**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Experiencia**

El numeral 3.5 del «Documento Base o Pliego Tipo» establece las reglas para acreditar y evaluar la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Este numeral dispone que los Proponentes deben acreditar su experiencia mediante: i) la información consignada en el RUP para quienes estén obligados a tenerlo, ii) la presentación el Formato 3 – Experiencia para todos los Proponentes y iii) alguno de los documentos válidos para la acreditación de la experiencia señalados en el numeral 3.5.5. cuando se requiera la verificación de información del Proponente adicional a la contenida en el RUP. El numeral 3.5.1. señala las características que deben cumplir los contratos o certificaciones aportados para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.2. enuncia los aspectos para analizar la experiencia acreditada; el numeral 3.5.3. señala los códigos del «clasificador de bienes, obras y servicios de las naciones unidas» en los cuales se deben encontrar clasificados los contratos aportados para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.4. establece la información mínima que deben contener los documentos válidos para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.5. define varios documentos válidos para acreditar experiencia cuando se requiera la verificación de información del Proponente adicional a la contenida en el RUP; el numeral 3.5.6. señala las reglas para acreditar la experiencia mediante subcontratos; y el numeral 3.5.7. establece el valor mínimo que se debe acreditar con relación al presupuesto oficial de acuerdo con el número de contratos aportados.

**EXPERIENCIA – Experiencia general – Experiencia específica – Inalterabilidad**

Ahora bien, dentro de los requisitos de «experiencia general» establecidos en la Matriz 1 para la actividad «2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS», se hace referencia a los materiales «pavimento asfáltico o concreto hidráulico o placa huella», lo cual motiva la consulta que se resuelve, en la medida que se indaga en torno al material en que se debe acreditar el requisito de «experiencia específica».

Al respecto estima esta Agencia que, en virtud del principio de inalterabilidad de los documentos tipo establecido en el artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015, la limitación del requisito de «experiencia específica» no es procedente, comoquiera que supone una alteración de lo establecido en la «Matriz 1 – Experiencia», que no contempla un tipo de material, excluyendo la posibilidad de que las entidades puedan decantarse por alguno de ellos.

**DOCUMENTOS TIPO – «Factor de calidad» – Mantenimiento adicional**

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

**MANTENIMIENTO ADICIONAL – Límite**

También se debe tener en cuenta que mediante Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, Colombia Compra Eficiente, en cumplimiento de su deber de revisar periódicamente el contenido de los documentos tipo, con el fin de adaptarlos a la realidad de la contratación del país, modificó los factores de calidad de los documentos tipo para selección abreviada de menor cuantía y licitación pública Versión 2. Respecto del mantenimiento adicional, la modificación consiste en que la entidad debe establecer un límite al ofrecimiento del proponente entre el «[…] rango: 30% y 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra de acuerdo con las disposiciones del artículo 2.2.1.2.3.1.14. del Decreto 1082 de 2015 […]».

Bogotá D.C., **18/08/2020** **Hora 4:24:45s**

**N° Radicado: 2202013000007523**

Señora

**Lisbeth Katherine Pacheco Sierra**

Los Patios, Norte de Santander

 **Concepto C – 528 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DOCUMENTOS TIPO – Experiencia / EXPERIENCIA – Experiencia general – Experiencia específica – Inalterabilidad / DOCUMENTOS TIPO – «Factor de calidad» – Mantenimiento adicional / MANTENIMIENTO ADICIONAL – Límite |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202012000006534 |

Estimada señora Pacheco,

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 31 de julio de 2020.

**1. Problemas planteados**

De acuerdo con los «Documentos Tipo – Versión 2» para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, usted realiza las siguientes preguntas: i) «[…] En relación a la Experiencia específica exigida en los casos en donde según la matriz 1 se requiera […] “Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general cuenta con una longitud intervenida que corresponda al 50% de la longitud de vía a construir mediante el presente proceso de contratación”, esta exigencia se debe entender que si se va construir una placa huella se debe aportar un contrato que tenga la longitud exigida en placa huella o se puede interpretar que puede ser en PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO como lo exige la experiencia general […]» y ii)

