**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Garantía adicional – Necesidad de Aseguradora**

El proponente puede conceder la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente, como garantía comercial que se da 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.

En pocas palabras, para el otorgamiento del puntaje por «Garantía suplementaria o adicional» no es necesario que la garantía sea otorgada por una aseguradora; sino bastará la garantía comercial que ofrezca el propio contratista.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Garantía adicional – Naturaleza**

[…] la «Garantía adicional o suplementaria» al ser un amparo relacionado con 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, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada. Este amparo adicional empieza a regir 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 contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. En esta medida, no se extiende a otro tipo de amparos

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar**

El «Documento Tipo» no dispone un límite sobre el tiempo de la garantía adicional, distinta a la legal. Los proponentes también pueden ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional para el proyecto, o establecer el plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del procedimiento de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación 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».

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Cuadrilla – Trabajo Adicional – Definición Anexo Técnico**

En el Documento Tipo se define como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo, la cual deberá ser de 5 obreros. En este sentido, no es necesario incluir una nueva definición en el Anexo Técnico; ya que según el tipo de obra de Infraestructura de Transporte y por las labores propias a realizar se entienden las condiciones de dicha cuadrilla, por lo cual, no es sujeto de establecimiento de perfiles, ya que se encuentra en función de una unidad de trabajo compuesta de 5 obreros para tal fin.

Por otro lado, en razón a que las cuadrillas de trabajo adicional están por cuenta propia del contratista, si se definen en el «Anexo 1– Anexo Técnico» se obligaría al proponente que contará con ese personal de manera obligatoria para ser acreedor de dicho puntaje, limitando de esta manera la capacidad de elaboración de la propuesta por parte del oferente. De esta forma, se recuerda que las cuadrillas de trabajo adicional son entendidas en el marco del tipo de Infraestructura de Transporte que se ejecuta

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Visita de obra – Proponentes plurales**

De acuerdo con la información del «Documento Base o Pliego Tipo» la acreditación de la visita de obra por parte de los proponentes plurales: i) bastará que uno (1) de los futuros integrantes sea el que realice la visita y ii) no es necesario que asista el representante legal de la persona jurídica o la persona natural miembro del proponente plural, ya que bastará la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple suscrita por alguno de ellos.

De esta forma no se requiere que al momento de asistir a la visita de la obra ya esté conformado el consorcio o unión temporal, simplemente la persona que asista debe indicar que actúa en nombre de uno de los integrantes del proponente plural. En este sentido, en el caso que uno de los integrantes asista a la visita de la obra, se podrá conformar el consorcio o la unión temporal con cualquier persona que no haya asistido a la visita de la obra.

**DOCUMENTOS TIPO – Resolución 080 de 2020 – Suspensión Visita de Obra y Garantías adicionales**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – CCE, expidió la Resolución No. 080 de 2020, a través de la cual, suspende los numerales 3.6 – Visita al sitio de la obra y 4.2.4 – Garantías suplementarias o adicionales, de los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de Transporte – Versión 2 y de Selección Abreviada de menor cuantía de infraestructura de Transporte.

En este orden de ideas, las Entidades no podrán exigir estos «Factores de Calidad» en los Procesos de Contratación mientas se encuentran suspendidos estos numerales en los Documentos Tipo de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte Versión 2 y en los procesos de Selección abreviada de infraestructura de transporte.

**SUBSANABILIDAD – Circunstancias posteriores – Cierre del proceso**

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» nos lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Acreditación – Capacidad organizacional**

Es importante señalar que la forma para acreditar la capacidad organizacional depende de quien presente la oferta. En el caso de los proponentes nacionales o extranjeros con domicilio o sucursal en Colombia acreditan su capacidad organizacional con la información contenida en el RUP vigente y en firme, y, por lo tanto, no debe presentar el certificado de antecedentes disciplinarios de la Junta de Contador de quien realiza la conversión de la moneda.

