CCE-DES-FM-17

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

[…] el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de meses adicionales de garantía adicional, el número de cuadrillas de trabajo adicional, o finalmente, definir el término por el cual realiza las labores de mantenimiento rutinario de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

**FACTOR DE CALIDAD – Documento Tipo – Justificación de escogencia – Discrecionalidad – Pliego de condiciones**

[…] lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y en el numeral 4.2 del Documento Tipo, parecen conducir al peticionario a un entendimiento según el cual la validez de los factores de calidad incluidos en el pliego de condiciones está condicionada a una necesaria relación de correspondencia con la justificación que de los mismos se haga en los estudios previos, por lo que solo sería posible otorgar puntaje a los factores que fueron justificados en los estudios y documentos previos, en detrimento de los eventuales ofrecimientos de los referidos factores de calidad aquí abordados.// Sin embargo, esta Agencia considera que lo anterior no corresponde a un adecuado entendimiento de las normas que rigen la contratación pública, en la medida que suponen que los procedimientos contractuales quedan petrificados a partir del contenido de los estudios y documentos previos, imposibilitando que las entidades los modifiquen en el pliego de condiciones definitivo, desconociendo posibilidades de modificación que explícitamente regula la normativa vigente, como las procedentes con ocasión de las observaciones presentadas por los interesados, reguladas en el artículo 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015, además de la posibilidad de realizar adendas o de la discrecionalidad en la configuración del pliego de condiciones que les asiste a las entidades estatales para garantizar el interés general, potestad que las habilita para incluir en pliego de condiciones modificaciones respecto de lo inicialmente referido en los estudios y documentos previos.

Bogotá D.C., **18/05/2020 Hora 11:15:20s**

**N° Radicado: 2202013000003788**

Señora

**Eliana Patricia Sarmiento**

Tunja

**Concepto C – 294 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar / FACTOR DE CALIDAD — Documento Tipo — Justificación de escogencia — Discrecionalidad — Pliego de condiciones |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000002797 |

Estimada señora Sarmiento,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 17 de abril de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas relacionadas con «el factor de calidad» de los Documento Tipo de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte – Versión 2: i) «Respecto a los criterios GARANTÍA SUPLEMENTARIA, CUADRILLAS DE TRABAJO ADICIONAL, Y MANTENIMIENTO ADICIONAL, teniendo en cuenta que la puntuación a otorgar al oferente está sujeta a una fórmula de ponderación teniendo como un referente un tiempo máximo ofertado, número máximo de cuadrillas ofertado y tiempo máximo ofertado respectivamente, solicito amablemente sea aclarado si las entidades están en la obligación de poner un techo máximo a estos criterios, dado que por ejemplo en el caso de las cuadrillas podría pasar que si no se tiene un techo, algún oferente irresponsablemente oferte por ejemplo 100 cuadrillas para una obra que máximo necesite 15 cuadrillas, esto con el fin de obtener el mayor puntaje, situaciones en las cuales la entidad debe salvaguardar el buen desarrollo de la obra tanto técnica como económicamente», ii) «En caso de que la entidad no incluya dentro del estudio previo la justificación para incluir los factores técnicos de puntuación mencionados en el numeral anterior, es factible que se suprima automáticamente el puntaje a otorgar en el pliego por los mismos, esto teniendo en cuenta que puede que el tipo de obra no amerite la ejecución de estos parámetros y en el área de contratación se incluyan en el pliego sin tener el soporte técnico».

1. **Consideraciones**

En relación con el «factor de calidad», es preciso aclarar que los Documentos Tipo conservan los tres factores existentes en la Versión 1 de licitación pública, e incluyen como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: 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 es importante resaltar que 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, cuándo este factor resulta pertinente para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada, atendiendo a las particularidades de cada proyecto y, en todo caso, únicamente podrá exigir la acreditación de máximo tres de ellos, lo cual conserva el tope establecido en la Versión 1 de los Documentos.

Adicionalmente, esta versión de los Documentos Tipo conserva el puntaje establecido para el factor de calidad en la Versión 1, de modo que no se alteró el total de los 19 puntos que puede otorgar la entidad por este criterio de evaluación. A continuación, se explicará cada uno de estos factores.

La «Garantía Suplementaria o Adicional» es aquella que es otorgada por el contratista: i) distinta a la legal, ii) que amplía o mejore la cobertura de ésta, iii) de forma gratuita, iv) asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, 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.

Además, 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, además que atendiendo a la exigencia de este compromiso adicional, el contratista tenderá a ejecutar mejor el contrato, con el incentivo adicional de que no se haga efectiva la garantía en ese periodo extendido. El ofrecimiento que realice el oferente del número de meses que otorgará como garantía adicional dependerá de las capacidades del oferente.