 «[...] En cuanto al mantenimiento adicional exigido por algunas entidades en el factor de calidad, no se cuenta con un tope máximo para comprometerse a un mantenimiento rutinario haciendo de este requerimiento una oportunidad para que algunos proponentes desborden sus ofertas inmensurables. Explicar cómo se podría manejar o si existen limitaciones al respecto».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la forma de establecer y acreditar la experiencia exigible, en procedimientos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte que aplican documentos tipo en los conceptos 4201912000004262 del 25 de junio de 2019, 4201912000004426 del 3 de julio de 2019, 4201912000005320 del 6 de agosto de 2019, 4201912000005394 del 9 de agosto de 2019, 4201912000005416 del 10 de agosto de 2019, 4201912000005548 del 15 de agosto de 2019, 4201912000005609 del 16 de agosto de 2019, 4201912000005809 del 27 de agosto de 2019, 4201912000005628 del 5 de septiembre de 2019, 4201912000006151 del 9 de septiembre de 2019, 4201912000007034 del 11 de octubre de 2019, 4201912000007124 del 17 de octubre de 2019, 4201912000006449 del 21 de octubre de 2019, 4201912000007328 del 9 de diciembre de 2019, C – 056 del 8 de enero de 2020, C – 069 del 24 de enero de 2020, C – 097 del 5 de febrero de 2020, C – 198 del 17 de abril de 2020, C – 325 del 26 de mayo de 2020, C – 444 del 13 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-512 del 6 de agosto de 2020, entre otros, por lo que se reiterarán algunas consideraciones de estos conceptos.

 También, para responder su interrogante 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, C-352 del 1 de julio de 2020 y C-432 del 27 de julio de 2020, en los que se estudiaron los factores de calidad de garantía suplementaria, cuadrillas de trabajo adicional y mantenimiento rutinario adicional. La tesis expuesta se reitera a continuación.

**2.1 Documentos tipo versión 2: experiencia y su acreditación**

El numeral 3.5 del «Documento Base o Pliego Tipo» establece las reglas para acreditar y evaluar la experiencia requerida en el procedimiento de contratación. Este numeral dispone que los Proponentes deben acreditar su experiencia mediante: i) la información consignada en el RUP para quienes estén obligados a tenerlo, ii) la presentación el Formato 3 – Experiencia para todos los Proponentes y iii) alguno de los documentos válidos para la acreditación de la experiencia señalados en el numeral 3.5.5. cuando se requiera la verificación de información del Proponente adicional a la contenida en el RUP. El numeral 3.5.1. señala las características que deben cumplir los contratos o certificaciones aportados para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.2. enuncia los aspectos para analizar la experiencia acreditada; el numeral 3.5.3. señala los códigos del «clasificador de bienes, obras y servicios de las naciones unidas» en los cuales se deben encontrar clasificados los contratos aportados para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.4. establece la información mínima que deben contener los documentos válidos para acreditar la experiencia; el numeral 3.5.5. define varios documentos válidos para acreditar experiencia cuando se requiera la verificación de información del Proponente adicional a la contenida en el RUP; el numeral 3.5.6. señala las reglas para acreditar la experiencia mediante subcontratos; y el numeral 3.5.7. establece el valor mínimo que se debe acreditar con relación al presupuesto oficial de acuerdo con el número de contratos aportados.

En los procedimientos de selección regidos por los documentos tipo, para definir la experiencia exigible, la entidad estatal, en la etapa de planeación, debe identificar, de acuerdo con el alcance del objeto a contratar, el tipo de infraestructura y las actividades definidas en la «Matriz 1- Experiencia». De igual manera, con el fin de verificar si el objeto a contratar se encuentra enmarcado en las actividades de experiencia, el «Anexo 3 – Glosario» establece los conceptos propios de la ingeniería civil que deben ser considerados para una adecuada aplicación de los criterios establecidos.

De acuerdo con las condiciones fijadas en el documento base, la configuración y acreditación del requisito habilitante es abordada desde distintos criterios. En primer lugar, los contratos presentados por los proponentes deben corresponder a la actividad o actividades de experiencia general y específica que la entidad exija en el pliego de condiciones de acuerdo con los parámetros señalados en la Matriz 1. En segundo lugar, los proponentes deben acreditar el cumplimiento de las condiciones fijadas con mínimo uno (1) y máximo seis (6) contratos, que debieron terminar antes de la fecha de cierre del proceso de contratación. Finalmente, el número de contratos aportados por el proponente debe certificar un valor mínimo correspondiente a un porcentaje del presupuesto oficial del proceso de obra expresado en SMMLV, cuya verificación se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Para fijar las condiciones que deben cumplir los contratos aportados, en términos de actividades ejecutadas, las entidades deberán emplear la Matriz 1, documento que estandariza las condiciones de «experiencia general» y/o «experiencia específica» que deben requerir las entidades estatales a los proponentes para acreditar el requisito habilitante de experiencia de acuerdo con: i) el tipo de obra de infraestructura de transporte, ii) la actividad a contratar y iii) la cuantía del proceso de contratación.