Por otro lado, el proponente extranjero que no tiene domicilio o sucursal en Colombia, en razón a que debe entregar el balance general y estado de resultado integral, sí es necesario presentar la tarjeta profesional del Contador Público o Revisor Fiscal de quien aprobó los estados financieros y, además entregar el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Junta Central de Contadores de quien realiza la conversión de la moneda. En este sentido, se presentará el certificado de antecedentes disciplinarios del del Contador Público o Revisor Fiscal que realizó la conversión de la moneda al momento del cierre del proceso y no quien firmó el estado de situación financiera (balance general) y estado de resultado integral (estado de resultados).

Bogotá D.C., **26/05/2020 Hora 16:59:1s**

 **N° Radicado: 2202013000004162**

Señor

**Santiago Andrés Sánchez**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C ─ 277 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Garantía adicional – Necesidad de Aseguradora / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Garantía adicional – Naturaleza / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Cuadrilla de Trabajo Adicional – Definición – Anexo Técnico / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Visita de obra – Proponentes plurales DOCUMENTOS TIPO- Resolución 080 de 2020 – Suspensión Visita de Obra y Garantías adicionales/ SUBSANABILIDAD – Circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Acreditación capacidad organizacional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000002546 |

Estimado señor Sánchez,

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 8 de abril de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «Para el puntaje adicional por una mayor garantía, esta debe ser otorgada por una aseguradora al momento de la firma del contrato?», ii) «Esta garantía es únicamente por estabilidad?», iii) «Se puede ofrecer 20 años de garantía extendida?, iv) «La entidad puede rechazar eliminar un puntaje por ofrecimientos exagerados, ejemplo: 100 años de mantenimiento o 100 cuadrillas adicionales?», v) «Para el factor de calidad por concepto de cuadrillas adicionales, como se definiría una cuadrilla, debe la entidad definirlas en el anexo técnico?», vi) «Para el caso de las visita obligatoria, ¿cómo se debe realizar por parte de los proponentes plurales? ¿Puede una empresa que realizó la visita consorciarse con alguien que no realizó la visita? Se debe realizar la visita a nombre del consorcio y los integrantes deben estar definidos al momento de la visita?», vii) «De acuerdo a la ley 1882, al momento de subsanar los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre: Cámara y comercio, RUP, antecedentes de los contadores, Copnia, etc?» y finalmente, viii) «Para acreditar la capacidad organizacional, si la información financiera es de tiempo atrás (3 años), se deben presentar antecedentes del contador de la época de la firma de los documentos».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados se estudiará en primer lugar, 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 segundo lugar, se explicará cómo se adelantará la visita obligatoria por parte de los proponentes plurales, en tercer lugar, se explicará el régimen de subsanabilidad que no se pueden acreditar circunstancias con posterioridad al cierre, y finalmente, se explicará la forma para acreditar la capacidad organizacional en los «Documentos Tipo», y en los casos que es necesario presentar el certificado de antecedentes del contador.

* 1. **Factor de calidad: Documentos Tipo – Versión 2**

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 ca. A continuación, se explicará cada uno de estos factores.

**i. 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[[1]](#footnote-2). 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[[2]](#footnote-3).

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[[3]](#footnote-4) contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra.

Asimismo, se establece que la entidad otorgará el puntaje que 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 oferente del número de meses que otorgará como garantía adicional dependerá de las capacidades del oferente.

**ii. 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: ¿la Entidad debe definir las cuadrillas adicionales en el Anexo 1 – Anexo Técnico? Como se mencionó, en el «Documento Tipo» se define como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo, la cual deberá ser de 5 obreros. En este sentido no es necesario incluir una nueva definición en el anexo técnico, ya que –según el tipo de obra de infraestructura de transporte y por las labores propias a realizar– se entienden las condiciones de dicha cuadrilla. Por otro lado, dado que las cuadrillas de trabajo adicional están por cuenta del contratista, si se definen en el «Anexo 1– Anexo Técnico» se obligaría al proponente que contará con ese personal de manera obligatoria para ser acreedor de dicho puntaje, limitando de esta manera la capacidad de elaboración de la propuesta por parte del oferente. De esta forma, se recuerda que las cuadrillas de trabajo adicional son entendidas en el marco del tipo de Infraestructura de Transporte a ejecutarse.