Por su parte, 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 5 obreros. Asimismo, este ofrecimiento será a costo y riesgo del contratista durante la ejecución del contrato y no podrá ser objeto de cobro adicional alguno a la entidad.

De igual manera, es importante señalar que la entidad 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. Este factor de calidad trae beneficios para el adecuado cumplimiento del contrato, incidiendo en la reducción del tiempo de ejecución y previniendo atrasos, de manera que favorece la calidad de la ejecución, en tanto incide, entre otras cosas, en una disminución de los plazos y en la atención oportuna de las contingencias que surjan durante la ejecución del contrato.

Finalmente, 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.

Asimismo, es importante señalar que las labores ofrecidas corresponden a mantenimientos rutinarios que no estén relacionados con la estabilidad y calidad de las obras, y la entidad determinará la forma para llevar a cabo el seguimiento de las labores ofertadas durante la ejecución del contrato.

Conforme a lo anterior, el puntaje otorgado por estos tres factores de calidad depende del ofrecimiento que realice cada proponente en sus ofertas, de acuerdo con sus capacidades y competitividad. En este sentido, el mayor puntaje lo recibirá aquel oferente que ofrezca mayor tiempo de garantía adicional, el que ofrezca mayor número de cuadrillas de trabajo adicional y, finalmente, el que se comprometa a realizar durante un plazo mayor labores de mantenimiento rutinario después de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación.

En otras palabras, la entidad no puede fijar discrecionalmente un número de meses que den lugar a otorgar todo el puntaje o defina cuántas cuadrillas de trabajo adicional se necesitan, o los perfiles de los integrantes de la cuadrilla, sino que depende del proponente definir el tiempo y número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento, fomenta la competencia e incrementa las condiciones de calidad para la entidad.

Es importante mencionar que para otorgar el puntaje basta con diligenciar el «Formato 7D – Garantía Suplementaria o Adicional», «Formato 7E – Cuadrillas de trabajo adicional» o el «Formato 7F – Mantenimiento adicional», dependiendo de los criterios de evaluación seleccionados por la entidad. En efecto, al diligenciarlos el proponente indica bajo la gravedad de juramento cuál es el compromiso que asume, ya sea el tiempo de garantía adicional, el número de cuadrillas de trabajo adicional o el tiempo que realizará el mantenimiento rutinario.

Explicado que el puntaje otorgado por estos factores de calidad depende del ofrecimiento realizado por cada proponente, usted pregunta: si existe un número máximo para ofertar, y si es válido que un oferente ofrezca 120 meses de garantía adicional. Al respecto, es importante señalar que el Documento Tipo no limita al oferente frente a cuántos meses de garantía adicional, distinta a la legal, puede ofrecer, el número de cuadrillas de trabajo adicional que se compromete a otorgar al proyecto de contratación, o finalmente, establezca un plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Estos ofrecimientos dependen únicamente de las capacidades propias de cada oferente; ya que se realizará dependiendo de su infraestructura y capacidad financiera y la labor de análisis de las condiciones bajo las cuales presentará su propuesta, además que cumplir estos ofrecimientos constituye una obligación contractual, con todas las consecuencias que ello apareja, de manera que los proponentes ofertarán lo que puedan cumplir.

La Ley 1150 de 2007, en el artículo 17, establece que en virtud del derecho al debido proceso y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta tienen la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones[[1]](#footnote-2). En razón a lo anterior, en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «Cláusula 15. Multas», numeral 7, se prevé, como uno de los contenidos de las cláusulas que las entidades pueden incorporar en sus contratos, que se impondrá una multa por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor de calidad. Así se indicó en los siguientes términos:

**CLÁUSULA 15. MULTAS**

[…]

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

[…]

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

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

De este modo, la Entidad en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato» determina el valor de la multa en el evento que se incumplan los ofrecimientos realizados en el factor de calidad. La imposición de multas tiene fundamento el artículo 1602 del Código Civil al señalar que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y, no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales[[2]](#footnote-3). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de Calidad» y resulta adjudicatario del proceso de contratación, su ofrecimiento se convierte en ley para las partes y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento.

Asimismo, el artículo 1603 del Código Civil indica que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella. Es así como las partes, al comprometerse con su oferta a otorgar una garantía por un tiempo adicional, o destinar a la ejecución del contrato un número de cuadrillas de trabajo adicional, estos ofrecimientos se convierten en una obligación contractual, que se debe cumplir en la ejecución del contrato ajustada a la buena fe[[3]](#footnote-4).

Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de meses adicionales de garantía adicional, el número de cuadrillas de trabajo adicional, o finalmente, definir el término por el cual realiza las labores de mantenimiento rutinario de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

Por otro lado, es importante señalar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente 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 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 expide 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 el factor de calidad de «garantía suplementaria o adicional» 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.

