**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad – Información – Corchetes – Resaltado gris**

[…] la regla general frente la aplicación del «Documento Base» es su inalterabilidad, y no podrá incluirse o modificarse las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación. En todo caso, si el objeto contractual incluye bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, la entidad podrá incluir experiencia adicional; y, además, cuando el pliego tipo de forma expresa lo incluya, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris.

**ANEXO 5 – Minuta del contrato ­­‒ Alcance**

[…] indicaciones que deberán ser tenidas en cuenta por la entidad al momento de diligenciar el «Anexo 5 – Minuta del Contrato»:

a. «La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento», es decir, que minuta se diligencia como mínimo en lo que respecta a las cláusulas mencionadas en el contenido del anexo ‒25 cláusulas–.

b. «Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo», es decir, además de los presupuestos mínimos que debe contener y las condiciones inmodificables de la minuta, la entidad podrá adicionar otras diferentes respetando el contenido de los documentos tipo y sus estipulaciones, siempre que respondan a las necesidades propias de la ejecución del contrato.

 c. «En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar». De acuerdo a lo anterior, algunas cláusulas del «Anexo 5 ‒ Minuta del contrato» tienen un mayor grado de modificabilidad o alterabilidad que permiten, a discrecionalidad de la entidad, estipular algunas condiciones, que de acuerdo a sus necesidades y a la estructuración del negocio, permitan el cumplimiento del objeto contractual. De esta forma, teniendo en cuenta la información incluida entre corchetes y sombrada en gris, en los casos que las cláusulas contengan opciones para la entidad, ésta definirá si acoge alguna de las dispuestas, las modifica o estipula algo totalmente diferente a las opciones presentadas, siempre que lo dispuesto no contravenga las estipulaciones inalterables e inmodificables del documento tipo.

**DOCUMENTOS TIPO – Anexo 5 – Minuta del contrato ­‒ Alterabilidad –­ Cláusula 8 ‒ Forma de pago**

En esta medida, en cumplimiento de los pliegos tipo de licitación pública de obra de infraestructura de transporte versión 2, la entidad únicamente debe estipular la forma de pago, el plazo, los documentos requeridos y si se incluyó o no el pago anticipado, sin que para ello sea obligatorio establecer como forma de pago alguna de las opciones presentadas en el anexo 5, pues la el documento tipo permite la combinación de estas, o el establecimiento de una cláusula con estructura y condiciones diferentes a las propuestas.

Bogotá D.C**., 26/05/2020 Hora 17:20:22s**

**N° Radicado: 2202013000004169**

Señor

**Gustavo Elías Hincapié**

Quibdó, Choco

 **Concepto C ─ 289 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DOCUMENTOS TIPO ─ Inalterabilidad ─ Información en corchetes y resaltado gris / ANEXO 5 – MINUTA DEL CONTRATO ─ Alcance / DOCUMENTOS TIPO – ANEXO 5 – MINUTA DEL CONTRATO ‒ Alterabilidad Cláusula 8 ‒ Forma de pago |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000002691 |

Estimado señor Hincapié,

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 15 de abril de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «De acuerdo a la versión 2 de los pliegos Tipo para infraestructura de transporte (Resolución 45 del 14 de febrero de 2020), en el ítem forma de pago se enumeran 3 opciones, ahora bien frente a la última opción […] ¿Se puede estipular un porcentaje de avance para poder efectuar el primer pago? […]».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública estudió el tema de la inalterabilidad de los «Documentos Tipo» en los conceptos C ‒ 009 del 14 de enero 2020, C ─ 022 del 20 de enero de 2020 y C ― 036 del 7 de febrero de 2020, en donde sostuvo la idea que se reitera a continuación:

El artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 342 de 2019, donde se adoptan los «Documentos Tipo» para los procedimientos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte, dispone que las entidades contratantes no podrán incluir o modificar las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los mismos[[1]](#footnote-1).

Por su parte, la parte introductoria de los «Documentos Tipo» dispone que los aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris deben ser diligenciados por la entidad. Por tanto, en cada acápite que esté resaltado en gris, la entidad tiene discrecionalidad para determinar la información que se diligenciará en ellos, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones que precise el pliego.

Además, el artículo 2.2.1.2.6.1.5 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el Decreto 342 de 2019, prevé los eventos en los que el objeto contractual incluye bienes o servicios adicionales a la obra pública de infraestructura de transporte. En este caso, la entidad estatal puede complementar experiencia adicional para evaluar la idoneidad respecto de los bienes o servicios ajenos a la obra pública. No obstante, se deberán seguir los siguientes parámetros: i) demostrar en los estudios previos que ha verificado las condiciones de mercado para la adquisición de los bienes o servicios adicionales al componente de obra pública, de tal forma que la experiencia adicional garantiza la pluralidad de oferentes, ii) conservar los requisitos exigidos en los «Documentos Tipo», iii) abstenerse de pedir experiencia exclusiva con entidades estatales, experiencia previa en un territorio específico, limitada en el tiempo o que incluya volúmenes o cantidades de obra específica, iv) clasificar la experiencia requerida solo hasta el tercer nivel del Clasificador de Bienes y Servicios e incluir exclusivamente los códigos que estén relacionados directamente con el objeto a contratar.

