**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Mantenimiento adicional – Liquidación**

En el «Documento Base» se indica que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» contará a partir de la terminación de las obras objeto del Proceso de Contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato. En este sentido, no es posible que este mantenimiento sea ofrecido durante o después de la liquidación, ya que se debe realizar durante la ejecución del contrato. Una vez finalizado el plazo ofrecido de «Mantenimiento adicional» será posible liquidarlo.

**FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento adicional – Obligación contractual**

En razón a que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato, forma parte de las obligaciones previstas en el «Anexo 5- Minuta del Contrato». En la «Cláusula 9. OBLIGACIONES GENERALES» la entidad puede seleccionar algunas de las obligaciones, combinarlas, eliminar o incluir las que considere convenientes. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública incluye la siguiente obligación: «Acreditar el cumplimiento del factor de calidad ofrecido durante la fase de selección en los plazos acordados con la Entidad». De esta forma, se garantiza que el ofrecimiento en relación con el «Mantenimiento adicional» se cumpla, so pena de las sanciones contractuales procedentes.

**FACTOR DE CALIDAD – Garantía adicional – Aseguradora**

La «Garantía Suplementaria o Adicional» es aquella otorgada por el contratista, distinta a la legal, cuando amplíe o mejore gratuitamente la cobertura de esta, asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente concederá la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente como ocurre con la garantía comercial que se otorga sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo

**FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento Adicional – Desgaste natural de la obra**

[…] la garantía de calidad y estabilidad de la obra se hace efectiva cuando la obra presenta deterioros que impidan su uso adecuado, o que la misma ha perdido condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista, no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por el uso inadecuado. En ningún caso esta garantía cubrirá el deterioro por el lapso del tiempo o por el inadecuado uso de la obra.

**FACTOR DE CALIDAD – Cuadrilla – Trabajo adicional – Alcance – Número máximo para ofertar**

El «Documento Tipo» define las cuadrillas como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo que requiera el proyecto de infraestructura de trabajo, la cual deberá ser de cinco (5) obreros. Además, la cuadrilla que ofrezca el oferente debe cumplir las condiciones previstas por la entidad en el pliego. De esta forma, las cuadrillas que ofrezcan los oferentes deben realizar las actividades por el tiempo requerido por la Administración. Sin embargo, no es necesario que defina el tipo, sino sólo el número de cuadrillas que vinculará.

En todo caso, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en un deber contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

Bogotá D.C., **26/05/2020 Hora 15:26:58s**

**N° Radicado: 2202013000004155**

Señora

**María Juliana Pérez**

Ciudad

 **Concepto C – 276 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad –Mantenimiento Adicional – Liquidación / FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento adicional – Obligación contractual / FACTOR DE CALIDAD – Garantía adicional – Aseguradora / FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento Adicional – Desgaste natural de la obra / FACTOR DE CALIDAD – Cuadrilla de Trabajo adicional – Alcance – Número máximo para ofertar |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000002554 |

Estimada señora Pérez,

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de abril de 2020.

1. **Problemas planteados**

Respecto a los Documentos Tipo Versión 2, usted realiza las siguientes preguntas: i) «Con respecto al factor de calidad respecto a mantenimientos adicionales, estos mantenimientos podrán ser ofrecidos en la etapa siguiente a la liquidación?», ii) «Como debería ser incluida esta obligación de mantenimiento en el contrato de obra?», iii) «Si se pueden ofrecer por un tiempo superior a la etapa de liquidación, que herramienta tiene la administración o entidad para hacerlos velar, ya que una vez liquidado el contrato no aplican multas ni sanciones?», iv) «En cuanto a la garantía extendida, es necesaria que esté respaldada por una aseguradora?», v) «Cualquier tipo de deterioro de la obra durante el término de la garantía deberá ser asumido por el contratista, o aquellas obras que ya por el tiempo tenga su desgaste natural no podrán ser requeridos como garantía?» y, finalmente, vi) «Con respecto a las cuadrillas adicionales, que se considerara una cuadrilla, y el oferente al hacer su ofrecimiento debe especificar que tipo de cuadrillas adicionales va a vincular? Puede un oferente presentar 200 cuadrillas adicionales, claramente este oferente ganaría el proceso de selección que participe, pues el ofrecimiento desproporcionado con la formula asignada para este puntaje le daría una ventaja significativa a los otros oferentes?».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados se estudiarán las características principales de los factores de calidad que fueron incluidos en los Documentos Tipo de Licitación de Obra Pública de Infraestructura de Transporte – Versión 2.

