CCE-DES-FM-17

**DOCUMENTOS TIPO – Ponderación – Oferta económica – TRM**

En el caso señalado en la petición se debe tener en cuenta que la entidad debe dar apertura a los sobres No. 2 en un mismo día, sin importar que durante ese procedimiento se conozca la TRM del día siguiente, ya que de acuerdo con esta se definirá el método de ponderación que no varía a pesar de que la entidad continúe realizando la apertura de las ofertas económicas, ya que de acuerdo con el documento base, el método seguirá rigiendo aun cuando se suspenda la audiencia de adjudicación.

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

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

Bogotá D.C., **09/07/2020 Hora 15:28:4s**

**N° Radicado: 2202013000006046**

Señor

**Luis Alexis Correa**

Piedecuesta, Santander

 **Concepto C – 431 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Ponderación oferta económica – TRM / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Factor de Calidad – Número máximo para ofertar |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000004992 |

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: «[...] Cuando se aperturen (sic) los sobres económicos en la tarde y no se alcanzan a evaluar, la entidad debería acoger la TRM del día siguiente solo cuando ya se sepa quienes quedaron habilitados? [...] la entidad debe garantizar que a las 5 de la tarde las propuestas económicas estén evaluadas y corregidas para así aplicar la TRM del día siguiente? [...]». Igualmente, respecto de las opciones del factor de calidad de garantía suplementaria o adicional y cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista, ¿existe un límite al ofrecimiento o la entidad contratante debería establecerlo?

**2. Consideraciones**

**2.1. Ponderación de la oferta económica en procedimientos contractuales regidos por los documentos tipo**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4202013000001564 del 18 de marzo de 2020, reiterado y desarrollado en el concepto C-193 del 6 de abril de 2020, C-279 del 18 de mayo de 2020 y C-349 del 23 de junio de 2020, estudió la ponderación de la oferta económica en procedimientos contractuales que aplican los Documentos Tipo. La tesis desarrollada se expone a continuación.

 El numeral 4.1.4. del documento base señala las alternativas para escoger el método de ponderación de la propuesta económica. Estas son las siguientes: i) mediana con valor absoluto, ii) media geométrica, iii) media aritmética baja y iv) menor valor[[1]](#footnote-1).

La entidad escogerá uno u otro método de ponderación de acuerdo con la Tasa de Cambio Representativa del Mercado –TRM– del día hábil siguiente al día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre que contiene las ofertas económicas. La entidad debe tener en cuenta los centavos de la TRM para definir el método de ponderación de acuerdo con los rangos del siguiente cuadro:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Rango (inclusive)** | **Número** | **Método** |
| De 0.00 a 0.24 | 1 | Mediana con valor absoluto |
| De 0.25 a 0.49 | 2 | Media geométrica |
| De 0.50 a 0.74 | 3 | Media aritmética baja |
| De 0.75 a 0.99 | 4 | Menor valor |

Con lo anterior, se puede concluir que el método aleatorio para seleccionar la fórmula de ponderación de la oferta económica desestimula los actos de corrupción, puesto que no es posible manipular la TRM para conocer con anticipación la fórmula aplicable y poder adjudicar al proponente que la entidad desee, ya que es certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Con relación a los métodos de ponderación aplicables al procedimiento de contratación, en cuanto a la apertura de los sobres No. 2, el documento base señala que «la Entidad debe agotar la apertura de los sobres económicos y la definición del método de ponderación en un mismo día. Igualmente, el método definido el día de la apertura del sobre económico seguirá rigiendo aun cuando la Entidad deba suspender la audiencia».

En ese sentido, es necesario observar que la definición del método de ponderación aplicable a la oferta económica, que es la que se presenta en el sobre No. 2, ocurre en la audiencia de adjudicación que tiene dos actividades: i) respuesta a las observaciones del informe de evaluación y ii) apertura de las ofertas económicas contenidas en los sobres No. 2. La entidad debe desarrollar esta última actividad en un mismo día como lo indicó el documento base citado; y de acuerdo con su consulta se presenta la situación en que la entidad se encuentra en la apertura de los sobres No. 2 y la Superintendencia Financiera de Colombia certifica la TRM del día siguiente, sin que la entidad haya finalizado la apertura de los sobres.

