**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – 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. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente, ni faculta a las entidades para hacerlo. 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

**DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Ajuste**

[…] usted solicita que en los Documentos Tipo se proponga un tope en relación con el factor de calidad de cuadrilla de trabajo adicional. Al respecto, le informamos que se adelantan mesas de trabajo con las entidades el sector transporte en las cuales se estudia la posibilidad de fijar topes de cuadrillas de trabajo adicional dependiendo del objeto de contratación. De este modo, su observación será eventualmente tenida en cuenta para la posible modificación que se realice a los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Acta de cierre – Información – Ofrecimientos ofertados**

En este sentido, aunque ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni el Decreto reglamentario 1082 de 2015 regulan el contenido del acta de cierre, en los Documentos Tipo de infraestructura de transporte sí se obliga a las entidades a registrar el cierre del proceso y, además, a elaborar un documento que contenga los datos más relevantes de las ofertas. Entre estos, se pueden incluir los ofrecimientos que realicen los proponentes, si así lo considera procedente la entidad. Vale recordar que los Documentos Tipo de infraestructura de transporte son de obligatorio cumplimiento.

De este modo, el cambio solicitado en los documentos tipo relacionado con el acta de cierre no es necesario realizarlo porque, tal y como se explicó previamente, las entidades tienen la autonomía de incluir en dicha acta otros aspectos relevantes de la oferta, como son los ofrecimientos del factor de calidad.

**DOCUMENTOS TIPO – A.I.U – Contenido**

Los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en el numeral 4.1.1, explican al oferente la forma en la cual calculará el A.I.U., teniendo en cuenta los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la administración, así como los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo.

En síntesis, los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte aclaran el alcance del concepto A.I.U y, por tanto, no es necesario ajustar su contenido. Además, como se explicó previamente, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado y, por tanto, queda bajo la autonomía del oferente definir cómo lo calcula y lo incluye dentro de su oferta económica

Bogotá D.C., **26/06/2020 Hora 8:57:37s**

**N° Radicado: 2202013000005459**

Señor

**Rafael Guillermo Núñez Emiliani**

San Antero, Córdoba

**Concepto C – 409 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Número máximo para ofertar / DOCUMENTOS TIPO – Factor de Calidad – Cuadrilla de trabajo adicional – Ajuste / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Acta de cierre – Información de ofrecimientos ofertados / DOCUMENTOS TIPO – A.I.U – Contenido |
| **Radicación:**  | Respuesta a sus consultas 4202020000004678 y 4202013000004700  |
|  |  |

Estimado señor Núñez:

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 sus consultas del 8 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes observaciones en relación con la segunda versión de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte: i) el hecho de no limitar el número de cuadrillas en un proceso de contratación tiene por efecto que el ofrecimiento sea letra muerta y por tanto no se cumplirá durante la ejecución del contrato De este modo, propone que a través de una circular se limite el límite del número máximo de cuadrillas y/o en su defecto, exigir que el ofrecimiento esté sustentado; ii) asimismo, usted solicita que en los Documentos Tipo se exija que una vez abierto el sobre 1, en el acta de cierre conste el número de cuadrillas ofertados por cada oferente. Finalmente, iii) pide que se aclare, en relación con el AIU, que el proponente lo debe ajustar de acuerdo con sus gastos y administración de la obra, impuestos, retenciones y gastos de legalización.

1. **Consideraciones**

Para analizar cada uno de los cambios propuestos a los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 2.0, en primer lugar, se explicará si es posible establecer topes de ofrecimiento en relación con el factor de calidad de cuadrillas de trabajo adicional. En segundo lugar, se examinará qué información debe contener el acta de cierre de un proceso de contratación. Y, finalmente, se realizarán algunas consideraciones en torno al AIU.

**2.1 Factores de calidad de los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la viabilidad de establecer topes a los ofrecimientos que se realicen en ocasión de los factores de calidad de garantía suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional; entre ellas, en los conceptos C – 276, C – 277, C – 278 del 26 de mayo de 2020, C – 294 del 19 de mayo de 2020 y C – 381 del 2 de junio de 2020. La tesis expuesta se explica a continuación.

 En relación con el «factor de calidad», es preciso aclarar que la versión 2 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –Resolución No. 045 de 2020–, conserva los tres factores existentes en la versión 1–Resolución No. 1798 de 2019­–, e incluye como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista. Estos factores además se encuentran incluidos dentro del Documento Tipo para procesos de selección abreviada de menor cuantía –Resolución No. 044 de 2020–.

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 acreditar 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.