En relación con el «Factor de Calidad», es preciso aclarar que los Documentos Tipo conservan los tres (3) factores existentes en la Versión 1 de licitación pública, e incluyen como nuevas opciones que podrá exigir la Entidad para su acreditación: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista.

Frente a los nuevos factores, los Documentos señalan que «De acuerdo con las características del objeto a contratar y con el principio de proporcionalidad y razonabilidad la Entidad debe elegir una o varias de las opciones previstas para otorgar el puntaje del factor de calidad». En este sentido, la entidad debe valorar, frente a su necesidad y a los principios mencionados, si este factor resulta pertinente para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada y, en todo caso, únicamente podrá exigir la acreditación de máximo tres de ellos, lo cual conserva el límite establecido en la Versión 1 de los Documentos.

Adicionalmente, esta Versión 2 conserva el puntaje establecido para el factor de calidad en la Versión 1, de modo que no se alteró el total de 19 puntos que puede otorgar la entidad por su acreditación. A continuación, se explicará cada uno de estos factores.

**2.1 Mantenimiento adicional**

El «Factor de Calidad – Mantenimiento adicional» tiene como objeto mejorar la calidad de la obra, ya que se garantiza un mantenimiento rutinario, situación que otorga beneficios a las entidades y a la ciudadanía en cuanto a la durabilidad de las condiciones de la infraestructura de transporte. Ahora, el proponente ofertará el número de meses durante los cuales se compromete a realizar por su propia cuenta y riesgo las labores de mantenimiento rutinario de la obra construida. El término ofertado será contado a partir de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato. Además, es importante señalar que las labores ofrecidas corresponden a los mantenimientos rutinarios que no guarden relación con la estabilidad de las obras, y la entidad determinará la forma para llevar a cabo el seguimiento de las labores ofertadas durante la ejecución del contrato.

 Ahora, usted pregunta: ¿este factor de calidad podría ofrecerse después de la liquidación? Como se mencionó previamente, el término ofertado del «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato, es decir, no es posible que se realice después de aquella.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública se pronunció en relación con el alcance de la liquidación en el Concepto CU-028 del 25 de febrero de 2020, explicando que es el ajuste de cuentas donde las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio[[1]](#footnote-1).

Conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, deben liquidarse los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y, en general, los demás que lo requieran. En ese contexto, cuando se alude al acta de liquidación, se hace referencia al documento que materializa los acuerdos a los que, de manera bilateral, llegaron las partes en la liquidación del contrato, el cual, según el artículo referido, debe contener «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo[[2]](#footnote-2).

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres tipos de liquidación: i) bilateral, ii) unilateral y iii) judicial. En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial[[3]](#footnote-3), debe hacerse en el término que estipulen las partes o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro meses; y el documento que la contiene presta mérito ejecutivo. La segunda, se debe practicar dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes[[4]](#footnote-4), o ante el silencio de estas de los cuatro meses para realizar la liquidación bilateral, sin que ésta se efectúe[[5]](#footnote-5); y el acto administrativo que la contiene es susceptible del recurso de reposición. La tercera la realiza el juez contencioso administrativo dentro de un proceso judicial de controversias contractuales. Además, la jurisprudencia explica que para iniciar la liquidación es necesario que finalice el contrato, ya sea por el vencimiento del plazo fijado o por cualquier otra causa. De esta forma, la liquidación únicamente procede una vez terminada la relación contractual. No en vano:

