**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Número máximo – Ofrecimientos**

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

**DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Conformación – Perfiles integrantes**

El numeral 4.2.5 del Documento Base indica que por cuadrilla de trabajo adicional 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, sin especificar el perfil de quienes lo conformarán. De este modo, el proponente define bajo su autonomía los perfiles de quienes conformarán la cuadrilla de trabajo adicional, ya sea, por ejemplo, 3 maestros y 2 obreros rasos, o 5 obreros rasos; y, por tanto, las entidades no podrán definir estos perfiles en los pliegos de condiciones.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Causal de rechazo – Ofrecimientos irreales e incumplibles**

El numeral 1.15 del Documento base no prevé como causal de rechazo cuando existe un ofrecimiento irreal e incumplible en relación con los factores de calidad. Ahora, tampoco es posible rechazar la oferta por las causales previstas en los numerales H o T porque los ofrecimientos irreales, tal y como los relaciona el peticionario, no se encuadran dentro del alcance de información inexacta o condicionamiento de la oferta. Por su parte, tal y cómo se explicó anteriormente, en el evento que el contratista incumpla los ofrecimientos realizados en relación con el factor de calidad tendrá como consecuencia las multas o sanciones previstas en el Anexo 5- Minuta del contrato.

**FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento adicional – Número máximo – Ofrecimientos**

El Documento Tipo no establece 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.

En este sentido, tal y cómo se explicó anteriormente, el ofrecimiento que realice el oferente en relación con el tiempo del mantenimiento adicional no lo podrá limitar la entidad. Estos ofrecimientos los definirá el oferente de acuerdo con sus capacidades. Ahora, tal y cómo se explicó previamente, en el evento que el oferente resulte adjudicatario del contrato el ofrecimiento realizado se convertirá en una obligación contractual de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

**FACTOR DE CALIDAD – Mantenimiento adicional – Causal de rechazo – Ofrecimientos irreales e incumplibles**

No es posible rechazar la oferta a quien realice ofrecimientos irreales e incumplibles, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años. Lo anterior, toda vez en las causales del numeral 1.15 no está prevista esta causal. Tampoco será posible rechazar la oferta por la causal «H Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11» porque, tal y cómo se explicó en el acápite anterior, en ningún caso el ofrecimiento irreal se encuadra dentro del concepto de información inexacta, además, en virtud del principio de buena fe que debe regir en las etapas contractuales el Estado debe presumir que el oferente va a cumplir con el ofrecimiento realizado.

Finalmente, tampoco procederá el rechazo de la oferta por la causal «T Cuando se presente propuesta condicionada para la adjudicación del contrato» porque el ofrecimiento realizado por el oferente no está cambiando las reglas de la Administración en el evento que resulte adjudicatario.

**FORMATO 7D – Garantía adicional – Suscripción**

El Documento Base, en el numeral «4.2.4 Garantía suplementaria o adicional» indica que: «La Entidad asignarán [puntaje a definir por la Entidad siempre y cuando no sea superior a 19 puntos, aun si escoge varios criterios] al Proponente que se comprometa a otorgar Garantías Suplementarias o Adicionales a la legal establecida para la estabilidad y calidad de la obra, mediante la suscripción del Formato 7D - Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual bajo la gravedad de juramento conste el compromiso que asume». En este sentido, para el otorgamiento del puntaje en relación con la garantía suplementaria o adicional bastará la suscripción del Formato 7D- Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual bajo la gravedad de juramento consta el compromiso que asume.

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

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

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

Bogotá D.C., **23/06/2020 Hora 10:19:24s**

**N° Radicado: 2202013000005261**

Señor

**Uliaonf Forero Gamboa**

Bucaramanga, Santander

**Concepto C – 375 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Número máximo para ofertar / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Conformación – Perfiles de los integrantes / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Causal de rechazo – Ofrecimientos irreales e incumplibles / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Mantenimiento adicional – Número máximo para ofertar / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Mantenimiento adicional – Causal de rechazo – Ofrecimientos irreales e incumplibles / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Garantía adicional – Suscripción Formato 7D/ DOCUMENTOS TIPO – Resolución 080 de 2020 – Suspensión Visita de Obra y Garantías adicionales  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000004052  |
|  |  |

Estimado señor Forero:

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 22 de mayo de 2020.

