes determinados en el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 473 de 1990; (vi) las entidades sujetas a vigilancia por parte de la superintendencia de Salud; (vii) las entidades sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera; y (viii) las entidades del sector real sujetas a inspección de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

**2.4. El plazo para presentar y resolver observaciones**

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 regula los principios aplicables a las actuaciones contractuales adelantadas por las entidades estatales[[9]](#footnote-9). Entre otros, allí se estableció el principio de transparencia de la actividad contractual, objeto de regulación expresa en el artículo 24 del citado cuerpo normativo. Este principio guarda estrecha relación con el de publicidad, que rige el ejercicio de la función administrativa, según el artículo 209 constitucional. Por eso en los numerales 2º y 3º del citado artículo 24 se estableció la facultad de los interesados para realizar y/o presentar observaciones, como un mecanismo para controvertir algunas de las decisiones adoptadas por las entidades estatales en el marco de sus actuaciones públicas, en particular en los procesos contractuales, así:

“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

[…]

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.”

En desarrollo del principio de transparencia, el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que regula la estructura de los procedimientos de selección del contratista, estableció ciertas reglas en el inciso final del numeral 4º, relacionadas con la audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones y asignación de riesgos. De esta manera, se señaló que como resultado de lo debatido en la audiencia se realizarán las modificaciones a que haya lugar frente a los pliegos de condiciones, circunstancia que *“[…] no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público”*. De otro lado, el numeral 8º del mismo artículo, respecto de los informes de evaluación de las propuestas, estableció que los mismos “[…] permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. […]”.

Las disposiciones del ordenamiento jurídico mencionadas fueron objeto de desarrollo en el Decreto 1082 de 2015; cuerpo normativo de carácter reglamentario en el cual se establecieron, en principio, los plazos dentro de los cuales los interesados podrán realizar observaciones en la actuaciones adelantadas a instancia de las entidades estatales en sus procesos de contratación, plazos que podrán ser ampliados, mas no restringidos por aquellas, dependiendo de la modalidad o mecanismo de selección del contratista usado en el respectivo procedimiento contractual. En cuanto a la importancia del principio de transparencia, que rige las actuaciones contractuales de las entidades estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló[[10]](#footnote-10):

“El principio de transparencia persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (…) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (…). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N)”.

Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.

Conforme a lo expuesto, en virtud del principio de transparencia se garantiza la participación tanto de los interesados como de la ciudadanía en general[[11]](#footnote-11), en las actuaciones contractuales adelantadas por las entidades estatales, participación que se materializa en la oportunidad que se concede a aquellos para presentar observaciones en las distintas etapas o fases del proceso que culmina con la celebración del contrato estatal.

Con el fin de responder a su pregunta, se deben distinguir las etapas o fases del proceso contractual, a efectos de establecer el término o plazo para presentar observaciones por parte de los interesados y el plazo para responderlas por parte de las entidades estatales. Para ello, es necesario analizar el procedimiento de selección de la licitación pública[[12]](#footnote-12), procedimiento de selección que se estableció como regla general en el Estatuto General de la Contratación Estatal para la escogencia del contratista y en el que sus etapas se desarrollan mediante convocatoria pública en igualdad de condiciones, con libre concurrencia y orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la entidad. Esta modalidad de selección se encuentra reglada por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, además de lo dispuesto en los artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007.

El artículo 1° de la Ley 1882 de 2018 adicionó dos parágrafos al artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en el siguiente sentido:

“Artículo 1. Adiciónense los parágrafos 2° y 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993:

(…)

Parágrafo 2°. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, *la oferta estará conformada por dos sobres*, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.

El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

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

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

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

El segundo parágrafo adicionado dispuso el proceder de la Entidad Estatal al momento de evaluar las ofertas presentadas en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, de la siguiente manera:

* + 1. Primero se evalúa el contenido del primer sobre -requisitos habilitantes de los oferentes y requisitos de la propuesta que sean objeto de puntuación, distintos a la oferta económica- y se publica el informe de evaluación dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones.
		2. El informe de evaluación permanecerá publicado por 5 días hábiles, término que sirve para presentar observaciones y entregar documentos requeridos por la entidad.
		3. Vencido el término anterior, la entidad publicará el informe final de evaluación del primer sobre de las ofertas.
		4. Luego vendrá la realización de la audiencia pública de adjudicación, escenario que también admite observaciones al informe de evaluación que deberán decidirse en la misma audiencia.
		5. Durante la audiencia se abrirá el segundo sobre de las ofertas económicas, se las evaluará según el método aleatorio estipulado en el pliego de condiciones y se correrá traslado del resultado a los proponentes habilitados sólo para revisiones del aspecto económico.
		6. Finalmente se establecerá el orden de elegibilidad de las ofertas.