Se tiene en cuenta como uno de los supuestos de hecho de la procedencia de la liquidación de común acuerdo cuando no hay previsión contractual del término, la de realizarla "a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato" (art. 60), de lo cual infiere la Sala que la finalización del contrato es tratada por la ley como un presupuesto previo para la procedencia de esta primera etapa de la liquidación y, por contera, de las subsiguientes, de tal manera que mal podría empezar a correr el termino para dicha liquidación si no se ha producido la finalización del contrato, de acuerdo con los términos pactados, ya sea por concluir su ejecución, por el vencimiento del plazo fijado o por cualquier otra causa[[6]](#footnote-6).

 El numeral 4.2.6 del «Documento Base» dispone que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» contará a partir de la terminación de las obras objeto del Proceso de Contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato. En este sentido, no es posible que este mantenimiento se ofrezca durante o después de la liquidación, ya que se debe realizar en la ejecución del contrato. Una vez finalizado el plazo ofrecido de «Mantenimiento adicional» será posible liquidarlo.

 Por otro lado, usted pregunta: ¿cómo debería incluirse esta obligación de mantenimiento en el contrato de obra? En razón a que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato, esta obligación debe ser parte de las obligaciones previstas en el «Anexo 5- Minuta del Contrato». Para estos efectos, en la «Cláusula 9. OBLIGACIONES GENERALES» la entidad tiene la opción de seleccionar algunas de las obligaciones, combinarlas, eliminar o incluir las que considere convenientes. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública incluye la siguiente obligación: «Acreditar el cumplimiento del factor de calidad ofrecido durante la fase de selección en los plazos acordados con la Entidad». De esta forma, se garantiza que el ofrecimiento en relación con el «Mantenimiento adicional» se cumpla, so pena de las sanciones que se impongan por incumplimiento contractual. Por lo demás, en la cláusula anteriormente mencionada, la entidad tiene la autonomía para agregar nuevas obligaciones relacionadas con los «Factores de Calidad» dependiendo de cuales se incluyan en cada caso, con el fin de garantizar el cumplimiento de los ofrecimientos realizados por el proponente. En este sentido, las entidades incluirán las obligaciones que considere pertinentes y adecuadas para verificar el cumplimiento de los «Factores de Calidad».

 Finalmente, pregunta si en el caso que se pueda ofrecer el «Mantenimiento adicional» por un tiempo superior a la etapa de liquidación, ¿qué herramienta tiene la administración o entidad para hacerlo valer, ya que una vez liquidado el contrato no aplican multas ni sanciones? Como se explicó previamente, el ofrecimiento relacionado con el «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución, y por tanto este ofrecimiento no es efectivo después de la liquidación del contrato. De esta forma, no es posible hacer efectivas las multas o sanciones durante la liquidación del contrato para garantizar el mantenimiento adicional, sin embargo, la entidad sí las impondrá durante la ejecución del contrato para conminar al contratista al cumplimiento de ofrecimientos hechos en relación con el factor de calidad.

 La Ley 1150 de 2007, en el artículo 17, establece que en virtud al derecho al debido proceso y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tienen la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones[[7]](#footnote-7). En esta medida, en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «cláusula 15. Multas», numeral 7 se prevé que se impondrá una multa por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor de calidad. Así se indicó en los siguientes términos:

 CLÁUSULA 15. MULTAS

[…]

Si durante la ejecución del Contrato se generaran incumplimientos del Contratista, se causarán las siguientes multas:

[…]

7. Por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor calidad, al Contratista se le impondrá una multa equivalente al [0,5%] del valor del contrato, [por cada día calendario de atraso en el cumplimiento de dicha obligación].

 En este sentido, en el caso que el oferente resulte adjudicatario del proceso de contratación, y en consecuencia celebre el contrato estatal con la entidad estatal, los ofrecimientos realizados en relación con los factores de calidad mencionados se deben cumplir, so pena que se impongan sanciones (multa o clausula penal) por un incumplimiento contractual.

