**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – «Factor de calidad»**

El criterio de puntaje de «Factor de calidad», de acuerdo con el numeral 4.2. del Documento Base, se podrá evaluar con una o algunas de las siguientes opciones que las entidades tienen la posibilidad de elegir: i) la implementación del programa de gerencia de proyectos, ii) la disponibilidad y condiciones funcionales para la maquinaria de obra, iii) la 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 y vi) mantenimiento adicional. Por su parte, la entidad definirá el puntaje que se asignará a estos criterios, sin ser superior a 19 puntos, aun si se escogen varios criterios de los 6 establecidos como factor de calidad, sin que la entidad pueda establecer más de 3 criterios; y para que señale el tipo de proyecto según la obra a desarrollar mediante los Documentos Tipo.

**FACTOR DE CALIDAD – Sobre 1 – Apertura**

De esta manera, el «Factor de calidad» es un requisito puntuable que, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, está incluido en el sobre 1; y a pesar de que la normativa de contratación pública no regula su apertura, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única recomienda que se realice su apertura en presencia de los asistentes , momento en el cual la oferta en el sobre 1 es pública y los «interesados» en las ofertas recibidas pueden solicitar copia o consultarlas.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de calidad – Número máximo – Ofrecimientos**

[…] el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de meses 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 – Mantenimiento adicional – Liquidación del contrato**

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

Bogotá D.C., **30/06/2020**

**N° Radicado: 2202013000005568**

Señor

**Cristian Arengas Caro**

Ciudad

 **Concepto C – 352 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – «Factor de Calidad» / FACTOR DE CALIDAD – sobre 1 – apertura / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar / FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento adicional – Liquidación del contrato |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000003774 |

Estimado señor Arengas,

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 17 de mayo de 2020.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«[...]Es válido colocar dentro del sobre No. 2 de la propuesta, los factores de calidad que se ponderan entre los oferentes [...] En dado caso que no sea válido colocar dichos factores dentro del sobre No. 2 de la propuesta, ¿cómo podemos nosotros siendo oferentes de un proceso de contratación evitar ser víctima de fraude? [...]»

Respecto de las opciones del factor de calidad de garantía suplementaria o adicional, cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y mantenimiento adicional ¿Existe un límite al ofrecimiento o la entidad contratante debería establecerlo? y ¿La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente tuvo en cuenta que esas opciones de factor de calidad pueden ser utilizadas por la entidad contratante para manipular la ponderación y favorecer a algún oferente?

Respecto de la opción de factor de calidad de mantenimiento adicional, «[...]¿se puede entender que el contratista adjudicado a cualquier proceso de contratación de obra pública de Infraestructura de Transporte no puede liquidar y dar por terminado el contrato de obra sino hasta cuando haya transcurrido la totalidad de meses de mantenimiento que ofertó?[...]»

**2. Consideraciones**

**2.1. Acreditación del «Factor de calidad» en los Documentos Tipo**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000007341 del 9 de diciembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos con radicados No. C – 039 de 2020, C – 103 de 2020, C – 119 de 2020 y C - 145 de 2020, estudió el «Factor de calidad» en los Documentos Tipo versión 1 y versión 2. La tesis desarrollada se expone a continuación.

La Ley 1882 de 2018, en el artículo 1, señala que las ofertas deben estar conformadas por dos sobres: i) sobre 1: requisitos habilitantes y requisitos puntuables, diferentes a la oferta económica y ii) sobre 2: oferta económica[[1]](#footnote-1). Para el sobre 1 es aplicable lo relacionado con el «Factor de calidad» del Pliego Tipo, que en el «capítulo IV criterios de evaluación, asignación de puntaje y criterios de desempate» señala que la entidad calificará las ofertas que hayan cumplido con los requisitos habilitantes con los siguientes puntajes: i) oferta económica (70 puntos), ii) factor de calidad (19 puntos), iii) apoyo a la industria nacional (10 puntos) y iv) vinculación de personas con discapacidad (1 punto).

El criterio de puntaje de «Factor de calidad», de acuerdo con el numeral 4.2. del Documento Base, se podrá evaluar con una o algunas de las siguientes opciones que las entidades tienen la posibilidad de elegir: i) la implementación del programa de gerencia de proyectos, ii) la disponibilidad y condiciones funcionales para la maquinaria de obra, iii) la 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 y vi) mantenimiento adicional. Por su parte, la entidad definirá el puntaje que se asignará a estos criterios, sin ser superior a 19 puntos, aun si se escogen varios criterios de los 6 establecidos como factor de calidad, sin que la entidad pueda establecer más de 3 criterios; y para que señale el tipo de proyecto según la obra a desarrollar mediante los Documentos Tipo.