En ese orden de ideas**, se puede observar que el propósito de la publicidad del informe de evaluación de las propuestas es que los oferentes puedan realizar las observaciones que a su juicio consideren pertinentes. No obstante, el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa un término para que las entidades estatales se pronuncien sobre las observaciones presentadas al informe de evaluación. Sin embargo, de la norma en cita si se puede determinar un momento límite para responder esas observaciones, el cual está determinado por el acto de adjudicación del respectivo contrato, es decir, la Entidad Estatal contratante antes de proferir su decisión de adjudicación del contrato, está en la obligación de responder las observaciones presentadas al informe de evaluación de las propuestas, como condición previa para la expedición del acto de adjudicación.**

**De acuerdo a lo anterior, en los procesos de licitación, la respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación deberá efectuarse antes de que se emita el respectivo acto administrativo de adjudicación, puesto que en la audiencia de adjudicación “**los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación”[[13]](#footnote-13).

En ese sentido, en relación con los términos o plazos con que cuentan las entidades estatales para responder las observaciones y/o solicitudes de aclaraciones presentadas en el proceso de contratación, se precisa que si bien el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa ese plazo, el mismo se encuentra establecido de forma tácita, en tanto que, no es posible avanzar en las fases o etapas del proceso de contratación, si la Entidad Estatal, previamente, no ha resuelto las observaciones presentadas y/o solicitudes de aclaraciones realizadas en cada etapa, concluyéndose que en los procesos de licitación pública, una vez abierto el segundo sobre de las ofertas económicas, sólo se correrá traslado a los proponentes habilitados sólo para revisiones del aspecto económico, por lo que se deberá presentar y resolver observaciones exclusivamente de dicho tema.

Cuando ocurre que los interesados en un proceso de contratación presenten observaciones y/o solicitudes al informe de evaluación de las ofertas, fuera de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico, se está en presencia de una observación es extemporánea, que a criterio de esta Agencia, se ha indicado, que si bien la Entidad Estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder las observaciones extemporáneas, no lo es menos que esa respuesta debe consistir o limitarse al rechazo de la observación, precisamente, por ser extemporánea. Respuesta por demás, que debe proferirse antes de que inicie la siguiente etapa o fase del proceso contractual. Esto significa que, si la observación extemporánea una vez abiertos los sobres económicos, obedece a asuntos diferentes a revisiones del aspecto económico, el pronunciamiento de la Entidad Estatal debe realizarse indicando que aquella es extemporánea.

Lo afirmado encuentra fundamento en el principio de económica que rige los procesos de contratación, especialmente, en el numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[[14]](#footnote-14) que dispuso, que los términos o plazos para la etapas o fases del proceso de selección son preclusivos y perentorios. Sobre este asunto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, sostuvo:

“Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1º del artículo 25 del Estatuto Contractual, perentorios y preclusivos.

Perentorio, significa “Decisivo o concluyente”; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

“1. adj. Se dice del último plazo que se concede, o de la resolución final que se toma en cualquier asunto.

2. adj. Concluyente, decisivo, determinante.

3. adj. Urgente, apremiante”.

( )

Y el “término perentorio”, significa “El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó”.

Por su parte, preclusivo significa, según el mismo diccionario, “Que causa o determina preclusión”; y a su vez, preclusión, es definido como “Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”.

Preclusión: Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquel (Couture). // Principio procesal según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla (Couture). Esta segunda definición coincide con la de Chiovenda cuando afirma que el proceso avanza cerrando estadios precedentes y no puede retroceder”.

(…)

“preclusión. Efecto del transcurso de los plazos y de la finalización de los términos consistente en hacer imposible o completamente ineficaces los actos correspondientes. (…)”.[[15]](#footnote-15)

En conclusión y en virtud del principio de economía, si bien tanto a los interesados como a la ciudadanía en general les asiste el derecho a realizar observaciones, este derecho debe ejercerse dentro de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico y por el cronograma del proceso de contratación, so pena de perder tal facultad por la preclusividad y perentoriedad de los términos que rigen las fases o etapas del proceso de contratación, máxime teniendo en cuenta que una vez agotada una fase del proceso de contratación la Entidad Estatal, en principio, no puede volver sobre esa etapa del proceso de selección.

1. **Respuesta**

“1. El formato capacidad técnica que trae el pliego tipo en el cual se relacionan los profesionales adscritos a la planta de personal del proponente, ¿debe estar firmado por un contador o revisor fiscal? O ¿basta con la firma de su Representante Legal?” (Sic).

De acuerdo con lo explicado, en el contexto de un proceso de selección adelantado por *Documento Tipo*, el Formato 5 es el documento destinado a la acreditación de la capacidad residual, en el que debe consignarse la información requerida para su acreditación de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015. Dicha información debe ser diligenciada conforme lo indica la *“Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública”* expedido por esta Agencia, según la cual, el proponente deberá aportar para acreditar el factor de la capacidad técnica (CT) debidamente diligenciado el Anexo 2 de la citada guía.