1. **Problemas planteados**

Respecto a los Documentos Tipo Versión 2, específicamente, el factor de calidad de cuadrillas a trabajo y costo adicional usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Qué metodología debe implementar la entidad contratante para determinar el máximo número de cuadrillas a ofertar para la obtención del máximo puntaje, para garantizar que no haya rompimiento económico e incumplimientos del futuro contrato, y que no se hagan en ese aspecto ofertas desproporcionadas?», ii) «¿La determinación del máximo cuadrillas a ofertar se debe basar en la utilidad estimada en el presupuesto oficial? […], iii) «Los pliegos de condiciones estipulan que la cuadrilla está conformada por 5 obreros, pero no aclara de esos 5 obreros son oficiales y cuantos ayudantes de construcción ¿es potestad del oferente determinar la conformación de la cuadrilla? O, por el contrario, el contratante debe determinar en los pliegos dicha conformación?», iv) «Qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar 100 cuadrillas para de esta manera obtener el máximo puntaje ¿se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?» y v) «la entidad contratante debe indicar en pliegos el máximo número de cuadrillas a ofertar?, o por el contrario, como suelen decir en esas respuestas las entidades “el proponente es autónomo para realizar su oferta”».

 Por otro lado, en relación con el factor de calidad «Mantenimiento adicional» usted realiza las siguientes preguntas: vi) ¿«Qué metodología debe llevar a cabo el contratante para determinar el máximo tiempo a ofertar por este concepto para garantizar un efectivo y real cumplimiento del ofrecimiento?» y vii) «¿Qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años para de esta manera obtener el máximo puntaje? ¿Se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?»

 Finalmente, frente al factor de calidad «Garantía suplementaria o adicional» realiza la siguiente pregunta: viii) «Los pliegos mencionan que la garantía es una garantía comercial, es decir, que simplemente con la presentación del formato 7D se da cumplimiento al requisito, ¿y no hay necesidad de presentar otro documento adicional? si no es así, que características debe tener la llamada garantía comercial».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la forma de evaluar los factores de calidad en la segunda versión de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en los conceptos C – 276 de 2020, C – 277 de 2020 y C – 278 de 2020. Las tesis propuestas se exponen a continuación.

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

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

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

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

**2.1 Cuadrillas de trabajo adicional**

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

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

Ahora, usted pregunta ¿qué metodología debe implementar la entidad contratante para determinar el máximo número de cuadrillas a ofertar para la obtención del máximo puntaje?, ¿la determinación del máximo de cuadrillas a ofertar se debe basar en la utilidad estimada en el presupuesto oficial? y ¿la entidad contratante debe indicar en pliegos el máximo número de cuadrillas a ofertar? Debido a que estas preguntas se relacionan con el número máximo de cuadrillas que puede ofrecer el oferente y si la entidad define un tope en el pliego de condiciones se responderá de forma conjunta.

El numeral «4.2.5 Cuadrillas a trabajo y costo adicional del contratista» indica que: «El proponente ofrecerá el número de cuadrillas de trabajo adicional que considere pertinente». En este sentido, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el «Documento Tipo» no limita los ofrecimientos realizados por el oferente y las entidades no podrán limitar el número de cuadrillas a ofertar en los pliegos de condiciones.

 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 las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones[[1]](#footnote-1). En esta medida, en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «cláusula 15. Multas», numeral 7, se prevé que se impondrá una multa por incumplir el ofrecimiento otorgado en cuanto al factor de calidad. Así se indicó en los siguientes términos:

 CLÁUSULA 15. MULTAS

[…]

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

[…]

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

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

 De este modo, la entidad en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato» determina el valor de la multa en el evento de 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-2). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de Calidad» y resulta adjudicatario del Proceso de Contratación, su ofrecimiento se convierte en ley para las partes y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento, so pena de las sanciones que se impongan al contratista.