 De esta manera, el «Factor de calidad» es un requisito puntuable que, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, está incluido en el sobre 1; y a pesar de que la normativa de contratación pública no regula su apertura, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa Única recomienda que se realice su apertura en presencia de los asistentes[[2]](#footnote-2), momento en el cual la oferta en el sobre 1 es pública y los «interesados» en las ofertas recibidas pueden solicitar copia o consultarlas. Respecto del sobre 2, el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 señala el momento en que se debe dar su apertura:

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

El Documento Base, en el numeral 2.3., da cumplimiento a la ley reiterando lo señalado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 sobre el contenido de los sobres 1 y 2; y específicamente el numeral 2.3.2. dispone que el sobre 2 «contiene únicamente la oferta económica del Proponente». En ese sentido, el «Factor de calidad», al ser un requisito puntuable diferente al factor económico, debe acreditarse en el sobre 1, sin que pueda incluirse en el sobre 2, ya que por expresa disposición legal este contiene únicamente la oferta económica y no pueden agregarse documentos o criterios adicionales a dicho sobre.

A su vez, se debe tener en cuenta que la Ley 1882 de 2018 señala que la entidad debe publicar un primer informe de evaluación construido a partir del contenido del sobre 1 de las ofertas, relacionado con los requisitos habilitantes y los criterios ponderables diferentes a la oferta económica[[3]](#footnote-3), y en caso de que el proponente incluyera el «Factor de calidad» en el sobre 2 de la oferta económica, este no podría ser evaluado y el proponente no obtendría puntaje por dichos factores de asignación de puntaje, ya que el sobre 2 se mantiene cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, donde se da apertura y se otorga el puntaje únicamente a la oferta económica, sin tener en cuenta otros factores puntuables que se hayan incluido allí.

Además, se puede concluir que desde el momento en que los sobres 1 y 2, que contienen las ofertas presentadas en un procedimiento para contratar una obra pública de infraestructura de transporte, se abren son públicos, por lo que, a partir de ese momento, los «interesados» pueden conocer, consultar y solicitar copia de las propuestas recibidas, en cumplimiento de las normas aplicables, particularmente, el principio de transparencia regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-4). Para el sobre 1, la entidad debe dar apertura después de ocurrido el cierre del procedimiento, es decir, cuando se vence el plazo para presentar ofertas señalado en el pliego de condiciones. Para el sobre 2 que es la oferta económica, el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 establece que en la audiencia efectiva de adjudicación se dará apertura a este sobre y es público.

Por tanto, con la apertura del sobre 1 este es público, lo cual ocurre en presencia de los asistentes, de acuerdo con la recomendación de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente citada, y representa una garantía para los proponentes de conocer el contenido del sobre 1, principalmente de los requisitos puntuables como el «Factor de calidad», evitándose así que pueda ser manipulado o modificado porque es información pública y puede ser consultada en cualquier momento por los «interesados», según el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 citado.

Adicionalmente, el Documento Base de los Documentos Tipo establece que cuando el procedimiento de selección se adelante en SECOP I, «Una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura del Sobre No. 1 en presencia de los Proponentes o veedores que deseen asistir[...]», por lo cual existe una obligación para las entidades de abrir el sobre 1 en el «cierre del proceso».

**2.2. Opciones para asignar puntaje por el factor de calidad establecido en los pliegos tipo**

Para responder a sus interrogantes se reiteran las consideraciones expuestas en los conceptos C–294 del 18 de mayo de 2020, C–276 del 26 de mayo de 2020, C-277 del 26 de mayo de 2020, C-278 del 26 de mayo de 2020, C-380 del 1 de junio de 2020 y C-381 del 1 de junio de 2020, en los que se estudió la posibilidad de establecer topes a los ofrecimientos que se realicen con ocasión de los factores de calidad de garantía suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional. La tesis expuesta se reitera a continuación.

 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 otorgada por el contratista: i) distinta a la legal, ii) que amplía o mejora 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 – Cuadrillas 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, 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 procedimiento 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 terminar las obras objeto del procedimiento de contratación.