Frente al primer aspecto, la Matriz 1 está constituida por ocho (8) tipos de obras de infraestructura de transporte, identificadas con un número y su descripción, los cuales son: 1) obras en vías primarias o secundarias, 2) obras en vías terciarias, 3) obras marítimas y fluviales, 4) obras en vías primarias o secundarias o terciarias para atención de emergencias diferentes a contratación directa, 5) obras férreas, 6) obras de infraestructura vial urbana, 7) obras en puentes y 8) obras aeroportuarias. Estos determinan el marco para la aplicación de los documentos tipo, dado que comprenden todas aquellas actividades que constituyen obra pública de infraestructura de transporte y que han sido objeto de estandarización mediante el Decreto 342 de 2019.

Con respecto a la actividad a contratar, la Matriz 1 establece cuáles son las que corresponden a cada uno de los tipos de infraestructura mencionados, con el fin de que la entidad pueda identificar aquellas en las cuales puede encuadrarse de mejor forma el objeto que pretende ejecutar y determinar los requisitos de experiencia exigibles. Por ejemplo, para el tipo de infraestructura «Obras en vías primarias o secundarias» la entidad podrá verificar la experiencia requerida en su proceso, de acuerdo con las siguientes actividades: «1.1 Proyectos de construcción de vías», «1.2 Proyectos de mejoramiento de vías» y/o «1.3 Proyectos de rehabilitación o mantenimiento de carretera».

Por último, el documento establece los rangos dentro de los cuales se debe identificar el presupuesto del proceso de contratación. Estos abarcan las cuantías mínimas y máximas que son frecuentes en los procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, y son resultado de las exigencias señaladas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del Decreto 1082 de 2015, conforme a los cuales las condiciones habilitantes fijadas en los documentos tipo deben tener en cuenta la naturaleza y cuantía del tipo de intervención.

Estos tres factores determinan el requisito de experiencia, establecido en los documentos desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, e incluido en la Matriz 1, que es resultado del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento. Igualmente, se encuentran sometidos a la reglamentación establecida en el Decreto 342 de 2019 y no pueden ser alterados, modificados o adicionados en su contenido.

De esta manera, la entidad estatal, para definir la experiencia exigible en un procedimiento de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, debe seguir los siguientes pasos:

a) Identificar en la «Matriz 1- Experiencia», el tipo de infraestructura sobre el cual recae la obra a ejecutar. Al respecto esta matriz contiene ocho (8) secciones: 1. OBRAS EN VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS. 2. OBRAS EN VIAS TERCIARIAS. 3. OBRAS MARITIMAS Y FLUVIALES. 4. OBRAS EN VIAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O TERCIARIAS PARA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS DIFERENTES A CONTRATACIÓN DIRECTA. 5. OBRAS FERREAS. 6. OBRAS INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA. 7. OBRAS EN PUENTES. 8. OBRAS AEROPORTUARIAS.

b) Una vez definido el tipo de infraestructura, identificar la «ACTIVIDAD A CONTRATAR» acorde con la «Matriz 1- Experiencia».

c) Identificar el rango en el cual se encuentra el procedimiento de contratación de acuerdo con el presupuesto oficial.

d) Identificar la «experiencia general» exigible acorde con la «Matriz 1- Experiencia» teniendo en cuenta la actividad a contratar y el rango de la cuantía del procedimiento de contratación.

e) Identificar la «experiencia específica» exigible y el porcentaje de dimensionamiento que se puede solicitar acorde con la longitud a ejecutar de acuerdo con la cuantía del procedimiento de contratación. En los casos que en la «experiencia específica» se indique las siglas N.A significa que la entidad estatal no puede exigir a los proponentes ningún tipo de experiencia específica en los procedimientos de contratación.