De este modo, las entidades impondrán las multas o sanciones en los casos que se demuestre que el contratista está incumpliendo los ofrecimientos del factor de calidad durante la ejecución del contrato; en este caso, relacionados con el número de cuadrillas de trabajo adicional.

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

Por otro lado, usted pregunta: ¿«qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar 100 cuadrillas para, de esta manera, obtener el máximo puntaje ¿se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?». El numeral 1.15 del Documento base establece de forma taxativa las causales de rechazo de la oferta; sin embargo, no existe causal alguna que rechace la oferta cuando existe un ofrecimiento irreal e incumplible en relación con los factores de calidad.

 De este modo, no es posible rechazar a los oferentes por ofrecimientos irracionales en el factor de calidad. Ahora, usted plantea la posibilidad de rechazar la oferta por la causal «H. Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11» o por la causal «T. Cuando se presente propuesta condicionada para la adjudicación del contrato». A continuación, se explicarán los motivos por los cuáles no es posible rechazar la oferta por estas causales.

 En referencia a la causal «H. Que el proponente aporte información inexacta sobre la cual puede existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11». El numeral 1.11 indica que la información inexacta es aquella que la entidad se reserva el derecho de verificar integralmente la información aportada por el proponente. Para esto, puede acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades respectivas. En este sentido, para que la entidad verifique la posible existencia de información inexacta puede acudir a otras autoridades para rectificar la información presentada.

 En este caso, el ofrecimiento en relación con el factor de calidad de «Cuadrillas de Trabajo Adicional» no es posible verificarlo con otra entidad, porque el ofrecimiento depende de las capacidades propias del oferente. Además, se resalta que, en virtud del artículo 5, numeral 2. […] «los contratistas obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse»[[3]](#footnote-3). Asimismo, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 indica que «En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la *buena fe*»[[4]](#footnote-4). Por lo tanto, por expresa disposición legal las entidades estatales interpretarán cada una de las cláusulas del contrato y las actuaciones del proponente en virtud del principio de buena fe.

 El Consejo de Estado, en la sentencia No. 19.117 del 13 de junio de 2011 establece que las autoridades deben presumir la buena fe los particulares en sus actuaciones sin perjuicio de las facultades legales y constitucionales para desvirtuarlos. En este sentido, en virtud de la buena fe, el ofrecimiento del factor de calidad es válido hasta que no sea desvirtuado[[5]](#footnote-5). De esta forma, las entidades no podrán rechazar las ofertas en virtud de la causal de rechazo H, toda vez que se partirá de la buena fe del proponente que tiene la capacidad de cumplir el ofrecimiento realizado en relación con el factor de calidad.

 Por otro lado, la causal de rechazo T) indica que se rechazará la oferta cuando se presente propuesta condicionada para la adjudicación del contrato. El Consejo de Estado, en el expediente No. 12962, indicó que los condicionamientos no sólo están prohibidos para los oferentes sino también, y desde otro punto de vista para la Administración. El numeral 6 del artículo 30 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública establece que las propuestas deben siempre referirse y sujetarse al pliego, en las situaciones indicadas[[6]](#footnote-6).

El Alto Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa señaló que la propuesta del demandante sí significó un condicionamiento para la adjudicación porque los precios que ofreció para la ejecución del objeto contractual los limitó en un porcentaje, o por aumento o por disminución, que cambiaba las reglas fijadas por la Administración[[7]](#footnote-7). En este caso, no se demuestra que el ofrecimiento irracional del factor de calidad sea un condicionamiento de la oferta, por tanto, no se están cambiando las reglas de la Administración en caso de resultar adjudicatario.

 De este modo, el numeral 1.15 del Documento base no prevé como causal de rechazo el hecho de que se haga un ofrecimiento irreal y de imposible cumplimiento en relación con los factores de calidad. Ahora, tampoco es posible rechazar la oferta por las causales previstas en los numerales H) o T) porque los ofrecimientos irreales, tal y como los relaciona el peticionario, no se encuadran dentro del alcance de información inexacta o condicionamiento de la oferta. Por su parte, tal y como se explicó anteriormente, en el evento de que el contratista incumpla los ofrecimientos realizados en relación con el factor de calidad, tendrá como consecuencia las multas o sanciones previstas en el Anexo 5- Minuta del contrato.