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 transporte, 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.

Conforme a lo anterior, el puntaje otorgado por este factor 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 número de cuadrillas de trabajo adicional.

 En otras palabras, la entidad no puede definir cuántas cuadrillas de trabajo adicional se necesitan, o los perfiles de los integrantes de la cuadrilla, sino que depende del proponente ofertar el número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofrecer, 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 «7E – Cuadrillas de trabajo adicional». En efecto, al diligenciarlo el proponente debe indicar bajo la gravedad de juramento cuál es el compromiso que asume, esto es, el número de cuadrillas de trabajo adicional.

 El Documento Tipo no limita al oferente frente al número de cuadrillas de trabajo adicional que se compromete a otorgar al proyecto. 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 ese sentido, las entidades estatales que apliquen la versión 2 del Documento Tipo para procesos de licitación pública o selección abreviada de menor cuantía, no se encuentran facultadas para fijar topes o un número máximo de cuadrillas que den lugar al otorgamiento del puntaje, ya que, como se viene sosteniendo, esto depende únicamente de los proponentes. Tales entidades tampoco tienen la facultad de modificar el formato «7E – Cuadrillas de trabajo adicional», en la medida que estos son Documentos Tipo afectados por el principio de inalterabilidad, por lo que solo pueden modificar los apartados entre corchetes y resaltados en gris[[1]](#footnote-1).

 Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por los oferentes, y tampoco la entidad estatal está habilitada para establecer dichos topes. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, los compromisos que se hagan con ocasión de estos ofrecimientos se convierten en obligaciones contractuales, que permiten activar las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

 En tal sentido, 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[[2]](#footnote-2). Con fundamento en lo anterior, el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «Cláusula 15. Multas», numeral 1, 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:

[…]

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

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

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

 Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional. Es decir, el Documento Tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente, ni faculta a las entidades para hacerlo. No obstante, en el evento en que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual, o sea, en una actividad que es de imperioso cumplimiento, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

Ahora bien, usted solicita que en los Documentos Tipo se proponga un tope en relación con el factor de calidad de cuadrilla de trabajo adicional. Al respecto, le informamos que se adelantan mesas de trabajo con las entidades del sector transporte en las cuales se estudia la posibilidad de fijar topes de cuadrillas de trabajo adicional dependiendo del objeto de contratación. De este modo, su observación será eventualmente tenida en cuenta para la posible modificación que se realice a los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

**2.2 Información del acta de cierre**

Para responder su observación se reitera las consideraciones expuestas en el concepto C–278 del 26 de mayo de 2020, donde se explica la información que debe contener el acta de cierre de un proceso de contratación. La tesis expuesta se explica a continuación.

 El «acta de cierre» no está regulada en la normativa del sistema de compra pública; en consecuencia, no existe ley o decreto que defina o señale la información que debe contener este documento; sin embargo, pese a la indefinición clara de su contenido, es un documento conocido en la práctica de la contratación estatal. Al respecto, el Consejo de Estado señala que este es un documento que no tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo y que su objeto es registrar un hecho, en este caso, el relativo al cierre de un proceso licitatorio. Así se indicó en los siguientes términos:

[…] acto que no comporta la naturaleza jurídica de acto administrativo y, por ende, no susceptible de control jurisdiccional, por cuanto no contiene una decisión de la entidad demandada emitida en ejercicio de función administrativa, cuyo contenido y alcance sea la de crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica, sino que tan solo, es un documento limitado a registrar un hecho, en este caso, el relativo al cierre de un proceso licitatorio, determinación ésta preestablecida por la entidad estatal en el respectivo acto de convocatoria del proceso licitatorio y en el pliego de condiciones con base en el cual debió desarrollarse el mismo[[5]](#footnote-5).

 De este modo, el acta de cierre, a pesar de no estar prevista en las normas que regulan la contratación pública, la jurisprudencia la define como un documento que registra el cierre del proceso de contratación. Ahora bien, los Documentos Tipos de infraestructura de transporte[[6]](#footnote-6), en el «numeral 2.4», señalan que en los procesos adelantados en el SECOP I es necesario que las entidades elaboren un «acta de cierre» al momento de la apertura de las ofertas. Así se indicó:

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 y elaborar un acta de cierre en la cual conste la fecha y hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales, conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015.