**iii. 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.

* 1. **Visita al sitio de la obra**

En el «Documento Base o Pliego Tipo» se incluyó la visita de la obra como potestativa de la entidad, quien de acuerdo con la complejidad del objeto contractual evalúa si se realiza y si la asistencia es obligatoria para los proponentes. De requerirla, la entidad lo justificará en los estudios previos, ajustándose a lo previsto en los «Documentos Tipo», donde se establecen reglas para su realización, mediante las cuales se evita su utilización para prácticas indebidas.

Sobre la capacidad de exigir la visita al sitio de la obra en los pliegos de condiciones como requisito para presentar la oferta, el Consejo de Estado –en Sentencia del 5 de junio de 2008– se pronunció sobre su legalidad. Señaló que esta exigencia garantiza la consistencia económica de las ofertas, así como la cumplida ejecución del objeto contractual y, por lo tanto, es posible incluirla en los pliegos de condiciones. Además, explicó que es una medida idónea, necesaria y ponderada para la estructuración de las ofertas por parte de los proponentes[[4]](#footnote-5).Por su parte, en Sentencia del 28 de junio de 2019, el Consejo de Estado reconoció que la visita tiene como propósito que los oferentes conozcan el lugar físico donde el contrato se ejecutará, razón por la cual:

[…] no sólo tiene trascendencia durante el procedimiento precontractual, sino que incide en las etapas ulteriores a este, a tal punto que, si el contratista desde esta etapa conocía de las situaciones que presentaba el terreno en donde se construiría la obra o se prestaría el servicio resulta improcedente cualquier reclamación posterior fundada en situaciones de las que, con la visita realizada al sitio de las obras, debía estar informado[[5]](#footnote-6).

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia reconoce la importancia de visitar la obra y la capacidad de las entidades de exigirla como requisito habilitante en los pliegos de condiciones, pues permite que los proponentes conozcan e inspeccionen la zona para investigar la disponibilidad de los materiales de construcción, mano de obra, transporte y las fuentes de abastecimiento de materiales para su explotación y elaboración de agregados, lo cual permite que cuenten con mejor información sobre sus capacidades reales para ejecutar la obra.

Pese a lo anterior, no es posible establecer condiciones arbitrarias al exigir la visita de la obra. Por ejemplo, en Sentencia del 14 de febrero de 2018, el Consejo de Estado considera irrazonable que solo la pueda realizar el representante legal de la persona jurídica, por ser una medida desproporcionada que limita la posibilidad de que actúe a través de un mandatario. De esta forma, explica que si bien la vista de la obra garantiza la presentación de ofertas idóneas, en ningún caso se podrá utilizar para descalificar una propuesta por exigir que deba realizarla el representante legal de la persona jurídica[[6]](#footnote-7).

Con fundamento en lo anterior, la exigencia de la visita al sitio de la obra es viable y útil siempre que se fijen reglas claras y proporcionales que eviten el direccionamiento de los contratos. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia y los órganos de control, atendiendo a las preocupaciones expresadas por la ciudadanía, estableció las siguientes reglas en la segunda versión de los «Documentos Tipo» para evitar un uso desproporcionado e irracional de este requisito:

i) La entidad incluirá este requisito cuando en los estudios previos se justifique su necesidad.

ii) Desde la publicación del «proyecto de pliego» de condiciones se define si es obligatorio o no asistir a la visita, lo cual significa que no es posible incluirla a partir del «pliego definitivo».

iii) Se exige con el propósito de que los proponentes realicen todas las evaluaciones y estimaciones necesarias para presentar la oferta, sobre la base de un examen cuidadoso, de manera tal que tengan en cuenta el cálculo de los aspectos económicos del proyecto, incluyendo todos los costos directos e indirectos que implique cumplir el contrato, con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo, de acuerdo con su estimación y distribución, la entidad establecerá en el cronograma del proceso la fecha y hora para realizar la visita al sitio de la obra.