 Finalmente, usted pregunta si es potestad del oferente determinar la conformación de la cuadrilla. El numeral 4.2.5 del Documento Base indica que por cuadrilla de trabajo adicional 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, sin especificar el perfil de quienes lo conformarán. De este modo, el proponente define bajo su autonomía los perfiles de quienes conformarán la cuadrilla de trabajo adicional, ya sea, por ejemplo, 3 maestros y 2 obreros rasos, o 5 obreros rasos; y, por tanto, las entidades no podrán definir estos perfiles en los pliegos de condiciones.

* 1. **Mantenimiento adicional**

El «Factor de Calidad – Mantenimiento adicional» tiene como objeto mejorar la calidad de la obra, ya que se garantiza un mantenimiento rutinario, situación que otorga beneficios a las entidades y a la ciudadanía en cuanto a la durabilidad de las condiciones de la infraestructura de transporte.

 En el evento en que el proponente se comprometa a ofertar este factor de calidad, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones: 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 contará a partir de la terminación de las obras objeto del Proceso de Contratación y hará parte del período de ejecución del contrato, ii) las labores ofrecidas corresponden a mantenimientos rutinarios que no se encuentren relacionados con la estabilidad de las obras, y finalmente, iii) la entidad determinará la forma en que se llevará a cabo el seguimiento de las labores ofertadas por este concepto durante la ejecución del contrato.

 Ahora, usted pregunta: i) ¿qué metodología debe llevar a cabo el contratante para determinar el máximo tiempo a ofertar por este concepto para garantizar un efectivo y real cumplimiento del ofrecimiento?» y ii) «¿Qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años para de esta manera obtener el máximo puntaje? ¿Se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?».

 El Documento Tipo no establece 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.

 En este sentido, como se explicó anteriormente, el ofrecimiento que realice el oferente en relación con el tiempo del mantenimiento adicional no lo podrá limitar la entidad. Estos ofrecimientos los definirá el oferente de acuerdo con sus capacidades. Ahora, en el evento de que el oferente resulte adjudicatario del contrato, el ofrecimiento realizado se convertirá en una obligación contractual de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

 Ahora, como se dijo previamente, no es posible rechazar la oferta a quien realice ofrecimientos irreales o de imposible cumplimiento, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años. Lo anterior, toda vez que en las causales del numeral 1.15 no está prevista esta causal. Tampoco será posible rechazar la oferta por la causal «H Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11», porque, tal y como se explicó en el acápite anterior, en ningún caso el ofrecimiento irreal se encuadra dentro del concepto de información inexacta. Además, en virtud del principio de buena fe que debe regir en las etapas de la contratación estatal, el Estado debe presumir que el oferente va a cumplir con el ofrecimiento realizado.

 Finalmente, tampoco procederá el rechazo de la oferta por la causal «T Cuando se presente propuesta condicionada para la adjudicación del contrato», porque el ofrecimiento realizado por el oferente no está cambiando las reglas de la Administración, en el evento de que resulte adjudicatario.

 De este modo, se concluye que no es posible rechazar las ofertas por ofrecimientos irreales en el factor de calidad de mantenimiento adicional. Sin embargo, en caso de que el contratista incumpla los ofrecimientos realizados, tendrá como consecuencia las multas y sanciones previstas en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

* 1. **Garantía suplementaria**

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

La Ley 1480 de 2011, en el artículo 13, señala que los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. Asimismo, señala que también podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía[[8]](#footnote-8). De este modo, la normativa también ha definido a las garantías suplementarias como aquellas que ofrecen los productores o proveedores de un bien o servicio, por el término adicional al previsto en la garantía legal.