 Igualmente se señala que los funcionarios o contratistas de la entidad que intervengan en la apertura de las ofertas deben suscribir el acta y, además, diligenciar como información mínima: el nombre de los proponentes; si la carta de presentación fue incluida y está firmada; el número de la garantía de seriedad de la oferta que la acompaña; el número de folios; las observaciones correspondientes; así como los demás aspectos relevantes que considere la entidad. De esta forma, la entidad tiene la discrecionalidad de incluir otros aspectos relevantes de la oferta, como es el caso del ofrecimiento realizado por los proponentes en los «Factores de calidad»[[7]](#footnote-7).

 En este sentido, a pesar de que ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni el Decreto reglamentario 1082 de 2015 regulan el contenido del acta de cierre, en los Documentos Tipo de infraestructura de transporte sí se obliga a las entidades a registrar el cierre del proceso y, además, a elaborar un documento que contenga los datos más relevantes de las ofertas; entre estos, se pueden incluir los ofrecimientos que realicen los proponentes, si así lo considera procedente la entidad. Vale recordar que los Documentos Tipo de infraestructura de transporte son de obligatorio cumplimiento.

 De este modo, el cambio solicitado en los documentos tipo relacionado con el acta de cierre no es necesario realizarlo porque, como se explicó previamente, las entidades tienen la autonomía de incluir en dicha acta otros aspectos relevantes de la oferta, como son los ofrecimientos del factor de calidad.

**2.3 El AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad– en los Documentos Tipo**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el AIU en los contratos estatales; entre ellas, en respuesta a las consultas con radicado No. 4201714000005136 del 14 de noviembre de 2017; 4201714000006401 del 23 de noviembre de 2017; 4201813000004155 del 9 de mayo de 2018; 4201814000008069 del 27 de septiembre de 2018; 4201814000007383 del 18 de octubre de 2018; 4201814000008069 del 13 de noviembre de 2018; 4201912000004214 del 26 de junio de 2019; 4201912000006455 y 4201912000006463 del 19 de septiembre de 2019; 4201912000007375 del 28 de octubre de 2019; 4201912000007092 del 29 de noviembre de 2019; 4202012000000093 y C–037 del 28 de enero de 2020, 4202012000000664 del 30 de enero de 2020, y finalmente, el concepto C- 211 del 8 de abril de 2020.

Como es sabido, uno de los elementos más comunes en los contratos estatales es el precio, también conocido como valor. Aunque no todo contrato lo incluye –pues también existen negocios gratuitos– lo usual es que los contratos estatales se perfeccionen como onerosos y, la mayoría de las veces, como conmutativos. Adicionalmente, el precio suele ser el elemento más importante para el contratista, porque equivale a la remuneración que la entidad contratante le pagará por la ejecución del objeto contractual.

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector –que incluye el estudio del mercado– y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la Administración usará para estipular el precio. Tal metodología generalmente depende del tipo de contrato, pues hay algunas modalidades más comunes en los de obra pública; otras más utilizadas en los de prestación de servicios y otras más indicadas para los de concesión; por mencionar algunos ejemplos[[8]](#footnote-8). No hay, pues, una sola metodología para pactar el precio y, en gran medida, la manera de hacerlo ha obedecido a la costumbre mercantil y a la influencia de disciplinas técnicas, como la ingeniería o la administración de empresas, en la contratación estatal. Dentro de tales esquemas de establecimiento del precio pueden citarse, entre otros: i) los precios unitarios –calculados de acuerdo con las unidades que componen el objeto del contrato–, ii) el precio global –que equivale al monto total, sin discriminar unidades–, y iii) la administración delegada de recursos –en la que se distinguen los costos de inversión de los honorarios del administrador–.

Pues bien, en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que separe en su propuesta los costos directos –es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto–, de los costos indirectos –que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran también el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia–. En tal sentido, mientras que los costos directos se evidencian en el análisis de precios unitarios –APU–, como la sumatoria de los valores de los *ítems* según su unidad de medida, los costos indirectos se suelen abreviar en las variables que integran el acrónimo AIU –Administración, Imprevistos y Utilidad–, que se calcula como un porcentaje aplicado a los costos indirectos.

De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, el AIU, concepto de común utilización en los contratos de tracto sucesiva –entre ellos, los contratos de obra– no cuenta con una definición normativa, pero hay elementos que permiten precisar su alcance, así:

[…] el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;

ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es, el álea normal del contrato: I;

iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado[[9]](#footnote-9).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo en concepto del 5 de septiembre de 2018[[10]](#footnote-10) que «el concepto del A.I.U. comprende la Administración (costos indirectos) imprevistos y utilidades, y en algunos contratos este valor aparece cuantificado en forma independiente al valor de la obra y como un porcentaje de la misma[[11]](#footnote-11), sin perjuicio que en otros contratos este valor no aparezca discriminado y se incorpore en el valor de los precios unitarios»[[12]](#footnote-12).