En el caso señalado en la petición se debe tener en cuenta que la entidad debe dar apertura a los sobres No. 2 en un mismo día, sin importar que durante ese procedimiento se conozca la TRM del día siguiente, ya que de acuerdo con esta se definirá el método de ponderación que no varía a pesar de que la entidad continúe realizando la apertura de las ofertas económicas, ya que de acuerdo con el documento base, el método seguirá rigiendo aun cuando se suspenda la audiencia de adjudicación.

Se advierte que la petición señala que la apertura de los sobres No. 2 que contienen la oferta económica comenzó antes de que la Superintendencia Financiera de Colombia publicara la TRM, lo cual no se afecta si durante ese procedimiento se conoce la TRM del día siguiente, ya que con esta se definirá el método de ponderación de las ofertas económicas y así continuará la apertura de las ofertas, sin que sea necesario considerar otra TRM, de acuerdo con lo señalado en el documento base.

Además, para saber cuál es la TRM que se tiene en cuenta para determinar el método para la ponderación de la oferta económica, como se señaló, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en los documentos tipo, para lo que resulta indispensable distinguir si el proceso de contratación estatal se tramita con la versión uno o dos del sistema electrónico de contratación pública −SECOP−.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente realizó el despliegue de SECOP II a nivel territorial en el 2018 y 2019, por lo cual se expidió la Circular Externa No. 1 de 2019 sobre la obligatoriedad del uso del SECOP II en el 2020, que dispone: «A partir del 1 de enero de 2020, todos los procesos de contratación de las entidades relacionadas en el Anexo 1 de esta circular deberán gestionarse, exclusivamente, en el SECOP ll. La medida aplica para los procesos de contratación que se inicien a partir del 1 de enero de 2020.

Este plazo fue prorrogado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No. 2 de 2019, a través de la cual se amplió «[…] la entrada en vigencia de la obligatoriedad del SECOP ll. En consecuencia, las alcaldías capitales de departamento (Administración central) y los departamentos (Administración central) gestionarán todos sus procesos de contratación, exclusivamente en el SECOP ll, a partir del 1 de abril de 2020». Con todo, de acuerdo a lo que se dispuso en la Circular Externa No. 3 de 2020, existen dos grupos de entidades que podrán seguir gestionando sus procesos contractuales por medio de la plataforma SECOP I: por un lado, la Gobernación del Chocó, la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Alcaldía de Quibdó, la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Popayán y, por el otro, la Gobernación de Guainía, la Alcaldía de Inírida, la Gobernación del Amazonas, la Alcaldía de Leticia, la Gobernación del Vichada, la Alcaldía de Puerto Carreño, la Gobernación del Guaviare, la Alcaldía de San José del Guaviare, la Gobernación de Vaupés y la Alcaldía de Mitú.

Los primeros, porque no alcanzaron a ser capacitados en el uso de la plataforma SECOP II, habida cuenta que los programas de formación a cargo de esta entidad se suspendieron por la emergencia en salud pública ocasionada por el Coronavirus - COVID 19. Los segundos, debido a que «las velocidades de carga son insuficientes para operar la plataforma en [sus] territorios», esto es, por problemas de capacidad técnica de las redes.

Ahora bien, si la entidad contratante está obligada a llevar el procedimiento de contratación en la plataforma SECOP II, la TRM que se debe tener en cuenta para la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es la que rija para el día en el que abre el sobre que contiene la oferta económica. Pero si la entidad no está obligada a utilizar dicha plataforma y, por ende, el proceso contractual se adelanta utilizando el SECOP I, la TRM es la que rija el día hábil siguiente a aquel en el que abre el segundo sobre. En efecto, en el numeral 4.1.4. del documento base se dispone lo siguiente:

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP I deberá incluirse lo siguiente:]

[…]

La TRM que la Entidad utilizará para determinar el método de ponderación será la que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre. Esto es, la que la Superintendencia Financiera publique en horas de la tarde el día de la apertura del segundo sobre. [Por ejemplo, si la Audiencia de Adjudicación se realiza el 10 de febrero de 2020 y ese mismo día se abre el segundo sobre, la TRM que se usará para determinar el método de evaluación será la del 11 de febrero de 2020, que se publica en la tarde del 10 de febrero de 2020.]