Con relación al segundo interrogante planteado, es preciso aclarar que los factores que sirven a determinar la oferta más favorable para la entidad, como lo son el ofrecimiento de garantía suplementaría, mantenimiento rutinario y cuadrillas adicionales en procesos de licitación pública adelantados con los documentos tipo adoptados mediante la Resolución No 0045 de 2020, en principio, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015[[4]](#footnote-5), son aspectos que deben ser definidos en los estudios y documentos previos. A esto se suma el deber de justificar en dichos estudios la elección que hace la entidad, entre las diferentes posibilidades para otorgar el puntaje correspondiente al factor de calidad, establecida en el numeral 4.2 del Documento Tipo en los siguientes términos:

|  |  |
| --- | --- |
| **Concepto** | **Puntaje** |
| [La Entidad debe elegir una o algunas de las siguientes opciones, de acuerdo con la justificación consignada en el Estudio del Sector y Estudios y Documentos Previos:  (i) implementación del programa de gerencia de proyectos;  (ii) disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra;  (iii) presentación de un plan de calidad;  (iv) garantía suplementaria o adicional por cuenta del Contratista;  (v) cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del Contratista;  (vi) mantenimiento adicional] | 19 |
| Total | 19 |

En ese orden, lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y en el numeral 4.2 del Documento Tipo, parecen conducir al peticionario a un entendimiento según el cual la validez de los factores de calidad incluidos en el pliego de condiciones está condicionada a una necesaria relación de correspondencia con la justificación que de los mismos se haga en los estudios previos, por lo que solo sería posible otorgar puntaje a los factores que fueron justificados en los estudios y documentos previos, en detrimento de los eventuales ofrecimientos de los referidos factores de calidad aquí abordados.

Sin embargo, esta Agencia considera que lo anterior no corresponde a un adecuado entendimiento de las normas que rigen la contratación pública, en la medida que suponen que los procedimientos contractuales quedan petrificados a partir del contenido de los estudios y documentos previos, imposibilitando que las entidades los modifiquen en el pliego de condiciones definitivo, desconociendo posibilidades de modificación que explícitamente regula la normativa vigente, como las procedentes con ocasión de las observaciones presentadas por los interesados, reguladas en el artículo 2.2.1.1.2.1.4. del Decreto 1082 de 2015[[5]](#footnote-6), además de la posibilidad de realizar adendas[[6]](#footnote-7) o de la discrecionalidad en la configuración del pliego de condiciones que les asiste a las entidades estatales para garantizar el interés general, potestad que las habilita para incluir en pliego de condiciones modificaciones respecto de lo inicialmente referido en los estudios y documentos previos[[7]](#footnote-8).

En ese orden de ideas, a pesar de que el Documento Tipo adoptado por la Resolución No. 0045 de 2020, sugiere que los factores de calidad incluidos en el pliego de condiciones deben corresponder con la justificación que de su escogencia se hace en los estudios y documentos previos, tal deber de justificar no tiene el alcance de invalidar factores incluidos en pliego, o de imposibilitar a la entidad para otorgar el puntaje correspondiente a los proponentes que ofertaran estos últimos, en la medida que ello desconoce la discrecionalidad que en la configuración del pliego de condiciones ejercen las entidades, sin perjuicio de los deberes y mandatos impuestos por los principios de economía[[8]](#footnote-9) y de planeación, que obligan a las entidades a que con los análisis previos se establezcan las condiciones de viabilidad del proyecto a adelantar, su impacto social, económico y ambiental.

Esta interpretación, además, responde de mejor manera a la lógica de mercado en la que se encuentran inmersas las entidades estatales como compradoras de los bienes y servicios necesarios para garantizar el interés general, en el marco de la cual se precisa de cierta libertad para configurar las condiciones del respectivo negocio para acceder a precios más competitivos o mejor calidad de productos, lo cual se vería limitado en el evento de que la validez de las condiciones determinadas en el pliego de condiciones definitivo, estuvieran absolutamente condicionadas a las establecidas en los estudios y documentos previos.

1. **Respuestas**

i) «Respecto a los criterios GARANTÍA SUPLEMENTARIA, CUADRILLAS DE TRABAJO ADICIONAL, Y MANTENIMIENTO ADICIONAL, teniendo en cuenta que la puntuación a otorgar al oferente está sujeta a una fórmula de ponderación teniendo como un referente un tiempo máximo ofertado, número máximo de cuadrillas ofertado y tiempo máximo ofertado respectivamente, solicito amablemente sea aclarado si las entidades están en la obligación de poner un techo máximo a estos criterios, dado que por ejemplo en el caso de las cuadrillas podría pasar que si no se tiene un techo, algún oferente irresponsablemente oferte por ejemplo 100 cuadrillas para una obra que máximo necesite 15 cuadrillas, esto con el fin de obtener el mayor puntaje, situaciones en las cuales la entidad debe salvaguardar el buen desarrollo de la obra tanto técnica como económicamente».