 El anexo 2 en mención solicita que el proponente identifique en el formato el nombre del socio o el profesional, y relacione su profesión, su respectivo número de matrícula profesional, el número y año del contrato laboral o de prestación de servicios profesionales y la vigencia de este. Además, indica que dicho formato deberá ser suscrito por el representante legal del oferente y por el respectivo representante del auditor o revisor fiscal del proponente, en caso de serle obligatorio, por lo tanto, dependerá de las condiciones de cada proponente la obligatoriedad de que dicho anexo sea firmado o no por el auditor o revisor fiscal.

“2. Una vez la Entidad realiza la publicación del informe de evaluación definitivo en el cual se tienen consolidados los proponentes habilitados, para el momento de la audiencia de adjudicación y sobre este informe se reciben observaciones colocando en duda la acreditación de uno de los requisitos habilitantes de algún proponente,

a) ¿La entidad debe requerir a los observados y otorgar un nuevo término de subsanación o estas observaciones se extienden extemporáneas por no haber sido presentadas durante el término de traslado del informe preliminar y por lo tanto se continúa con la diligencia sin modificación en el condición de habilitado/no habilitado de acuerdo a los resultados del informe final?

 b) En caso de ser necesario requerir a los oferentes, ¿cuál sería el término del traslado?” (Sic).

En virtud de los principios de economía y transparencia, los procesos de contratación se rigen particularmente, por la preclusividad y perentoriedad de los términos que rigen las etapas del proceso de selección del contratista. De manera que, cuando los interesados en un proceso de contratación presenten observaciones y/o solicitudes de aclaraciones al informe de evaluación de las ofertas, fuera de los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico y por el cronograma del respectivo proceso de contratación pública, según el caso; dicha circunstancia implica *per se* que la observación es extemporánea.

Por lo cual, si bien la entidad estatal que adelanta un proceso de contratación está en la obligación de responder todas las observaciones extemporáneas, esa respuesta puede consistir o limitarse al rechazo de la observación, precisamente, por ser extemporánea. Respuesta por demás, que debe proferirse antes de que inicie la siguiente etapa o fase del proceso contractual. En este sentido, se debe tener en cuenta que el **propósito de la publicidad del informe de evaluación de las propuestas es que los oferentes puedan realizar las observaciones que a su juicio consideren pertinentes. No obstante, el ordenamiento jurídico no contempló de manera expresa un término para que las entidades estatales se pronuncien sobre las observaciones presentadas al informe de evaluación. Sin embargo, de la norma en cita si se puede determinar un momento límite para responder esas observaciones, el cual está determinado por el acto de adjudicación del respectivo contrato, es decir, la Entidad Estatal contratante antes de proferir su decisión de adjudicación del contrato, está en la obligación de responder las observaciones presentadas al informe de evaluación de las propuestas, como condición previa para la expedición del acto de adjudicación.**

**De acuerdo con lo anterior, en los procesos de licitación, la respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación deberá efectuarse antes de que se emita el respectivo acto administrativo de adjudicación, puesto que en la audiencia de adjudicación** los oferentes se encuentran habilitados para pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, no obstante, ello tiene un límite, que es la preclusividad y perentoriedad de los pazos determinados en el proceso de selección y su cronograma, por lo tanto, si la audiencia de adjudicación, ya se encuentra en el etapa de apertura del segundo sobre de las ofertas económicas, sólo se correrá traslado a los proponentes habilitados sólo para revisiones del aspecto económico, por lo que se deberá presentar y resolver observaciones exclusivamente de dicho tema.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Any Alejandra Tovar CastilloContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Martha Alicia Romero VargasGestor código T1 grado15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Romer  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual |

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. “Parágrafo 3. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1882 de 2018: “Artículo 4. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-119 de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo. “Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley, el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato”. [↑](#footnote-ref-4)
5. “ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o de la Ley 1882 de 2018, el cual quedará así:

Artículo 4o. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente”. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. “Artículo 2.2.1.1.1.6.4. Capacidad Residual. El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

[…]

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución (SCE)”. [↑](#footnote-ref-7)
8. “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-8)
9. Ley 80 de 1993: «Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Exp. 24.715. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Concepto con radicado número 4201912000006639 del 29 de noviembre de 2019 «Tipo de asunto consultado: Sujetos que pueden hacer observaciones al informe de evaluación en un procedimiento contractual mediante la modalidad de licitación pública”. [↑](#footnote-ref-11)
12. BENAVIDES, José L. y SANTOFIMIO Jaime O, comps. Contrato estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.165. [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación.

[…]

“La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 80 de 1993: «Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

“1º. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo 2007. Exp. 16.209. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-15)