Conforme a lo anterior, la regla general frente la aplicación del «Documento Base» es su inalterabilidad, y no podrá incluirse o modificarse las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación. En todo caso, si el objeto contractual incluye bienes o servicios ajenos a la obra pública de infraestructura de transporte, la entidad podrá incluir experiencia adicional; y, además, cuando el pliego tipo de forma expresa lo incluya, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris.

Ahora, el párrafo inicial del «Anexo 5 – Minuta del Contrato», compuesto por 25 cláusulas incluida la forma de pago –cláusula 8–, dispone lo siguiente:

La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento. Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo. En todo caso, las condiciones adicionales deberán obedecer a las necesidades de ejecución del contrato, definidas por la Entidad. En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar.

Así, dicho párrafo establece diversas indicaciones que deberán ser tenidas en cuenta por la entidad al momento de diligenciar el «Anexo 5 – Minuta del Contrato»:

1. «La Entidad debe incluir el contenido mínimo del presente Documento», es decir, que minuta se diligencia como mínimo en lo que respecta a las cláusulas mencionadas en el contenido del anexo ‒25 cláusulas–.
2. «Podrá incluir condiciones adicionales que no contradigan lo dispuesto en el presente Anexo», es decir, además de los presupuestos mínimos que debe contener y las condiciones inmodificables de la minuta, la entidad podrá adicionar otras diferentes respetando el contenido de los documentos tipo y sus estipulaciones, siempre que respondan a las necesidades propias de la ejecución del contrato.
3. «En algunas cláusulas la Entidad podrá escoger entre algunas opciones de cláusula, podrá combinar opciones o podrá construir su propia cláusula, esto se indicará de manera clara cuando a ello haya lugar». De acuerdo a lo anterior, algunas cláusulas del «Anexo 5 ‒ Minuta del contrato» tienen un mayor grado de modificabilidad o alterabilidad que permiten, a discrecionalidad de la entidad, estipular algunas condiciones, que de acuerdo a sus necesidades y a la estructuración del negocio, permitan el cumplimiento del objeto contractual. De esta forma, teniendo en cuenta la información incluida entre corchetes y sombrada en gris, en los casos que las cláusulas contengan opciones para la entidad, ésta definirá si acoge alguna de las dispuestas, las modifica o estipula algo totalmente diferente a las opciones presentadas, siempre que lo dispuesto no contravenga las estipulaciones inalterables e inmodificables del documento tipo.

Ahora bien, la «Cláusula 8. Forma de pago» tiene por objeto establecer las condiciones a las que está sometido el contratista para que la entidad estatal cancele el valor del contrato. Dicha cláusula contiene tres opciones: la opción uno, sometida al porcentaje de avance mensual; la opción dos, existiendo anticipo, sometida a pagos mensuales en relación con la cantidad de obra ejecutada; y la opción tres, sometida a la entrega y recibo a satisfacción de hitos o unidades funcionales del proyecto.

A su vez, la cláusula contiene aspectos incluidos en corchetes y resaltado gris que disponen la libertad para la entidad de seleccionar la opción que considere más conveniente o de adicionar o establecer supuestos y/o condiciones diferentes para cancelar el valor del contrato. De esta manera, la cláusula 8 del «Anexo 5 – Minuta del Contrato» dispone lo siguiente:

La Entidad podrá escoger alguna de las siguientes formas de pago o configurar la que considere conveniente para cancelar el valor del contrato al Contratista. Incluir descripción de forma de pago, incluyendo todos los documentos y plazos para el mismo, incluyendo el pago anticipado del contrato, en caso de que se haya pactado

[…]

La Entidad debe escoger alguna de las formas de pago anteriores, o podrá configurar la que considere conveniente.

En esta medida, en cumplimiento de los pliegos tipo de licitación pública de obra de infraestructura de transporte versión 2, la entidad únicamente debe estipular la forma de pago, el plazo, los documentos requeridos y si se incluyó o no el pago anticipado, sin que para ello sea obligatorio establecer como forma de pago alguna de las opciones presentadas en el anexo 5, pues la el documento tipo permite la combinación de estas, o el establecimiento de una cláusula con estructura y condiciones diferentes a las propuestas.

**3. Respuestas.**

«De acuerdo a la versión 2 de los pliegos Tipo para infraestructura de transporte (Resolución 45 del 14 de febrero de 2020), en el ítem forma de pago se enumeran 3 opciones, ahora bien frente a la última opción […] ¿Se puede estipular un porcentaje de avance para poder efectuar el primer pago? […]».

La «Cláusula 8 ‒ Forma de Pago» del «Anexo 5 ‒ Minuta del contrato» es una cláusula cuyo contenido permite el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En esa medida, dado la entidad puede establecer las condiciones que considere necesarias, siempre que sean proporcionales, adecuadas y convenientes, la entidad podrá usar cualquiera de las opciones dispuestas en el documento tipo, crear una diferente o modificar en parte cualquiera de las opciones. Por lo tanto, de acuerdo a la hipótesis planteada y siempre que lo considere conveniente, la entidad puede estipular un porcentaje de avance para efectuar el primer pago.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Decreto 342 de 2019: «Artículo 2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo». [↑](#footnote-ref-1)