 De este modo, la entidad en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato» determina el valor de la multa en el evento que se incumplan con los ofrecimientos realizados en el factor de calidad. La imposición de multas tiene fundamento el artículo 1602 del Código Civil al señalar que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y, no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales[[8]](#footnote-8). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de Calidad» y resulta adjudicatario del Proceso de Contratación, su ofrecimiento se convierte en ley para las partes y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento, so pena de las sanciones que se impongan al contratista.

De este modo, las entidades impondrán las multas o sanciones en los casos que se demuestre que el contratista está incumpliendo los ofrecimientos del factor de calidad durante la ejecución del contrato, no obstante, será imposible imponerlas durante la liquidación del contrato.

**2.2 Garantía suplementaria**

La «Garantía Suplementaria o Adicional» es aquella otorgada por el contratista, distinta a la legal, cuando amplíe o mejore gratuitamente la cobertura de esta, asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente concederá la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente como ocurre con la garantía comercial que se otorga sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo.

La Ley 1480 de 2011, en el artículo 13, señala que los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. Asimismo, señala que también podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía[[9]](#footnote-9). De este modo, la normativa también ha definido a las garantías suplementarias como aquellas que ofrecen los productores o proveedores de un bien o servicio, por el término adicional al previsto en la garantía legal.

De esta manera, para el otorgamiento del puntaje por concepto de la «Garantía suplementaria o adicional» no es necesario que la sea otorgada por una aseguradora, sino que bastará la garantía comercial que ofrezca el propio contratista, ya sea el proveedor o el fabricante del bien o servicio.

Por otro lado, en los Documentos Tipo se reconoce que la «garantía adicional o suplementaria» está asociada a la estabilidad y calidad de la obra. Y el proponente ofertará la vigencia de la garantía adicional a partir del vencimiento del plazo del Amparo de Estabilidad y Calidad de la Obra. En virtud del Decreto 1082 de 2015 este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción[[10]](#footnote-10).

En este sentido, la «Garantía adicional o suplementaria», por ser un amparo asociado a la estabilidad y calidad de la obra, cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier daño o deterioro, imputables al contratista, sufridos por la obra entregada. Este amparo adicional empieza después del plazo previsto para la garantía de estabilidad y calidad de la obra, que en todo caso no puede ser inferior a cinco (5) años[[11]](#footnote-11) contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra.

Ahora, usted pregunta: ¿cualquier tipo de deterioro de la obra durante el término de la garantía deberá ser asumido por el contratista, o aquellas obras que ya por el tiempo tenga su desgaste natural no podrán ser requeridos como garantía? De acuerdo con la jurisprudencia, la garantía de calidad y estabilidad de la obra se hace efectiva cuando la obra presenta deterioros que impidan su uso adecuado, o que la misma ha perdido condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista, no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por el uso inadecuado. En esta medida, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

Tratándose de un contrato de obra, deberá responder de la estabilidad de los trabajos de construcción, mantenimiento, adecuación, etc., realizados sobre el inmueble, es decir, que durante el término del contrato o en subsidio el previsto en la ley, la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio. Cabe advertir que el saneamiento no cubre el deterioro que se produzca naturalmente por su uso normal, o por una indebida utilización de los mismos[[12]](#footnote-12).

 Finalmente, la entidad otorgará el puntaje que se determine para este factor de acuerdo con el número de meses que el proponente ofrezca como vigencia de la garantía adicional. En efecto, este criterio de asignación de puntaje tiene por objeto que las entidades estatales cuenten con una cobertura adicional a la prevista para la estabilidad y calidad de la obra por un término adicional, situación que incide en la idoneidad y mejora de condiciones de la obra. De este modo, el ofrecimiento que realice el proponente respecto al número de meses que otorgará como garantía adicional dependerá de las capacidades del mismo.