A continuación, se identifica la experiencia general y específica que la entidad estatal solicitará, de acuerdo con las características y parámetros explicados previamente:

a) De acuerdo con la Matriz 1 el tipo de infraestructura que se relaciona con el objeto contractual, por ejemplo, es «2. OBRAS EN VÍAS TERCIARIAS».

b) Una de las actividades que se relaciona allí es el numeral «2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS».

c) La «experiencia general» que se debe solicitar en procesos de contratación con presupuesto inferior a los 27.001 SMMLV, es «CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS TERCIARIAS O VIAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS». En ningún caso, la entidad podrá modificar la experiencia exigible dado que así fue establecida en la «Matriz 1 – Experiencia».

d) La «experiencia específica» depende de la cuantía del proceso de contratación. Por un lado, para procesos con cuantía entre 100 SMMLV y 1.000 SMMLV, el requisito consiste en que «Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general cuenta con una longitud intervenida que corresponda al 50% de la longitud de vía a construir mediante el presente proceso de contratación».

En este sentido, la «experiencia general» y la «experiencia específica» que requiera la entidad para acreditar la experiencia en el proceso de contratación es el resultado de aplicar los parámetros obligatorios fijados en los documentos tipo, de acuerdo con el tipo de infraestructura, la actividad a contratar y la cuantía del proceso de contratación, por lo tanto, no podrá exigir actividades o cantidades distintas a las previstas en la «Matriz 1 – Experiencia», ni tampoco podrá alterar los requisitos allí establecidos.

Ahora bien, dentro de los requisitos de «experiencia general» establecidos en la Matriz 1 para la actividad «2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS», se hace referencia a los materiales «pavimento asfáltico o concreto hidráulico o placa huella», lo cual motiva la consulta que se resuelve, en la medida que se indaga en torno al material en que se debe acreditar el requisito de «experiencia específica».

Al respecto estima esta Agencia que, en virtud del principio de inalterabilidad de los documentos tipo establecido en el artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015, la limitación del requisito de «experiencia específica» no es procedente, comoquiera que supone una alteración de lo establecido en la «Matriz 1 – Experiencia», que no contempla un tipo de material, excluyendo la posibilidad de que las entidades puedan decantarse por alguno de ellos.

Así lo explicó esta Agencia en el radicado No. 2201913000006640 del 9 de septiembre 2019, al expresar «Cuando la entidad estatal de acuerdo con el alcance del objeto contractual ha identificado el tipo de infraestructura, la actividad a contratar y la cuantía del proceso de contratación, debe determinar la “experiencia general” y la “experiencia específica” con base en la “Matriz 1 – Experiencia”, de acuerdo con la metodología previamente expuesta, dicha experiencia debe solicitarse en las condiciones allí previstas, con la descripción completa que corresponda a la experiencia general y especifica. Por lo tanto, para el caso objeto de consulta, no es posible limitar las actividades válidas para la acreditación de experiencia únicamente a “pavimento asfáltico”, se reitera, se deben solicitar todas las actividades exigidas en la “Matriz 1- Experiencia”».

En ese orden, la inalterabilidad de los requisitos habilitantes estandarizados por los documentos tipo, impide que las entidades estatales al valerse de ellos para la configuración de sus pliegos de condiciones alteren, modifiquen o jueguen con lo establecido en la «Matriz 1 – Experiencia», lo que significa que tampoco podrán limitar el contenido o alcance de los requisitos, ya que ello supondría la alteración de estos, lo cual precisamente es una de las conductas proscritas por el referido principio de inalterabilidad. Conforme a esto, permitir la posibilidad de que se excluya uno de los tipos de material contemplados en los requisitos de «experiencia general» establecidos para la actividad 2.2 para acreditar la «experiencia específica» sería una vulneración del principio de inalterabilidad de los documentos tipo.

**2.2 Opciones para asignar puntaje por el factor de calidad establecido en los pliegos tipo:** **«Factor de Calidad – Mantenimiento adicional»**

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 el factor relacionado con el mantenimiento adicional, por ser el objeto de su consulta.

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. 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.

En esta medida, de acuerdo al documento base implementado por la Resolución No. 045 de 2020, 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 se comprometa a realizar durante un plazo mayor labores de mantenimiento rutinario después de la terminación de las obras objeto del proceso de contratación. En otras palabras, la entidad no puede fijar discrecionalmente un número de meses que den lugar a otorgar el puntaje por mantenimiento adicional, sino que depende del proponente ofertar el tiempo de mantenimiento 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.

 No obstante, se debe tener en cuenta que mediante Resolución No. 116 del 21 de julio de 2020, Colombia Compra Eficiente, en cumplimiento de su deber de revisar periódicamente el contenido de los documentos tipo, con el fin de adaptarlos a la realidad de la contratación del país, modificó los factores de calidad de los documentos tipo para selección abreviada de menor cuantía y licitación pública Versión 2. Respecto del mantenimiento adicional, la modificación consiste en que la entidad debe establecer un límite al ofrecimiento del proponente entre el «[…] rango: 30% y 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra de acuerdo con las disposiciones del artículo 2.2.1.2.3.1.14. del Decreto 1082 de 2015 […]».