De esta manera una audiencia iniciada antes que se publique la TRM que rige al día hábil siguiente, podrá desarrollarse totalmente si ese mismo día se abre el sobre económico usando la TRM que publica la Superintendencia Financiera que rija al día hábil siguiente.

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP II deberá incluirse lo siguiente:]

[…]

La TRM que la Entidad utilizará para determinar el método de ponderación será la que rija el día en que efectivamente realice la apertura del segundo sobre. Esto es, la que la Superintendencia Financiera publique en horas de la tarde el día anterior a la apertura del segundo sobre. [Por ejemplo, si la Audiencia de Adjudicación se realiza el 10 de febrero y ese mismo día se abre el segundo sobre, la TRM que se usará para determinar el método de evaluación será la que rige el 10 de febrero, que se publica en la tarde del 9 de febrero]

La TRM aplicable corresponde a la fecha de apertura del sobre que contiene la propuesta económica del oferente, no a la del día correspondiente a de la audiencia de adjudicación. Por ejemplo, puede suceder que esta audiencia inicie el 1 de mayo de 2020, que ese mismo día se resuelvan las observaciones presentadas al informe de evaluación, pero que se suspenda para reanudarla al día siguiente, porque no se alcanzó a abrir el segundo sobre. Tal circunstancia se regula en el documento base, en estos términos:

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP I deberá incluirse lo siguiente:]

El día de la audiencia efectiva de adjudicación la Entidad iniciará respondiendo y resolviendo las observaciones presentadas al informe de evaluación. Acto seguido, la Entidad abrirá los sobres de las ofertas económicas y definirá el método de ponderación de las propuestas de acuerdo con la TRM que rija al día hábil siguiente.

En el evento que la Entidad no agote la actividad prevista en la primera parte del párrafo anterior y deba suspender la audiencia, se tendrá como método de ponderación el que rija el día hábil siguiente del día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre.

[…]

[En caso de que el Proceso de Contratación se adelante a través del SECOP II deberá incluirse lo siguiente:]

El día de la audiencia efectiva de adjudicación la Entidad iniciará respondiendo y resolviendo las observaciones presentadas al informe de evaluación. Acto seguido, la Entidad abrirá los sobres de las ofertas económicas y definirá el método de ponderación de las propuestas de acuerdo con la TRM que rija ese mismo día.

En el evento que la Entidad no agote la actividad prevista en la primera parte del párrafo anterior y deba suspender la audiencia, se tendrá como método de ponderación el que rija el día en que efectivamente realice la apertura del segundo sobre. […]

De acuerdo a lo explicado en los párrafos precedentes, si el segundo sobre se abrió el 11 de junio de 2020, la TRM corresponde a la misma fecha, si el proceso contractual se tramita por la plataforma SECOP II; pero si el proceso se tramita por el SECOP I, la TRM será la del 12 de junio de 2020, esto es, el día hábil siguiente. En relación con esta última hipótesis, el numeral 4.1.4 del pliego tipo dispone que la «[…] audiencia iniciada antes que se publique la TRM que rige al día hábil siguiente, podrá desarrollarse totalmente si ese mismo día se abre el sobre económico usando la TRM que publica la Superintendencia Financiera que rija al día hábil siguiente». En todo caso, como dispone el pliego tipo, la apertura del segundo sobre y la definición del método de ponderación de las ofertas económicas se realizan en un mismo día.

Es del caso precisar que lo explicado respeto al método para la ponderación de la oferta económica también es aplicable en los pliegos tipo de los procedimientos de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte. Lo anterior, siempre que la entidad elija esta opción, pues en esta modalidad no es obligatorio hacerlo teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del procedimiento contractual.

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

Para responder a sus interrogantes se reiteran las consideraciones expuestas en los conceptos C–294 del 18 de mayo de 2020, C–276 del 26 de mayo de 2020, C-277 del 26 de mayo de 2020, C-278 del 26 de mayo de 2020, C-380 del 1 de junio de 2020, C-381 del 1 de junio de 2020 y C-352 del 1 de julio de 2020, en los que se estudió la posibilidad de establecer topes a los ofrecimientos que se realicen con ocasión de los factores de calidad de garantía suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional. La tesis expuesta se reitera a continuación.