Así pues, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado. «La justificación de esta manera de cotizar el precio procede, incluso, de la formación universitaria que reciben los ingenieros, a quienes les enseñan esta metodología para elaborar las ofertas. En fin, lo que se quiere indicar con estos comentarios es que la necesidad de presentar una propuesta desglosando en forma intensa su precio no procede de la ley, ni del reglamento, sino de la costumbre, […]»[[13]](#footnote-13). De otro lado, quien define el valor de cada *letra* –AIU– es el proponente, pues goza de libertad empresarial para hacerlo en la elaboración de su oferta[[14]](#footnote-14).

En consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este –es decir, las que tienen un régimen especial– gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU; modelo que, como se indicó, es más pertinente para los contratos de tracto sucesivo, como el de obra. Por ende, la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables –ítems y porcentajes– debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de economía; postulado que exige la optimización de los recursos públicos.

Partiendo de las consideraciones anteriores, usualmente en los contratos cuyo valor se estructura bajo el sistema de precios unitarios y con el desglose del AIU, el precio se paga con base en el valor de los costos directos incrementados por el porcentaje del AIU, forma de pago que pueden incluir las entidades estatales en virtud de la autonomía de la voluntad a que remiten los artículos 13, 32 y 40 del EGCAP.

Ahora bien, usted solicita aclarar en los Documentos Tipo que el proponente ajusta el A.I.U. de acuerdo con sus gastos de administración, impuestos, retenciones, gastos de legalización y, por tanto, el oferente no incluya el 20% de administración en sus propuestas económicas porque así está definido en el Formulario 1- Presupuesto oficial del INVIAS.

 Los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en el numeral 4.1.1, explican al oferente la forma en la cual calculará el A.I.U., teniendo en cuenta los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la administración, los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo.

 Asimismo, indica que el valor del A.I.U deberá ser expresado en porcentaje (%) y discriminarlo en la propuesta económica. Cuando el proponente exprese el valor en porcentaje ($) y en pesos, prevalece el valor expresado en porcentaje (%).

 Finalmente, se aclara que el A.I.U que presenten los oferentes no puede ser superior al porcentaje total del A.I.U establecido en el Formulario 1- Formulario de Presupuesto Oficial. En consecuencia, el proponente puede configurar libremente el porcentaje individual de la A, de la I y de la U, siempre que la sumatoria de ellos no exceda el porcentaje total definido por la Entidad en el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial.

 En síntesis, los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte aclaran el alcance del concepto A.I.U. y, por tanto, no es necesario ajustar su contenido. Además, como se explicó previamente, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de A.I.U., ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado y por tanto, queda bajo la autonomía del oferente definir cómo lo calcula y lo incluye dentro de su oferta económica.

1. **Respuesta**

i) El hecho de no limitar el número de cuadrillas en un proceso de contratación tiene por efecto que el ofrecimiento sea letra muerta y por tanto incumplible. De este modo, usted propone que por medio de una circular se limite el límite del número máximo de cuadrillas y/o en su defecto, exigir que el ofrecimiento esté sustentado.

Le informamos que se adelantan mesas de trabajo con las entidades el sector transporte en las cuales se estudia la posibilidad de fijar topes de cuadrillas de trabajo adicional dependiendo del objeto de contratación. De este modo, su observación eventualmente será tenida en cuenta para la posible modificación que se realice a los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

ii) Usted solicita que en los Documentos Tipo se exija que una vez abierto el sobre 1, en el acta de cierre conste el número de cuadrillas ofertados por cada oferente

Si bien ni el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni el Decreto reglamentario 1082 de 2015 regulan el contenido del acta de cierre, en los Documentos Tipo de infraestructura de transporte sí se obliga a las entidades a registrar el cierre del proceso y, además, a elaborar un documento que contenga los datos más relevantes de las ofertas; entre estos se pueden incluir los ofrecimientos que realicen los proponentes, si así lo considera procedente la entidad. Vale recordar que los Documentos Tipo de infraestructura de transporte son de obligatorio cumplimiento.

 De este modo, el cambio solicitado en los Documentos Tipo relacionado con el acta de cierre no es necesario realizarlo porque, como se explicó previamente, las entidades tienen la autonomía de incluir en dicha acta otros aspectos relevantes de la oferta como son los ofrecimientos del factor de calidad.

iii) Se aclare en relación con el AIU que el proponente lo debe ajustar de acuerdo con sus gastos y administración de la obra, impuestos, retenciones y gastos de legalización.

