CCE-DES-FM-17

**SERIEDAD DE LA OFERTA – Vigencia de la garantía**

So pena de rechazo, la garantía se entrega simultáneamente con los demás documentos de la propuesta. En lo que respecta a la extensión, el citado numeral 7.1 de los pliegos y la invitación dispone que tendrá una vigencia de tres (3) meses contados a partir de la fecha de cierre de procedimiento de selección. Naturalmente, se trata de un plazo ininterrumpido, pues es indivisible en su término y monto. Incluso, en la medida que se mantiene vigente durante la eventual suspensión del proceso contractual, el proponente está obligado a extender su vigencia so pena de que la entidad la haga efectiva.

En este sentido, los pliegos y la invitación disponen que «Si en desarrollo del proceso de selección se modifica el cronograma, el Proponente deberá ampliar la vigencia de la Garantía de seriedad de la oferta hasta tanto no se haya perfeccionado y cumplido los requisitos de ejecución del respectivo contrato»; razón por la cual, en caso de omitirlo, el precitado numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone la cobertura por concepto de «La no ampliación de la vigencia de la garantía […] cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses».

**FACTOR DE CALIDAD – Cuadrillas de trabajo adicional – Alcance**

[…] el otorgamiento del puntaje en este factor de calidad depende del ofrecimiento que realice cada proponente de acuerdo con sus capacidades. 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 cuántos miembros de la cuadrilla de trabajo adicional se necesitan, sino que depende del proponente definir el número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento e incrementa las condiciones de calidad para el contratante.

En caso de que el oferente resulte adjudicatario deberá cumplir el ofrecimiento realizado, so pena de las sanciones contractuales procedentes. Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, los documentos tipo no limitan 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 de obligatorio cumplimiento, so pena la imposición de las multas de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

Bogotá D.C., **07/07/2020 Hora 16:29:44s**

**N° Radicado: 2202013000005930**

Señor

**Luis Alexis Correa**

Piedecuesta, Santander

**Concepto C – 430 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SERIEDAD DE LA OFERTA – Vigencia de la garantía / FACTOR DE CALIDAD – Cuadrillas de trabajo adicional – Alcance  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000004993  |
|  |  |

Estimado señor Correa:

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 12 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿La póliza de seriedad de la oferta debe estar vigente para el día de la audiencia de adjudicación?», ii) «¿El número de cuadrillas para acceder al puntaje los debe aportar la entidad contratante?» y iii) «¿Un oferente puede perder el puntaje como mayor número de cuadrillas al ofrecer un número exorbitante?».

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se analizará tanto el régimen jurídico de la garantía de seriedad de la oferta como las características del factor de calidad cuadrillas de trabajo adicional en los documentos tipo.

 Recientemente esta Subdirección expidió el Concepto C-229 del 16 de abril de 2020, donde se explicó que la garantía de seriedad tiene una vigencia interrumpida de tres (3) meses contados a partir de la fecha de cierre del procedimiento de selección. Además, mediante los Conceptos C-294 del 18 de mayo de 2020; C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020; C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020; y C-404 del 12 de junio de 2020 la Agencia explicó que los proponentes son autónomos para ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional que consideren pertinentes, pues los documentos tipo no contienen limitaciones sobre este aspecto. La tesis propuesta en estos conceptos se expone a continuación:

**2.1. Vigencia de la garantía de seriedad de la oferta**

En concordancia con los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, el numeral 7.1 de los pliegos tipo para licitación pública –versiones 1 y 2– y para selección abreviada de menor cuantía, así como el numeral 7.1 de la invitación de mínima cuantía, establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de seriedad de la oferta en los procedimientos que tengan por objeto celebrar contratos de obra pública de infraestructura de transporte[[1]](#footnote-1). Esta puede otorgarse a través de: i) contrato de seguro contenido en una póliza, ii) patrimonio autónomo, o iii) garantía bancaria. Allí se indica que el proponente debe presentar con la propuesta una garantía que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos señalados en ese numeral y no solicita que se aporten documentos adicionales como el recibo de pago de la prima. Lo anterior se justifica, por cuanto el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]». Esta norma es una excepción a la terminación automática del contrato de seguro por falta de pago prevista en el artículo 1068 del Código de Comercio[[2]](#footnote-2).

 Esta garantía es una manifestación de la irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que carezcan de interés en la adjudicación deben resarcir los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección, máxime cuando se busca la continua y eficiente prestación de los servicios públicos[[3]](#footnote-3). Naturalmente, solo la constituyen quienes presenten ofertas; motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad contractual. Lo anterior, sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. Además, es posible hacerla efectiva en los supuestos establecidos en el artículo 2.2.1.2.3.1.6. del Decreto 1082 de 2015, incluso aunque la ocurrencia de los riesgos asegurados no genere perjuicios a la entidad, por lo que basta con la materialización de dichos eventos. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desincentivando la presentación de ofertas carentes de seriedad, cuyo estudio entorpecería la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procesos contractuales[[4]](#footnote-4). Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

Las *garantías provisionales* «avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista»; constituyen una seña pre-contractual destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las *arras* no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del *ius poenitendi* del licitante. Son, en consecuencia, «la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente»; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad[[5]](#footnote-5). (Cursivas dentro del texto)

So pena de rechazo, la garantía se entrega simultáneamente con los demás documentos de la propuesta[[6]](#footnote-6). En lo que respecta a la extensión, el citado numeral 7.1 de los pliegos y la invitación dispone que tendrá una vigencia de tres (3) meses contados a partir de la fecha de cierre del procedimiento de selección. Naturalmente, se trata de un plazo ininterrumpido, pues es indivisible en su término y monto[[7]](#footnote-7). Incluso, en la medida que se mantiene vigente durante la eventual suspensión del proceso contractual, el proponente está obligado a extender su vigencia so pena de que la entidad la haga efectiva.