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

Por otro lado, en los Documentos Tipo se reconoce que la «garantía adicional o suplementaria» está asociada a la estabilidad y calidad de la obra. El proponente ofertará la vigencia de la garantía adicional a partir del vencimiento del plazo del amparo de estabilidad y calidad de la obra. En virtud del Decreto 1082 de 2015, este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción[[9]](#footnote-9).

En este sentido, la «Garantía adicional o suplementaria», por ser un amparo asociado a la estabilidad y calidad de la obra, cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier daño o deterioro, imputables al contratista, sufridos por la obra entregada. Este amparo adicional empieza después del plazo previsto para la garantía de estabilidad y calidad de la obra, que, en todo caso, no puede ser inferior a cinco (5) años[[10]](#footnote-10) contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra.

Ahora, usted pregunta: ¿los pliegos mencionan que la garantía es una garantía comercial, es decir, que simplemente con la presentación del formato 7D se da cumplimiento al requisito?

El Documento Base, en el numeral «4.2.4 Garantía suplementaria o adicional» indica que: «La Entidad asignarán [puntaje a definir por la Entidad siempre y cuando no sea superior a 19 puntos, aun si escoge varios criterios] al Proponente que se comprometa a otorgar Garantías Suplementarias o Adicionales a la legal establecida para la estabilidad y calidad de la obra, mediante la suscripción del Formato 7D - Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual bajo la gravedad de juramento conste el compromiso que asume». En este sentido, para el otorgamiento del puntaje en relación con la garantía suplementaria o adicional bastará la suscripción del Formato 7D- Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual consta, bajo la gravedad de juramento, el compromiso que asume.

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

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

1. **Respuestas**

i) «¿Qué metodología debe implementar la entidad contratante para determinar el máximo número de cuadrillas a ofertar para la obtención del máximo puntaje, para garantizar que no haya rompimiento económico e incumplimientos del futuro contrato, y que no se hagan en ese aspecto ofertas desproporcionadas?»

ii) «¿La determinación del máximo cuadrillas a ofertar se debe basar en la utilidad estimada en el presupuesto oficial? […]»

v) «la entidad contratante debe indicar en pliegos el máximo número de cuadrillas a ofertar?, o, por el contrario, como suelen decir en esas respuestas las entidades “el proponente es autónomo para realizar su oferta”».

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

iii) «Los pliegos de condiciones estipulan que la cuadrilla está conformada por 5 obreros, pero no aclara de esos 5 obreros son oficiales y cuantos ayudantes de construcción ¿es potestad del oferente determinar la conformación de la cuadrilla? O, por el contrario, el contratante debe determinar en los pliegos dicha conformación?»

El numeral 4.2.5 del Documento Base indica que por cuadrilla de trabajo adicional 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, sin especificar el perfil de quienes lo conformarán. De este modo, el proponente define bajo su autonomía los perfiles de quienes conformarán la cuadrilla de trabajo adicional, ya sea, por ejemplo, 3 maestros y 2 obreros rasos, o 5 obreros rasos; y, por tanto, las entidades no podrán definir estos perfiles en los pliegos de condiciones

iv) «Qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar 100 cuadrillas para de esta manera obtener el máximo puntaje ¿se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?»

El numeral 1.15 del Documento base no prevé como causal de rechazo cuando existe un ofrecimiento irreal o de imposible cumplimiento en relación con los factores de calidad. Ahora, tampoco es viable rechazar la oferta por las causales previstas en los numerales H o T, porque los ofrecimientos irreales, tal y como los relaciona el peticionario, no se encuadran dentro del alcance de información inexacta o condicionamiento de la oferta. Por su parte, como se explicó anteriormente, el hecho de que el contratista incumpla los ofrecimientos realizados en relación con el factor de calidad tendrá como consecuencia las multas o sanciones previstas en el Anexo 5- Minuta del contrato.

vi) ¿«Qué metodología debe llevar a cabo el contratante para determinar el máximo tiempo a ofertar por este concepto para garantizar un efectivo y real cumplimiento del ofrecimiento?»

El Documento Tipo no establece 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.