Los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte, en el numeral 4.1.1, explican al oferente la forma en la cual calculará el A.I.U., teniendo en cuenta los costos de administración en los que incurre la organización del constructor para poder desarrollar la administración, así como los imprevistos y la utilidad o beneficio económico que pretende percibir por la ejecución del trabajo.

 En síntesis, los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte aclaran el alcance del concepto de A.I.U. y, por tanto, no es necesario ajustar su contenido. Además, como se explicó previamente, ni el sistema de precios unitarios –como metodología de estipulación del valor contractual–, ni el concepto de AIU, ni mucho menos la forma de calcularlo –es decir, su porcentaje–, son aspectos regulados en el conjunto de las disposiciones legales y reglamentarias que integran la normativa contractual del Estado y, por tanto, queda bajo la autonomía del oferente definir cómo lo calcula y lo incluye dentro de su oferta económica.

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 T2- Grado de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.6.1.4. Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo». [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-2)
3. Código Civil: «Artículo 1602. Los Contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-3)
4. Código Civil. «Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella». [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Fecha: 13 de julio de 2000. Exp. 1.753. C.P German Rodríguez Villamizar [↑](#footnote-ref-5)
6. Documentos Tipo de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte – Versión 2 adoptados por al Resolución 045 de 2020 y los Documentos Tipo de Selección Abreviada de Infraestructura de Transporte adoptados por la Resolución 044 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. Documentos Tipo de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte – Versión 2,numeral 2.4 Cierre del proceso y apertura de ofertas:«De lo anterior, se levantará un acta que solo será suscrita por los funcionarios o contratistas de la Entidad que intervengan en la diligencia de cierre, en la cual se relacionará como información del Sobre 1 de cada oferta, el nombre de los Proponentes, si la carta de presentación fue incluida y está firmada; el número de la garantía de seriedad de la oferta que la acompaña; el número de folios y las observaciones correspondientes, así como los demás aspectos relevantes que considere la Entidad». [↑](#footnote-ref-7)
8. «La manera como las ofertas presentan el precio varía demasiado, incluso por razón de la costumbre que se impone en determinados negocios. Por ejemplo, tratándose de la compraventa, del suministro o la prestación de servicios profesionales –entre otros contratos, que de hecho son la mayoría– el valor que se ofrece no se desglosa para revelar al destinatario su estructura de costos. El proponente se limita a establecer una cifra por la que está dispuesto a asumir ciertas obligaciones, pero el comprador desconoce cómo se compone internamente, es decir, no sabe –ni usualmente le interesa conocerlo– qué parte del valor corresponde a gastos de mano de obra, de transporte, de energía, cuál es la utilidad esperada, entre otros conceptos. En estos casos se limita a conocer con claridad absoluta cuánto le costará el bien o el servicio, porque es lo que pagará.

»Sin embargo, en otros negocios, como la obra pública, la concesión y la consultoría, el Estado está acostumbrado a que se desglosen intensamente los costos, exigiendo no sólo el precio total sino una distinción entre los *costos directos* y los *costos indirectos*. Los primeros son los gastos imprescindibles para ejecutar la obra, entre los que se encuentra: la adquisición de materiales, insumos y suministros, la inversión en equipos, el pago de la mano de obra de las cuadrillas de trabajadores obreros y otros gastos afines –representados en los *ítems* que componen el contrato–. Los costos *indirectos* aluden a los gastos que también son necesarios para la obra, pero que no hacen parte de los elementos mismos con los que se construye, es decir, se trata de los costos de administración de la obra, los imprevistos que se presentan durante su ejecución y la utilidad esperada» (MARÍN CORTÉS, Fabián. El precio. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2012. pp. 63-64). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de octubre de 2011. Exp. 20811, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018, radicado No. 11001-03-06-000-2018-00124-00 C.P. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-10)
11. «Los costos indirectos incorporados en el A, corresponden como regla general a gastos de la oficina central, honorarios del director de obra, y de personal especializado. Generalmente estos costos pueden estar compartidos con los diversos contratos de obra que en forma simultánea esté ejecutando el contratista. Un ejemplo corresponde a los costos de la oficina central, y de los asesores de proyectos». [↑](#footnote-ref-11)
12. «…la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicado: 17.554). [↑](#footnote-ref-12)
13. MARÍN, Op. Cit., pp. 64-65. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ibíd., p. 66. [↑](#footnote-ref-14)