iv) No es necesario que quien asista sea el representante legal de la persona jurídica o la persona natural que presentará la oferta, por lo que se podrá encomendar la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple, suscrita por alguno de aquellos, sin necesidad de autenticaciones o presentación personal ante notario.

v) Cuando la oferta la presente un proponente plural, la visita debe realizarla al menos uno (1) de los futuros integrantes. En estos casos tampoco es necesario que asista el representante legal de la persona jurídica o la persona natural miembro del proponente plural, por lo que podrá encomendar la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple suscrita por alguno de aquellos, sin necesidad de autenticaciones o presentaciones personales ante notario.

vi) Al momento de establecer la fecha y hora de la visita deberá considerar que: i) no es posible modificar la fecha de la visita al sitio de la obra, salvo por razones de fuerza mayor o caso fortuito; ii) cuando extraordinariamente se cambie, la decisión se adoptará con mínimo un día hábil de antelación a la fecha que se va a modificar, y la visita se reprogramará para una fecha mínimo 7 días hábiles después de la programada inicialmente; y iii) la entidad garantizará las condiciones de seguridad al momento de visitar la zona.

 Ahora usted pregunta: «Para el caso de la vista obligatoria, ¿cómo se debe realizar por parte de los proponentes plurales? ¿Puede una empresa que realizó la visita consorciarse con alguien que no realizó la visita? ¿Se debe realizar la visita a nombre del consorcio y los integrantes deben estar definidos al momento de la visita?»

 De acuerdo con la información del «Documento Base o Pliego Tipo» la acreditación de la visita de obra por parte de los proponentes plurales: i) bastará que uno (1) de los futuros integrantes sea el que realice la visita y ii) no es necesario que asista el representante legal de la persona jurídica o la persona natural miembro del proponente plural, ya que bastará la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple suscrita por alguno de ellos.

 De esta forma no se requiere que al momento de asistir a la visita de la obra ya esté conformado el consorcio o unión temporal, simplemente la persona que asista debe indicar que actúa en nombre de uno de los integrantes del proponente plural. En este sentido, en el caso que uno de los integrantes asista a la visita de la obra, se podrá conformar el consorcio o la unión temporal con cualquier persona que no haya asistido a la visita de la obra.

* 1. **Resolución 080 de 2020: suspensión de visita de la obra y garantías adicionales o complementarias**

Explicado el alcance de la visita de la obra y las garantías adicionales o complementarias de los documentos tipo de licitación pública de obra de infraestructura de transporte – Versión 2, es importante señalar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución No. 080 del 27 de marzo de 2020, a través de la cual, suspenden los numerales 3.6 –visita al sitio de la obra– y 4.2.4 –garantías suplementarias o adicionales– de los «Documentos Tipo» para los procedimientos de licitación y selección abreviada del menor cuantía. Esta medida durará mientras el Presidente de la República conserva la medida de aislamiento preventivo obligatorio, sin perjuicio del estudio económico que pueda hacer la Agencia Nacional de Contratación Pública al impacto negativo que sufra el mercado de obras de infraestructura, para extender esta medida más allá de la declaratoria de la pandemia. Esta resolución se expidió con motivo a la pandemia del Coronavirus que está enfrentando el país estos últimos meses, y por la restricción de los desplazamientos aéreos y terrestres, generándose así mayores costos y dificultades para las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas de construcción de infraestructura. En este orden de ideas, las Entidades no podrán exigir «factores de calidad» ni «visitas al sitio de la obra» en los procesos de contratación mientas se encuentran suspendidos estos numerales en los «Documentos Tipo».

* 1. **Regla de Subsanabilidad en los Procedimientos de Selección**

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad. De igual forma, en los conceptos con radicados No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019 reiteró el desarrollo normativo y jurisprudencial para subsanar los errores de los documentos presentados en la oferta. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación:

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental.

En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «necesarios para la comparación de propuestas». De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7[[7]](#footnote-8), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[[8]](#footnote-9), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si, al verificar la Administración, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[9]](#footnote-10).