 En este sentido, tal y como se explicó anteriormente, el ofrecimiento que realice el oferente en relación con el tiempo del mantenimiento adicional no lo podrá limitar la entidad. Estos ofrecimientos los definirá el oferente de acuerdo con sus capacidades. Ahora, según se indicó previamente, en el evento de que el oferente resulte adjudicatario del contrato, el ofrecimiento realizado se convertirá en una obligación contractual de obligatorio cumplimiento, so pena de las multas que se impongan de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

vii) «¿Qué sucede si un proponente hace un ofrecimiento irreal e incumplible, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años para de esta manera obtener el máximo puntaje? ¿Se debe rechazar la oferta (causal de rechazo H y T), o simplemente no se le asigna puntaje por este criterio?»

No es posible rechazar la oferta a quien realice ofrecimientos irreales e incumplibles, por ejemplo, ofertar un mantenimiento por 20 años. Lo anterior, toda vez en las causales del numeral 1.15 no está prevista esta causal. Tampoco será posible rechazar la oferta por la causal «H Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11» porque, como se explicó en el acápite anterior, en ningún caso el ofrecimiento irreal se encuadra dentro del concepto de información inexacta; además, en virtud del principio de buena fe que debe regir en las etapas de la contratación pública, el Estado debe presumir que el oferente va a cumplir con el ofrecimiento realizado.

Finalmente, tampoco procederá el rechazo de la oferta por la causal «T Cuando se presente propuesta condicionada para la adjudicación del contrato», porque el ofrecimiento realizado por el oferente no está cambiando las reglas de la Administración en el evento que resulte adjudicatario.

 De este modo, se concluye que no es posible rechazar las ofertas por ofrecimientos irreales en el factor de calidad de mantenimiento adicional. Sin embargo, el hecho de que el contratista incumpla los ofrecimientos realizados tendrá como consecuencia las multas y sanciones previstas en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

viii) «Los pliegos mencionan que la garantía es una garantía comercial, es decir, que simplemente con la presentación del formato 7D se da cumplimiento al requisito, ¿y no hay necesidad de presentar otro documento adicional? si no es así, que características debe tener la llamada garantía comercial».

El Documento Base, en el numeral «4.2.4 Garantía suplementaria o adicional» indica que: «La Entidad asignarán [puntaje a definir por la Entidad siempre y cuando no sea superior a 19 puntos, aun si escoge varios criterios] al Proponente que se comprometa a otorgar Garantías Suplementarias o Adicionales a la legal establecida para la estabilidad y calidad de la obra, mediante la suscripción del Formato 7D - Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual bajo la gravedad de juramento conste el compromiso que asume». En este sentido, para otorgamiento del puntaje en relación con la garantía suplementaria o adicional bastará la suscripción del Formato 7D- Garantía Suplementaria o Adicional, en el consta, cual bajo la gravedad de juramento, el compromiso que asume.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez Aldana Analista T 2 Grado 6 |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector 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-1)
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-2)
3. Ley 80 de 1993. «Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo [3](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#3)o. de esta ley, los contratistas:

[…]

»2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 80 de 1993 «Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos». [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 13 de junio de 2011. Exp.19.117. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. Exp. 12.962. C.P: María Elena Giraldo Gómez [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. Exp. 12.962. C.P: María Elena Giraldo Gómez: «La propuesta del demandante, desde otro punto de vista, por su contenido, sí significó condicionamientos para la adjudicación porque los precios que ofreció para la ejecución del objeto contractual los limitó en un porcentaje, o por aumento o por disminución, que cambiaban las reglas fijadas por la Administración, en caso de adjudicársele, y que influían en la determinación de los precios y en la duración de los mismos dentro de la ejecución del objeto a contratar».

 [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1480 de 2011: «Artículo 13. Garantías suplementarias. Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. En este último caso se deberá obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte. También podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[…]

»Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción». [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.1.14. Suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra. Esta garantía debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra. La Entidad Estatal debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones de la Contratación, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato

«La Entidad Estatal puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato». [↑](#footnote-ref-10)