**2.3 Cuadrillas de trabajo adicional**

El «Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional» tiene por objeto otorgar puntaje al Proponente que se comprometa a ofertar y vincular a la obra cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo propio. Por cuadrilla se entiende el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo que requiera el proyecto de infraestructura de trabajo, la cual deberá ser de cinco (5) obreros. Asimismo, este ofrecimiento será a costo y riesgo del contratista durante la ejecución del contrato y no podrá ser objeto de cobro alguno a la entidad.

De igual manera, es importante señalar que la Administración definirá en el «Documento Base» las actividades y el tiempo que se necesitará para las cuadrillas de trabajo adicional. Con el fin de reducir la discrecionalidad de la entidad y fortalecer las ventajas que este factor supone para la calidad de la obra, la entidad otorgará el puntaje fijado para este criterio de acuerdo con el número de cuadrillas que el proponente se comprometa a incorporar durante la ejecución, según su capacidad. Lo anterior, en la medida que el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional trae beneficios en la reducción de tiempo para la entidad que se evidencia, por ejemplo, en una disminución de los plazos y en la atención oportuna de contingencias durante la ejecución del contrato

Ahora usted pregunta: ¿qué es una cuadrilla?, ¿en la propuesta debe indicarse qué tipo de cuadrillas adicionales vinculará el oferente? Tal y cómo se mencionó anteriormente, en el Documento Tipo se define las cuadrillas como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo que requiera el proyecto de infraestructura de trabajo, la cual deberá ser de cinco (5) obreros.

Además, la cuadrilla ofrecida debe cumplir las condiciones previstas por la entidad en el «Documento Base». De esta forma, las cuadrillas que ofrezcan los oferentes deben realizar las actividades por el tiempo requerido por la Entidad. Sin embargo, no es necesario que defina el tipo, sino sólo el número de cuadrillas que vinculará.

 Finalmente, usted pregunta: ¿puede un oferente presentar 200 cuadrillas adicionales, claramente este oferente ganaría el proceso de selección que participe, pues el ofrecimiento desproporcionado con la formula asignada para este puntaje le daría una ventaja significativa a los otros oferentes? Al respecto, el otorgamiento del puntaje en este factor de calidad depende del ofrecimiento que realice cada proponente en sus ofertas de acuerdo con sus capacidades. En este sentido, el mayor puntaje lo recibirá aquel oferente que ofrezca mayor número de cuadrillas de trabajo adicional. En otras palabras, la entidad no puede definir cuántos miembros de la cuadrilla de trabajo adicional se necesitan, sino que depende del proponente definir el número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento e incrementa las condiciones de calidad para la entidad.

 Ahora, en caso de que el oferente resulte adjudicatario del contrato deberá cumplir el ofrecimiento realizado, so pena de las sanciones procedentes. Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en un deber contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

**3. Respuestas**

i) «¿Con respecto al factor de calidad respecto a mantenimientos adicionales, estos mantenimientos podrán ser ofrecidos en la etapa siguiente a la liquidación?».

En el «Documento Base» se indica que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» contará a partir de la terminación de las obras objeto del Proceso de Contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato. En este sentido, no es posible que este mantenimiento sea ofrecido durante o después de la liquidación, ya que se debe realizar durante la ejecución del contrato. Una vez finalizado el plazo ofrecido de «Mantenimiento adicional» será posible liquidarlo.

ii) «Cómo debería ser incluida esta obligación de mantenimiento en el contrato de obra?».

En razón a que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato, forma parte de las obligaciones previstas en el «Anexo 5- Minuta del Contrato». En la «Cláusula 9. OBLIGACIONES GENERALES» la entidad puede seleccionar algunas de las obligaciones, combinarlas, eliminar o incluir las que considere convenientes. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública incluye la siguiente obligación: «Acreditar el cumplimiento del factor de calidad ofrecido durante la fase de selección en los plazos acordados con la Entidad». De esta forma, se garantiza que el ofrecimiento en relación con el «Mantenimiento adicional» se cumpla, so pena de las sanciones contractuales procedentes.

iii) «Si se pueden ofrecer por un tiempo superior a la etapa de liquidación, que herramienta tiene la administración o entidad para hacerlos velar, ya que una vez liquidado el contrato no aplican multas ni sanciones».