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

(... )

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Como puede observarse, esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse y, iii) introduce modificaciones en relación con cuatro aspectos que se analizarán a continuación.

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[10]](#footnote-11); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: «deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección».

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; segunda, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para decirles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que, una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la más ajustada a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.

Así pues, la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que, una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Lo anterior nos ofrece dos aspectos que merecen clarificación; primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[11]](#footnote-12), que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha[[12]](#footnote-13).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» nos lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar -la autorización de la junta- ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[[13]](#footnote-14); iii) si un oferente no anexó el Certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe antes del cierre del proceso[[14]](#footnote-15); iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana -sin importar que tenga fecha posterior- debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba -usualmente un documento- lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta [...] lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[15]](#footnote-16). En tal sentido, esta Subdirección en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección.

Esta tesis fue reiterada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado 4201912000008198, en el que indicó que las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditara experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que «[…] el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso», pero que «Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta».

Una reiteración de la postura de esta Subdirección, según la cual la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento, se encuentra en los conceptos: *2201913000008048* del 28 de octubre de 2019 –que indicó que no era posible, so pretexto de subsanar, modificar el porcentaje de participación en un consorcio o unión temporal, porque esto comportaba cambiar la oferta, acreditando circunstancias posteriores al cierre–; *2201913000008850* del 29 de noviembre de 2019 –en el que sostuvo que un proponente podría subsanar la experiencia, en tanto requisito habilitante, o sea, que no otorgara puntaje, aportando nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se probara una experiencia que no se tenía antes del cierre–; *2201913000009373* del 17 de diciembre de 2019 –en el cual se expresó que la carta de conformación de un consorcio es un documento subsanable, bajo la condición de que el documento aportado permita constatar que el consorcio se conformó antes del vencimiento del término para la presentación de las propuestas–; *2201913000008049* del 28 de octubre de 2019 –en el que se iteró que no es posible variar el porcentaje de participación en una unión temporal, porque implicaría una modificación de la oferta y la acreditación de un aspecto que es posterior al cierre del procedimiento de selección–.

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un *ítem* que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

**2.5.** **Acreditación de la capacidad organizacional**

Finalmente, usted pregunta: ¿para acreditar la capacidad organizacional, si la información financiera es de tiempo atrás (3 años), se deben presentar antecedentes del contador de la época de la firma de los documentos? Para desarrollar el problema planteado, se explicará la forma en como el «Documento Tipo» determina la forma para acreditar la capacidad organizacional de los proponentes.

 La Versión 2 de los «Documento Base» para los procedimientos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte indica que para la acreditación de la capacidad organizacional se verifica si el oferente es: i) nacional o extranjero con domicilio o sucursal en Colombia o ii) extranjero persona natural o jurídica que no tiene domicilio o sucursal en el país.

 Las personas naturales o jurídicas nacionales y extranjeras con domicilio o sucursal en Colombia se verifica la evaluación financiera y organizacional de las propuestas, a partir de la información contenida en el RUP vigente y en firme. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado No. 4201912000004669 y No. 4202013000000064, estudió el RUP y sus características. La tesis desarrollada se expone a continuación.

El Registro Único de Proponentes, como instrumento en el que consta la información relacionada con las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, con el fin de que puedan participar en los procedimientos de contratación realizados por las entidades estatales, tiene por objeto contemplar en un único documento lo relativo a la capacidad jurídica, técnica, financiera y organizacional de los posibles proponentes. El Consejo de Estado definió la naturaleza y finalidad del RUP de la siguiente forma:

El Registro de Proponentes es un registro de creación legal en el cual se inscriben las personas naturales o jurídicas que aspiran a celebrar con entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles. Tiene como finalidad suministrar la información necesaria de un contratista inscrito, en lo relacionado con su experiencia, capacidad jurídica, capacidad técnica, capacidad de organización y capacidad financiera. En los términos del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar dichos contratos con las entidades estatales, deberán inscribirse en el Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas según lo dispuesto en esta norma[[16]](#footnote-17).