En este sentido, los pliegos y la invitación disponen que «Si en desarrollo del proceso de selección se modifica el cronograma, el Proponente deberá ampliar la vigencia de la Garantía de seriedad de la oferta hasta tanto no se haya perfeccionado y cumplido los requisitos de ejecución del respectivo contrato»; razón por la cual, en caso de omitirlo, el precitado numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone la cobertura por concepto de «La no ampliación de la vigencia de la garantía […] cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses».

**2.2. Cuadrillas trabajo adicional como factor de calidad en los pliegos tipo de licitación pública – versión 2 y de selección abreviada de menor cuantía**

En relación con los factores de calidad, los documentos tipo conservan los tres (3) factores existentes en la versión 1 de la licitación pública, e incluyen como nuevas opciones: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) las cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista.

Frente a los factores de calidad, el numeral 4.2 de los pliegos tipo para licitación pública – versión 2 y para selección abreviada de menor cuantía disponen 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 la necesidad y los principios mencionados, si alguno de estos seis (6) factores resulta pertinente para asegurar una mejor calidad en la obra pública contratada y, en todo caso, únicamente podrá exigir la acreditación de máximo tres (3) de ellos, lo cual conserva el límite establecido en la versión 1 del documento base para la licitación pública de infraestructura de transporte.

Particularmente, 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. Conforme al numeral 4.2.5 de los pliegos tipo, 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 debe ser de cinco (5) obreros. Asimismo, este ofrecimiento será a costo y riesgo del contratista durante la ejecución del contrato y no podrá cobrarse a la entidad contratante.

De igual manera, 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 incorpore durante la ejecución, según su capacidad. Lo anterior, en la medida 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.

 Lo importante es que el otorgamiento del puntaje en este factor de calidad depende del ofrecimiento que realice cada proponente de acuerdo con sus capacidades. 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 cuántos miembros de la cuadrilla de trabajo adicional se necesitan, sino que depende del proponente definir el número de cuadrillas de trabajo adicional que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento e incrementa las condiciones de calidad para el contratante.

 En caso de que el oferente resulte adjudicatario deberá cumplir el ofrecimiento realizado, so pena de las sanciones contractuales procedentes. Conforme a lo anterior, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional de acuerdo con sus capacidades. Es decir, los documentos tipo no limitan 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 de obligatorio cumplimiento, so pena la imposición de las multas de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

1. **Respuesta**

i) «¿La póliza de seriedad de la oferta debe estar vigente para el día de la audiencia de adjudicación?».

So pena de rechazo, la garantía se entrega simultáneamente con los demás documentos de la propuesta. En lo que respecta a la extensión, el numeral 7.1 de los pliegos tipo dispone que tendrá una vigencia interrumpida de tres (3) meses contados a partir de la fecha de cierre del proceso de contratación. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de ampliarla cuando la entidad lo requiera. En esta medida, la garantía de seriedad debe estar vigente en la fecha que se realice la audiencia de adjudicación.

ii) «¿El número de cuadrillas para acceder al puntaje los debe aportar la entidad contratante?».

Conforme al numeral 4.2.5 de los pliegos tipo para licitación pública – versión 2 y para selección abreviada de menor cuantía, «El Proponente ofrecerá el número de cuadrillas de trabajo adicional que considere pertinente». Por lo tanto, la Administración no puede definir el número de cuadrillas que pueden ofrecer los proponentes para calificar este factor de evaluación.

iii) «¿Un oferente puede perder el puntaje como mayor número de cuadrillas al ofrecer un número exorbitante?».

Conforme a lo explicado anteriormente, de acuerdo con sus capacidades, los proponentes son autónomos para ofrecer el número de cuadrillas de trabajo adicional que consideren pertinentes. Es decir, los pliegos tipo no limitan este aspecto puntual de la oferta. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en un deber contractual de obligatorio cumplimiento, so pena la imposición de las multas de acuerdo con lo definido en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato».

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

»1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

»2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

»3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

»4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato».

[…]

«Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

»Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

»1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta.

»2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.

»3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta». [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes». [↑](#footnote-ref-2)
3. En esta medida, el numeral 7.1 de los pliegos tipo y de la invitación dispone que «La propuesta tendrá una validez igual al término de vigencia establecido para la garantía de seriedad de la oferta. Durante este período la propuesta será irrevocable, de tal manera que el Proponente no podrá retirar ni modificar los términos o condiciones de la misma, so pena de que la Entidad pueda hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta». [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-4)
5. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto, el parágrafo 3 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 1882 de 2018, prescribe lo siguiente: «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma». [↑](#footnote-ref-6)
7. A diferencia de la garantía de seriedad, la de cumplimiento admite, excepcionalmente, la división de su valor y vigencia conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)