 En relación con el «factor de calidad», es preciso aclarar que los documentos tipo conservan los tres factores existentes en la Versión 1 de licitación pública, e incluyen como nuevas opciones que podrá elegir la entidad: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista.

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

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

La «Garantía Suplementaria o Adicional» es aquella otorgada por el contratista: i) distinta a la legal, ii) que amplía o mejora la cobertura de ésta, iii) de forma gratuita, iv) asociada a la estabilidad y calidad de la obra. En este sentido, el proponente puede conceder la garantía adicional a través de una aseguradora, o puede hacerlo directamente, como garantía comercial que se da sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo.

Además, se establece que la entidad otorgará el puntaje que determine para este factor de acuerdo con el número de meses que el proponente ofrezca como vigencia de la garantía adicional. En efecto, este criterio de asignación de puntaje tiene por objeto que las entidades estatales cuenten con una cobertura adicional a la prevista para la estabilidad y calidad de la obra por un término adicional, situación que incide en la idoneidad y mejora de condiciones de la obra, además que atendiendo a la exigencia de este compromiso adicional, el contratista tenderá a ejecutar mejor el contrato, con el incentivo adicional de que no se haga efectiva la garantía en ese periodo extendido. El ofrecimiento que realice el oferente del número de meses que otorgará como garantía adicional dependerá de las capacidades del oferente.

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

De igual manera, es importante señalar que la entidad definirá en el documento base las actividades y el tiempo que se necesitará para las cuadrillas de trabajo adicional. Con el fin de reducir la discrecionalidad de la entidad y fortalecer las ventajas que este factor supone para la calidad de la obra, la entidad otorgará el puntaje fijado para este criterio de acuerdo con el número de cuadrillas que el proponente se comprometa a incorporar durante la ejecución, según su capacidad. Este factor de calidad trae beneficios para el adecuado cumplimiento del contrato, incidiendo en la reducción del tiempo de ejecución y previniendo atrasos, de manera que favorece la calidad de la ejecución, en tanto incide, entre otras cosas, en una disminución de los plazos y en la atención oportuna de las contingencias que surjan durante la ejecución del contrato.

Finalmente, el «Factor de Calidad – Mantenimiento adicional» tiene como objeto mejorar la calidad de la obra, ya que se garantiza un mantenimiento rutinario, situación que otorga beneficios a las entidades y a la ciudadanía en cuanto a la durabilidad de las condiciones de la infraestructura de transporte. Ahora, el proponente ofertará el número de meses durante los cuales se compromete a realizar por su propia cuenta y riesgo las labores de mantenimiento rutinario de la obra construida. El término ofertado será contado a partir de la terminación de las obras objeto del procedimiento de contratación.

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

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

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

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

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

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

CLÁUSULA 15. MULTAS

[…]

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

[…]

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

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

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

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

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

 Por otro lado, es importante señalar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución No. 080 de 2020, a través de la cual suspende los numerales 3.6 – Visita al sitio de la obra y 4.2.4 – Garantías suplementarias o adicionales, de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 2 y de selección abreviada de menor cuantía de infraestructura de transporte, mientras el Presidente de la República conserva la medida de aislamiento preventivo obligatorio, sin perjuicio del estudio económico que pueda hacer la Agencia Nacional de Contratación Pública al impacto negativo que sufra el mercado de obras de infraestructura, para extender esta medida más allá de la declaratoria de la pandemia.

 Esta resolución se expide con motivo a la pandemia del Coronavirus que está enfrentando el país estos últimos meses, y por la restricción de los desplazamientos aéreos y terrestres, generándose así mayores costos y dificultades para las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas de construcción de infraestructura. En este orden de ideas, las entidades no podrán exigir el factor de calidad de «garantía suplementaria o adicional» en los procesos de contratación mientras se encuentran suspendidos estos numerales en los documentos tipo de licitación pública de infraestructura de transporte Versión 2 y en los procesos de selección abreviada de infraestructura de transporte.