 En otras palabras, la entidad no puede fijar discrecionalmente un número de meses que den lugar a otorgar todo el puntaje por la garantía adicional o por el mantenimiento rutinario adicional, o definir 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, respectivamente, 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 por el 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 límite a esos ofrecimientos. 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, estas tienen la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones[[5]](#footnote-5). 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 de que el oferente resulte adjudicatario del procedimiento de selección, y en consecuencia celebre el contrato con la entidad estatal, los ofrecimientos realizados en relación con los factores de calidad mencionados se convierten en una obligación contractual y 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.

 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 en 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[[6]](#footnote-6). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de calidad» y resulta adjudicatario del procedimiento 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 los proponentes –futuros contratistas– al comprometerse con su oferta a otorgar una garantía por un tiempo adicional, destinar a la ejecución del contrato un número de cuadrillas de trabajo adicional o realizar un mantenimiento adicional, adquieren obligaciones adicionales que se debe cumplir en la ejecución del contrato ajustada a la buena fe[[7]](#footnote-7).

 Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de meses 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 mientras 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 a que las entidades pueden manipular y favorecer oferentes a través de estas opciones del factor de calidad, es preciso aclarar que los factores que sirven para determinar la oferta más favorable para la entidad, como lo son el ofrecimiento de garantía suplementaria, 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[[8]](#footnote-8), 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 |

**a) Mantenimiento adicional y liquidación del contrato**

Como se mencionó, para el «Factor de Calidad – Mantenimiento adicional», 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[[9]](#footnote-9). La entidad determinará la forma para llevar a cabo el seguimiento de las labores ofertadas durante la ejecución del contrato.

 Ahora, usted pregunta: ¿este factor de calidad impide la liquidación del contrato mientras transcurre el tiempo ofrecido de mantenimiento adicional? De acuerdo con lo anterior, el término ofertado del «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato, es decir, no es posible que se realice la liquidación final del contrato, ya que, debido al término de mantenimiento, el contrato continúa vigente y no ha finalizado su plazo de ejecución.

 La Agencia Nacional de Contratación Pública se pronunció en relación con el alcance de la liquidación en el Concepto CU-028 del 25 de febrero de 2020, explicando que es el ajuste de cuentas donde las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio[[10]](#footnote-10).

Conforme al artículo 60 de la Ley 80 de 1993, deben liquidarse los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y, en general, los demás que lo requieran. En ese contexto, cuando se alude al acta de liquidación, se hace referencia al documento que materializa los acuerdos a los que, de manera bilateral, llegan las partes en la liquidación del contrato, el cual, según el artículo referido, debe contener «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»[[11]](#footnote-11).

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, existen tres tipos de liquidación: i) bilateral, ii) unilateral y iii) judicial. En términos generales, la primera, que puede ser total o parcial[[12]](#footnote-12), debe hacerse en el término que estipulen las partes o, en su defecto, dentro del término supletivo de cuatro meses; y el documento que la contiene presta mérito ejecutivo. La segunda, se debe practicar dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término que acuerden las partes[[13]](#footnote-13), o ante el silencio de estas de los cuatro meses para realizar la liquidación bilateral, sin que ésta se efectúe[[14]](#footnote-14); y el acto administrativo que la contiene es susceptible del recurso de reposición. La tercera la realiza el juez contencioso administrativo dentro de un proceso de controversias contractuales. Además, la jurisprudencia explica que para iniciar la liquidación es necesario que finalice el contrato, ya sea por el vencimiento del plazo fijado o por cualquier otra causa. De esta forma, la liquidación únicamente procede una vez terminada la relación contractual. No en vano:

Se tiene en cuenta como uno de los supuestos de hecho de la procedencia de la liquidación de común acuerdo cuando no hay previsión contractual del término, la de realizarla «a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato» (art. 60), de lo cual infiere la Sala que la finalización del contrato es tratada por la ley como un presupuesto previo para la procedencia de esta primera etapa de la liquidación y, por contera, de las subsiguientes, de tal manera que mal podría empezar a correr el termino para dicha liquidación si no se ha producido la finalización del contrato, de acuerdo con los términos pactados, ya sea por concluir su ejecución, por el vencimiento del plazo fijado o por cualquier otra causa[[15]](#footnote-15).