La Ley 1150 de 2007, en el numeral 6.1 del artículo 6, al determinar las características aplicables al RUP, establece que el Registro Único de Proponentes es plena prueba de la información que contiene[[17]](#footnote-18). Por su parte, el artículo 5.1, al fijar los criterios que deben tener en cuenta las entidades estatales para garantizar la selección objetiva, dispone que las Cámaras de Comercio harán la verificación de la información suministrada por las personas naturales o jurídicas para la inscripción en el Registro, información que debe ser tenida en cuenta por las entidades en los procedimientos de contratación en los que es exigible el RUP[[18]](#footnote-19).

De esta forma, la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes deberán ser verificadas exclusivamente a través del Registro Único de Proponentes, pues de acuerdo con lo expuesto, este documento es plena prueba de la información financiera, de experiencia y de capacidad acreditada por la persona natural o jurídica; y así también lo confirmó el Consejo de Estado[[19]](#footnote-20).

En los Documentos Tipo, en el numeral 3.10.1 se reguló que los proponentes nacionales o con domicilio o sucursal en Colombia acreditan la evaluación financiera y organizacional con la información contenida en el RUP vigente y en firme:

La evaluación financiera y organizacional de las propuestas se efectuará a partir de la información contenida en el RUP vigente y en firme, con información financiera de fecha de corte a [fecha de corte para la verificación]. Para personas jurídicas constituidas en el año en que se adelanta el Proceso de Contratación, la evaluación financiera y organizacional de las propuestas, se efectuará a partir de la información contenida en el Registro Único de Proponentes (RUP) vigente y en firme. Las personas jurídicas extranjeras con sucursal en Colombia deberán justificar y acreditar que la legislación propia del país de origen establece una fecha de corte diferente a la prevista en este pliego.

No obstante, el RUP no es exigible en algunos procedimientos de contratación, como en la contratación directa, la mínima cuantía, la prestación de servicios de salud, enajenación de bienes del Estado, la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos en bolsas de productos, los contratos de concesión y los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que tengan por objeto el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, razón por la cual las entidades estatales deben verificar directamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes[[20]](#footnote-21). Asimismo, tampoco es exigible a los proponentes extranjeros que no tienen domicilio o sucursal en Colombia.

 Determinado que los proponentes extranjeros que no tienen sucursal o domicilio en Colombia no están obligadas a presentar el RUP, el «Documento Base», en el numeral 3.10.2, indica que estos oferentes deben presentar los valores en: i) pesos colombianos, ii) convertirse a la tasa de cambio de la fecha de corte de los mismos y iii) estar avalados con la firma de quien se encuentre en obligación de hacerlo de acuerdo con la normativa del país de origen.

 Además, indica que presentarán la siguiente información: i) el estado de situación financiera (balance general) y estado de resultado integral (estado de resultados), acompañados por el informe de auditoría (sí aplica de acuerdo con la legislación de origen), ii) copia de la tarjeta profesional del Contador Público o Revisor Fiscal y certificado de antecedentes disciplinarios vigente expedido por la Junta Central de Contadores de quien realiza la conversión y, finalmente, iii) la presentación del «Formato 4 – Capacidad financiera y organizacional para extranjeros» diligenciado .

 En caso de presentarse discrepancias entre la información consignada en el «Formato 4 – Capacidad financiera y organizacional para extranjeros» y los documentos señalados en el Literal A del numeral 3.10.2 del «Documento Base», prevalecerá la información consignada en los estados financieros incluidos en la oferta.

Por su parte, usted pregunta: ¿para acreditar la capacidad organizacional, si la información financiera es de tiempo atrás (3 años), se deben presentar antecedentes del contador de la época de la firma de los documentos? Para responder su inquietud, es importante señalar que la forma para acreditar la capacidad organizacional depende de quien presente la oferta.

En el caso de los proponentes nacionales o extranjeros con domicilio o sucursal en Colombia acreditan su capacidad organizacional con la información contenida en el RUP vigente y en firme, y, por lo tanto, no debe presentar el certificado de antecedentes disciplinarios de la Junta de Contador de quien realiza la conversión de la moneda.