El ofrecimiento relacionado con el «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución, y por lo tanto no es efectivo después de la liquidación del contrato. De esta forma, la Entidad para acreditar el cumplimiento de esta obligación tiene la facultad de imponer multas, siempre y cuando hayan sido pactadas en el contrato.

De este modo, las entidades impondrán las multas o sanciones en los casos que se demuestre que el contratista está incumpliendo los ofrecimientos del factor de calidad durante la ejecución del contrato, no obstante, será imposible imponerlas en la etapa de liquidación.

iv) «¿En cuanto a la garantía extendida, es necesaria que esté respaldada por una aseguradora?».

La «Garantía Suplementaria o Adicional» es aquella otorgada por el contratista, distinta a la legal, cuando amplíe o mejore gratuitamente la cobertura de esta, asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente concederá la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente como ocurre con la garantía comercial que se otorga sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo.

v) «¿Cualquier tipo de deterioro de la obra durante el término de la garantía deberá ser asumido por el contratista, o aquellas obras que ya por el tiempo tenga su desgaste natural no podrán ser requeridos como garantía?».

Conforme a lo explicado anteriormente, la garantía de calidad y estabilidad de la obra se hace efectiva cuando la obra presenta deterioros que impidan su uso adecuado, o que la misma ha perdido condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista, no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por el uso inadecuado. En ningún caso esta garantía cubrirá el deterioro por el lapso del tiempo o por el inadecuado uso de la obra.

vi) «¿Con respecto a las cuadrillas adicionales, que se considerara una cuadrilla, y el oferente al hacer su ofrecimiento debe especificar que (sic) tipo de cuadrillas adicionales va a vincular? Puede un oferente presentar 200 cuadrillas adicionales, claramente este oferente ganaría el proceso de selección que participe, pues el ofrecimiento desproporcionado con la formula asignada para este puntaje le daría una ventaja significativa a los otros oferentes?».

El «Documento Tipo» define las cuadrillas como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo que requiera el proyecto de infraestructura de trabajo, la cual deberá ser de cinco (5) obreros. Además, la cuadrilla que ofrezca el oferente debe cumplir las condiciones previstas por la entidad en el pliego. De esta forma, las cuadrillas que ofrezcan los oferentes deben realizar las actividades por el tiempo requerido por la Administración. Sin embargo, no es necesario que defina el tipo, sino sólo el número de cuadrillas que vinculará.

 En todo caso, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en un deber contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez Aldana Analista T 2 Grado 6 |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subgerencia de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 27.777. C.P. Enrique Gil Botero. Allí se explicó lo siguiente: «[…] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. […]

»En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo». [↑](#footnote-ref-2)
3. Conviene recordar que es válida la liquidación bilateral parcial, debido a que las partes no logran ponerse de acuerdo en todos los asuntos referentes al contrato. En este evento, se debe hacer uso de las glosas o salvedades, y únicamente sobre tal glosa o salvedad girará el debate judicial que se da con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-3)
4. Es importante advertir que también durante estos dos meses se podrá realizar una liquidación bilateral, esto es, de mutuo acuerdo, lo cual significa que el plazo para hacer la liquidación bilateral no es un término perentorio, sino sencillamente indicativo. [↑](#footnote-ref-4)
5. No hay que esperar a que culmine el plazo para liquidar bilateralmente si se materializan los supuestos de hecho contenidos en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según los cuales si «[…] el contratista no se present(a) a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes […]». [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de marzo de 2000. Exp. 1.254. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

»En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

»Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-7)
8. Código Civil: «Artículo 1602. Los Contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 1480 de 2011: «Artículo 13. Garantías suplementarias. Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. En este último caso se deberá obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte. También podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía». [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[…]

»Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.14. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra. Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato

«La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato». [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2016. Exp. 50.907. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-12)