El Documento Tipo no limita al oferente respecto a: cuántos meses de garantía adicional, distinta a la legal, puede ofrecer; el número de cuadrillas de trabajo adicional que se compromete a emplear en el proyecto; o un 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 Proceso de Contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las consecuencias asociadas a un incumplimiento contractual, entre otras cosas, la imposición de sanciones contractuales.

En ese sentido, tampoco existe un deber o una facultad de las entidades para establecer topes a estos factores, ya que esto es dejado por el Documento Tipo a la autonomía de los oferentes, en la medida que la razonabilidad de los ofrecimientos será producto de la libre competencia y de la capacidad de los participantes del proceso de selección para materializar lo ofertado una vez adjudicado el contrato.

ii) «En caso de que la entidad no incluya dentro del estudio previo la justificación para incluir los factores técnicos de puntuación mencionados en el numeral anterior, es factible que se suprima automáticamente el puntaje a otorgar en el pliego por los mismos, esto teniendo en cuenta que puede que el tipo de obra no amerite la ejecución de estos parámetros y en el área de contratación se incluyan en el pliego sin tener el soporte técnico».

No hay lugar a la supresión automática del puntaje correspondiente a los ofrecimientos de garantía adicional distinta a la legal, cuadrillas de trabajo adicional o mantenimiento rutinario adicional, por la no correspondencia con la justificación que conforme al numeral 4.2 del Documento Tipo se debe incluir en los documentos y estudios previos, ya que ello desconoce la discrecionalidad que hasta la configuración del pliego de condiciones asiste a las entidades estatales para establecer las condiciones del negocio, en el que como compradoras de bienes y servicios destinados a la satisfacción del interés general se ven involucradas. Además, la supresión automática desconocería el carácter vinculante de los pliegos de condiciones.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboraron: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

   »Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-2)
2. Código Civil: «Artículo 1602. Los Contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-3)
3. Código Civil. «Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella». [↑](#footnote-ref-4)
4. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos**.**Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

   »1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

   »2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

   »3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

   »4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

   »5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

   »6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

   »7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

   »8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

   »El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía».  [↑](#footnote-ref-5)
5. «Artículo 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos». [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

   »La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

   »La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación». [↑](#footnote-ref-7)
7. El Consejo de Estado se ha referido a estas facultades discrecionales en estos términos «[…]La vigencia y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se materializa, lógicamente, al configurar el pliego de condiciones, de manera que las entidades públicas tienen la posibilidad de establecer qué bien o servicio quieren contratar, y aunque no pueden escoger libremente al contratista pueden establecer las calidades que ese sujeto tendrá, cuyo nombre se desconoce; esto al menos en los contratos que requieren un procedimiento previo y objetivo de selección previo.

   »En este horizonte, las entidades —apoyadas en el principio de razonabilidad (6) —, tienen amplia libertad para configurar el negocio, lo que se plasma en el pliego de condiciones. Es así como las entidades, dentro de su amplia discrecionalidad, definen aspectos múltiples del futuro negocio, como el bien o servicio a contratar y el perfil de los sujetos que ofertarán, de acuerdo a razones de estricta conveniencia —pero no el capricho ni la arbitrariedad—; así que, por ejemplo, con base en dicha libertad deciden si un puente será de madera o de cemento, dependiendo de la necesidad.

   »Lo anterior no significa que los procedimientos de selección de contratistas sean totalmente discrecionales, sino que al fijar las condiciones del negocio ejercen tales facultades (7) . Por esta razón, como dicha actividad se concreta en los pliegos de condiciones, su configuración se armoniza con el principio de la autonomía de la voluntad, y de acuerdo a consideraciones de conveniencia, y también de legalidad, se materializa la libre configuración del negocio.

   »En los procedimientos contractuales esa gran libertad y discrecionalidad va hasta la configuración del negocio —que principalmente se concreta en los pliegos de condiciones—, pero una vez establecidas las reglas del negocio y su procesos de selección, el procedimiento que falta se vuelve reglado, y la entidad tiene la obligación de aplicar y respetar las condiciones que estableció, y que incluso se integran al futuro contrato. Es decir, para seleccionar al oferente y fijar las condiciones exigibles hay que sujetarse plenamente al pliego, porque para este momento la conveniencia del negocio y demás elementos que lo configuran, quedaron definidos, y ahora hay que aplicarlos». Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Exp. 25.341. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-8)
8. Articulo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio:

   […]

   »12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda

   »Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. […]». [↑](#footnote-ref-9)