Por otro lado, el proponente extranjero que no tiene domicilio o sucursal en Colombia, en razón a que debe entregar el balance general y estado de resultado integral, sí es necesario presentar la tarjeta profesional del Contador Público o Revisor Fiscal de quien aprobó los estados financieros y, además entregar el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Junta Central de Contadores de quien realiza la conversión de la moneda. En este sentido, se presentará el certificado de antecedentes disciplinarios del Contador Público o Revisor Fiscal que realizó la conversión de la moneda al momento del cierre del proceso y no quien firmó el estado de situación financiera –balance general– y estado de resultado integral –estado de resultados–.

**3. Respuestas**

i) «Para el puntaje adicional por una mayor garantía, esta debe ser otorgada por una aseguradora al momento de la firma del contrato?».

El proponente puede conceder la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente, como garantía comercial que se da 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.

En pocas palabras, para el otorgamiento del puntaje por «Garantía suplementaria o adicional» no es necesario que la garantía sea otorgada por una aseguradora; sino bastará la garantía comercial que ofrezca el propio contratista.

 ii) «Esta garantía es únicamente por estabilidad?».

Conforme al numeral 4.2.4 de los «Documentos Base», la «Garantía adicional o suplementaria» al ser un amparo relacionado con 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, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada. Este amparo adicional empieza a regir 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 contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra[[21]](#footnote-22). En esta medida, no se extiende a otro tipo de amparos.

iii) «Se puede ofrecer 20 años de garantía extendida?, iv) «La entidad puede rechazar eliminar un puntaje por ofrecimientos exagerados, ejemplo: 100 años de mantenimiento o 100 cuadrillas adicionales?».

El artículo 19 de la Ley 1755 de 2015 señala que las peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las a las respuestas anteriores, así se determinó en los siguientes términos: «Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane». En razón a que estas dos consultas ya fueron respondidas con el Radicado No. 4202013000002545, Concepto C-278 del 26 de mayo de 2020, se remite esta respuesta a lo previamente contestado en este Radicado.

 El «Documento Tipo» no dispone un límite sobre el tiempo de la garantía adicional, distinta a la legal. Los proponentes también pueden ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional para el proyecto, o establecer el plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del procedimiento de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación 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».

v) «Para el factor de calidad por concepto de cuadrillas adicionales, como se definiría una cuadrilla, debe la entidad definirlas en el anexo técnico?».

En el Documento Tipo se define como el personal obrero adicional para un frente o unidad de trabajo, la cual deberá ser de 5 obreros. En este sentido, no es necesario incluir una nueva definición en el Anexo Técnico; ya que según el tipo de obra de Infraestructura de Transporte y por las labores propias a realizar se entienden las condiciones de dicha cuadrilla, por lo cual, no es sujeto de establecimiento de perfiles, ya que se encuentra en función de una unidad de trabajo compuesta de 5 obreros para tal fin.

Por otro lado, en razón a que las cuadrillas de trabajo adicional están por cuenta propia del contratista, si se definen en el «Anexo 1– Anexo Técnico» se obligaría al proponente que contará con ese personal de manera obligatoria para ser acreedor de dicho puntaje, limitando de esta manera la capacidad de elaboración de la propuesta por parte del oferente. De esta forma, se recuerda que las cuadrillas de trabajo adicional son entendidas en el marco del tipo de Infraestructura de Transporte que se ejecuta.

vi) «Para el caso de la visita obligatoria, ¿cómo se debe realizar por parte de los proponentes plurales? ¿Puede una empresa que realizó la visita consorciarse con alguien que no realizó la visita? ¿Se debe realizar la visita a nombre del consorcio y los integrantes deben estar definidos al momento de la visita?».

De acuerdo con la información del «Documento Base o Pliego Tipo» la acreditación de la visita de obra por parte de los proponentes plurales: i) bastará que uno (1) de los futuros integrantes sea el que realice la visita y ii) no es necesario que asista el representante legal de la persona jurídica o la persona natural miembro del proponente plural, ya que bastará la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple suscrita por alguno de ellos.