 En ese sentido, antes de la vigencia de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020, las entidades estatales que apliquen la versión 2 del documento base para procesos de licitación pública no se encuentran facultadas para fijar topes o un número máximo de meses que den lugar al otorgamiento del puntaje, ya que como se viene sosteniendo, esto depende únicamente de los proponentes. Esto no significa que un oferente pueda realizar un ofrecimiento exagerado o artificioso con el único fin de obtener el puntaje que corresponde, pues –en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación– los compromisos adquiridos se convierten deberes contractuales obligatorios, so pena de activarse las consecuencias asociadas al incumplimiento, incluyendo el uso de facultades sancionatorias de las entidades estatales.

 Al respecto, 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[[1]](#footnote-1). 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 de 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 en que se incumplan los ofrecimientos realizados en el factor de calidad. La imposición de multas tiene fundamento en el artículo 1602 del Código Civil que señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales[[2]](#footnote-2). En este sentido, si el oferente realiza un ofrecimiento en el «Factor de calidad» y resulta adjudicatario del 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, al comprometerse con su oferta a realizar un mantenimiento adicional, adquieren obligaciones adicionales que deben cumplir en la ejecución del contrato, conforme al principio de buena fe[[3]](#footnote-3).

**3. Respuestas**

i) De acuerdo con los «Documentos Tipo – Versión 2» para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, «[…] En relación a la Experiencia específica exigida en los casos en donde según la matriz 1 se requiera […] “Por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general cuenta con una longitud intervenida que corresponda al 50% de la longitud de vía a construir mediante el presente proceso de contratación”, esta exigencia se debe entender que si se va construir una placa huella se debe aportar un contrato que tenga la longitud exigida en placa huella o se puede interpretar que puede ser en PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO como lo exige la experiencia general […]».

De conformidad con el principio de inalterabilidad de los documentos tipo, establecido en el artículo 2.2.1.2.6.1.4 del Decreto 1082 de 2015, en la configuración de los requisitos de «experiencia específica» para la contratación de obras correspondientes a la actividad «2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS», que es una de las actividades que en su «experiencia general» contiene varios materiales como pavimento asfáltico, concreto hidráulico y placa huella, a las entidades públicas les está vedado limitar el requisito a solo uno de los tipos de material contemplados en la «Matriz 1 - Experiencia», pues significaría una vulneración del mandato de inalterabilidad; por tanto la «experiencia específica» se puede acreditar en cualquier material de los mencionados en la «experiencia general».

ii) «[...] En cuanto al mantenimiento adicional exigido por algunas entidades en el factor de calidad, no se cuenta con un tope máximo para comprometerse a un mantenimiento rutinario haciendo de este requerimiento una oportunidad para que algunos proponentes desborden sus ofertas inmensurables. Explicar cómo se podría manejar o si existen limitaciones al respecto».

En las licitaciones públicas en las que se aplique el documento base adoptado por la Resolución No. 045 de 2020 –sin las modificaciones introducidas por la Resolución No. 116 de 2020–, el oferente tiene la libertad y autonomía de ofrecer el número de meses durante el cual puede realizar las labores de mantenimiento rutinario de acuerdo con sus capacidades. Es decir, el documento base no limita los ofrecimientos realizados por el oferente, ni faculta a las entidades para hacerlo; pero en el evento que resulte adjudicatario del proceso de contratación, el compromiso del factor de calidad se convierte en una obligación contractual, la cual supone el uso de las facultades sancionatorias en caso de incumplimiento.

En esta medida, solo a partir de la Resolución 116 del 21 de julio de 2020 se modifican los factores de calidad de los documentos tipo para selección abreviada de menor cuantía y licitación pública –versión 2–, estableciendo un límite al ofrecimiento del proponente respecto del mantenimiento adicional en un rango de entre el «[…] 30% y 50% del plazo establecido por la entidad para la garantía de estabilidad y calidad de la obra de acuerdo con las disposiciones del artículo 2.2.1.2.3.1.14. del Decreto 1082 de 2015 […]».

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 |

1. Ley 1150 de 2007: «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

»Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas». [↑](#footnote-ref-1)
2. Código Civil: «Artículo 1602. Los Contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales». [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)