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

 En conclusión, el ofrecimiento relacionado con el «Mantenimiento adicional» hace parte de la ejecución del contrato y, por tanto, la liquidación final solo se puede realizar una vez vencido dicho término. De esta forma, durante la ejecución del contrato es posible imponer las multas o sanciones contractuales para garantizar el mantenimiento adicional. De manera que, las entidades impondrán las multas o sanciones en los casos que se demuestre que el contratista incumple los ofrecimientos del factor de calidad durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que el contrato no se puede liquidar hasta que finalice el plazo de ejecución, lo cual incluye el término del mantenimiento adicional.

**3. Respuestas**

«[...]Es válido colocar dentro del sobre No. 2 de la propuesta, los factores de calidad que se ponderan entre los oferentes [...] En dado caso que no sea validó colocar dichos factores dentro del sobre No. 2 de la propuesta, ¿cómo podemos nosotros siendo oferentes de un proceso de contratación evitar ser víctima de fraude? [...]»

El artículo 1 de la Ley 1882 de 2018 regula el contenido de los sobres 1 y 2, señalando expresamente que el sobre 2 únicamente contiene la oferta económica, por lo cual no es posible incluir el «Factor de calidad» que, al ser un requisito puntuable diferente al factor económico, debe ser acreditado en el sobre 1, cuya apertura debe realizarse en presencia de los asistentes, de conformidad con el numeral 4.2. del pliego tipo y lo señalado en la Circular Externa Única de esta Agencia, lo que hace que el contenido de las ofertas sea público, impidiendo su alteración.

Respecto de las opciones del factor de calidad de garantía suplementaria o adicional, cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y mantenimiento adicional ¿Existe un límite al ofrecimiento o la entidad contratante debería establecerlo? y ¿La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente tuvo en cuenta que esas opciones de factor de calidad pueden ser utilizadas por la entidad contratante para manipular la ponderación y favorecer a algún oferente?

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. Finalmente, no hay lugar a manipular o favorecer indebidamente a un proponente por parte de la entidad contratante, debido a la justificación que conforme al numeral 4.2 del Documento Tipo se debe incluir en los documentos y estudios previos, y teniendo en cuenta que depende del proponente definir el alcance del factor de calidad 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.

Respecto de la opción de factor de calidad de mantenimiento adicional, «[...]¿se puede entender que el contratista adjudicado a cualquier proceso de contratación de obra pública de Infraestructura de Transporte no puede liquidar y dar por terminado el contrato de obra sino hasta cuando haya transcurrido la totalidad de meses de mantenimiento que ofertó? [...]»

En el «Documento Base» se indica que el ofrecimiento del «Mantenimiento adicional» contará a partir de la terminación de las obras objeto del Proceso de Contratación y hará parte del periodo de ejecución del contrato. En este sentido, no es posible que se liquide el contrato sin que haya finalizado el término del mantenimiento, ya que este hace parte del periodo de ejecución de contrato. Una vez finalizado el plazo ofrecido de «Mantenimiento adicional» será posible liquidarlo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Ley 1882 de 2018: «Artículo 1. Parágrafo 2. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica.

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

[…]». [↑](#footnote-ref-1)
2. Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única. Numeral 5: «[...]una vez vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal debe realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que deseen asistir[...]».

 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1882 de 2018: «Artículo 1. […] Parágrafo 3. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

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

»Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 80 de 1993: «Articulo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

»1. <Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>

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

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

[…]». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. «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-8)
9. Así se señala en el numeral 4.2.6. del Documento Base del pliego tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte Versión 2: I. 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»* (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Exp. 27.777. C.P. Enrique Gil Botero. Allí se explicó lo siguiente: «[…] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual». [↑](#footnote-ref-10)
11. «Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. […]

»En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo». [↑](#footnote-ref-11)
12. Conviene recordar que es válida la liquidación bilateral parcial, debido a que las partes no logran ponerse de acuerdo en todos los asuntos referentes al contrato. En este evento, se debe hacer uso de las glosas o salvedades, y únicamente sobre tal glosa o salvedad girará el debate judicial que se da con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-12)
13. Es importante advertir que también durante estos dos meses se podrá realizar una liquidación bilateral, esto es, de mutuo acuerdo, lo cual significa que el plazo para hacer la liquidación bilateral no es un término perentorio, sino sencillamente indicativo. [↑](#footnote-ref-13)
14. No hay que esperar a que culmine el plazo para liquidar bilateralmente si se materializan los supuestos de hecho contenidos en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, según los cuales si «[…] el contratista no se present[a] a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes […]». [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de marzo de 2000. Exp. 1.254. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. [↑](#footnote-ref-15)