 De esta forma no se requiere que al momento de asistir a la visita de la obra ya esté conformado el consorcio o unión temporal, simplemente la persona que asista debe indicar que actúa en nombre de uno de los integrantes del proponente plural. En este sentido, en el caso que uno de los integrantes asista a la visita de la obra, se podrá conformar el consorcio o la unión temporal con cualquier persona que no haya asistido a la visita de la obra.

vii) «De acuerdo a la ley 1882, al momento de subsanar los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre: Cámara y comercio, RUP, antecedentes de los contadores, Copnia, etc.?».

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» nos lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

viii) «Para acreditar la capacidad organizacional, si la información financiera es de tiempo atrás (3 años), se deben presentar antecedentes del contador de la época de la firma de los documentos».

Es importante señalar que la forma para acreditar la capacidad organizacional depende de quien presente la oferta. En el caso de los proponentes nacionales o extranjeros con domicilio o sucursal en Colombia acreditan su capacidad organizacional con la información contenida en el RUP vigente y en firme, y, por lo tanto, no debe presentar el certificado de antecedentes disciplinarios de la Junta de Contador de quien realiza la conversión de la moneda.

Por otro lado, el proponente extranjero que no tiene domicilio o sucursal en Colombia, en razón a que debe entregar el balance general y estado de resultado integral, sí es necesario presentar la tarjeta profesional del Contador Público o Revisor Fiscal de quien aprobó los estados financieros y, además entregar el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Junta Central de Contadores de quien realiza la conversión de la moneda. En este sentido, se presentará el certificado de antecedentes disciplinarios del del Contador Público o Revisor Fiscal que realizó la conversión de la moneda al momento del cierre del proceso y no quien firmó el estado de situación financiera (balance general) y estado de resultado integral (estado de resultados).

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

|

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Sara Milena Núñez AldanaAnalista T 2 Grado 06 |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-2)
2. 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-3)
3. 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-4)
4. En esta medida, la jurisprudencia explica que: «[…] la previsión en torno a la visita a la zona de las obras, […] constituye en una exigencia razonable enderezada a garantizar la consistencia técnica y económica de las ofertas, así como la cumplida ejecución del objeto contractual, con lo cual no se trata de una imposición carente de toda justificación jurídicamente atendible no infringe, por tanto, el principio de interdicción de la arbitrariedad, tampoco resulta desproporcionada es una alternativa idónea, necesaria y ponderada en aras de la consecución de la finalidad propuesta y, habida cuenta de que impone, con carácter general, una carga a los particulares, carga que se orienta a una finalidad constitucional y legalmente prevista, de superior entidad, resulta plenamente razonable» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Expediente No. 8431. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de junio de 2019. Expediente No. 42.326. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de febrero de 2018. Expediente No. 37.485. C.P. Ramiro Pazos Guerrero [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas 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. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán se solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-11)
11. Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO). «Artículo. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la [Ley 1150 de 2007](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2007/L1150de2007.htm) y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso».

 [↑](#footnote-ref-12)
12. «Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que ‘se cierra el proceso’ con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar» (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina). [↑](#footnote-ref-13)
13. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-16)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 6 de junio de 2013. Radicado No. 25151. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes.

[…]

»6.1. […]

»El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

»No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.

[…]». [↑](#footnote-ref-18)
18. Ley 1150 de 2007: «Artículo 5. De la selección objetiva.

[…]

»1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

[…]». [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Radicado No. 31.753. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez: «El certificado del Registro Único de Proponentes se erigió como “plena prueba” de las circunstancias sometidas al mismo, además de que se estableció que en el procedimiento de contratación no se pueden solicitar de nuevo los mismos documentos verificados por las Cámaras de Comercio según se observa de la disposición contenida en el artículo 5º de la Ley 1150». [↑](#footnote-ref-20)
20. Ley 1150 de 2007: «Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes.

[...]

»No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[...]». [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)