**3. Respuestas**

«[...] Cuando se aperturen (sic) los sobres económicos en la tarde y no se alcanzan a evaluar, la entidad debería acoger la TRM del día siguiente solo cuando ya se sepa quienes quedaron habilitados? [...] la entidad debe garantizar que a las 5 de la tarde las propuestas económicas estén evaluadas y corregidas para así aplicar la TRM del día siguiente? [...]»

El Documento Base de los Documentos Tipo Versión 2 señala que la entidad debe dar apertura al sobre No. 2 en un mismo día, y también debe definir el método de ponderación de la oferta económica de acuerdo con la TRM del día siguiente a esta actividad, que se desarrolla dentro de la audiencia de adjudicación, la cual es certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

 En consecuencia, si la entidad comienza la apertura de ofertas antes de que se publique la TRM y cuando esta se conoce la entidad no ha finalizado el procedimiento, esa será la TRM que seguirá rigiendo la escogencia del método de ponderación de la oferta económica, a pesar de que la TRM se conozca sin haber terminado la apertura de ofertas, por expresa disposición de los Documentos Tipo que rigen el procedimiento, ya que esto no afecta la definición del método de ponderación, porque la entidad debe continuar la apertura de ofertas y finalizarla el mismo día, sin que ello implique cambiar la TRM aplicable.

Conforme al numeral 4.1.4 del documento base, si la entidad contratante está obligada a llevar el procedimiento de contratación en la plataforma SECOP II, la TRM que se tiene en cuenta para la determinación del método de ponderación de la oferta económica, es la que rija para el día en el que abre el sobre que contiene la oferta económica. Pero si la entidad no está obligada a utilizar dicha plataforma y, por ende, el proceso contractual se adelanta utilizando el SECOP I, la TRM es la que rija el día hábil siguiente a aquel en el que abre el segundo sobre. Conforme a lo explicado anteriormente, la TRM aplicable corresponde a la fecha de apertura del sobre que contiene la propuesta económica del oferente, no a la del día correspondiente a la audiencia de adjudicación.

Respecto de las opciones del factor de calidad de garantía suplementaria o adicional y cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista ¿Existe un límite al ofrecimiento o la entidad contratante debería establecerlo?

El documento tipo no limita al oferente respecto a cuántos meses de garantía adicional, distinta a la legal, puede ofrecer; el número de cuadrillas de trabajo adicional que se compromete a emplear en el proyecto; o un plazo máximo para realizar labores de mantenimiento rutinario adicional. Es decir, el documento tipo no limita los ofrecimientos realizados por el oferente. No obstante, en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual que es de obligatorio cumplimiento, so pena de las consecuencias asociadas a un incumplimiento contractual, entre otras cosas, la imposición de sanciones contractuales.

En ese sentido, tampoco existe un deber o una facultad de las entidades para establecer topes a estos factores, ya que esto es dejado por el documento tipo a la autonomía de los oferentes, en la medida que la razonabilidad de los ofrecimientos será producto de la libre competencia y de la capacidad de los participantes del proceso de selección para materializar lo ofertado una vez adjudicado el contrato. Finalmente, no hay lugar a manipular o favorecer indebidamente a un proponente por parte de la entidad contratante, debido a la justificación que conforme al numeral 4.2 del documento tipo se debe incluir en los documentos y estudios previos, y teniendo en cuenta que depende del proponente definir el alcance del factor de calidad que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento, fomenta la competencia e incrementa las condiciones de calidad para la entidad.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. Documento Base o Pliego Tipo, numeral 4.1.4 «La Entidad seleccionará el método de ponderación de la propuesta económica de acuerdo con las siguientes alternativas:

|  |  |
| --- | --- |
| **Concepto** | **Método** |
| 1 | Mediana con valor absoluto |
| 2 | Media geométrica |
| 3 | Media aritmética baja |
| 4 | Menor Valor |

 »Para determinar el método de ponderación, la Entidad tomará los centavos de la Tasa de Cambio Representativa del Mercado (TRM), certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia (en su sitio web: https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60819)». [↑](#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)