

DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, actualizó los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte introduciendo su tercera versión mediante la Resolución No 240 de 2020, precisando en sus artículos 2 y 3 la obligatoriedad de los parámetros contenidos en los mismos y su inalterabilidad, de modo que es deber de las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública utilizar los Documentos Tipo en los procesos de selección que adelanten, quedando vedadas de la posibilidad de efectuar modificaciones a las condiciones habilitantes, factores de escogencia y sistemas de ponderación contenidos en los mismos, por lo que solo podrán realizar modificaciones en los lugares en que expresamente lo establezcan los Documentos Tipo.

FORMATOS FACTOR CALIDAD – Inalterabilidad – Formatos 7A, 7B, 7C y 7D — Suficiencia para obtención de puntaje

Todos los formatos como parte integral de los «Documentos Tipo», ostentan las características de obligatoriedad e inalterabilidad que los distingue, salvo en aquellos aspectos donde expresamente se faculte a las entidades contratantes o a los proponentes para su diligenciamiento, como ocurre con los espacios señalados entre corchetes y resaltados en gris, en consecuencia, no se admite injerencia alguna para efectos de adición o supresión de los elementos que consagran, por lo que tampoco es viable la exigencia de documentación adicional.

De lo anterior se desprende que, el único documento requerido para otorgar el puntaje frente al factor de calidad es la suscripción del formato que corresponda, de acuerdo con las opciones seleccionadas por la entidad estatal, en consecuencia, no resulta viable exigir a los proponentes documentos adicionales para que se otorgue el puntaje de factor de calidad durante el procedimiento de selección.

BUENA FE – Contratación estatal – Factor de calidad

La buena fe se ha instituido como principio rector de los contratos civiles, comerciales y estatales, en estos últimos reviste una indiscutible importancia, máxime cuando está de por medio el interés general, entendiéndose como un desarrollo del principio de planeación, en virtud del cual, el proponente honrando su palabra mediante la gravedad de juramento, deberá cumplir con las condiciones precisadas, razón por la que el diligenciamiento de los formatos establecidos para la acreditación del factor calidad durante los procesos de selección resultará suficiente para la obtención del puntaje asignado por la entidad en cada caso, cristalizándose la presunción de buena fe que se predica del actuar de la administración y de los particulares.

FACTOR CALIDAD – Ofrecimiento – Obligación contractual

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 acuerdo con el contenido de cada contrato. 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.





Bogotá, 13 de septiembre de 2021

Señora
Yamile Lizeth Eulegelo Romero
Ciudad
yamilizeth_08@hotmail.com

Concepto C – 430 de 2021

Temas: DOCUMENTOS TIPO – Inalterabilidad / FACTOR CALIDAD –
– Formatos 7A, 7B, 7C y 7D – Suficiencia para obtención de
puntaje / BUENA FE – Contratación estatal – Factor calidad /
FACTOR CALIDAD – Ofrecimiento – Obligación contractual

Radicación: Respuesta a consulta # P202107030006703

Estimada señora Eulegelo,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2 de agosto de 2021.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente pregunta: «[...] Pueden las Entidades Estatales dentro de la aplicación de los Pliegos Tipo para obras de infraestructura de transporte version 3, solicitar documentos adicionales a los Formatos establecidos para acreditar el factor de Calidad (Formato 7)[...].».

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) obligatoriedad e inalterabilidad de los Documentos Tipo; ii) acreditación del factor de calidad y iii) el principio



de buena fe en la contratación pública y su incidencia en los compromisos adquiridos por los proponentes frente al factor calidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la acreditación del factor de calidad en procesos de selección regidos por documentos tipo en los conceptos con radicados: 2201913000006967 del 19 de septiembre de 2019, 2201913000008144 del 30 de octubre de 2019, 2201913000008483 del 14 de noviembre de 2019, 2201913000009022 del 6 de diciembre de 2019, 2201913000009573 del 24 de diciembre de 2019, C–039 del 16 de enero de 2020, C–103 del 3 de marzo de 2020, C–119 del 18 de marzo de 2020, C–145 del 31 de marzo de 2020, C–217 del 21 de abril de 2020, C–294 del 18 de mayo de 2020, C–352 del 30 de junio de 2020, C–432 de 2020 del 27 de julio de 2020, C–519 del 3 de agosto de 2020, C–766 del 8 de enero de 2021, C–001 del 10 de febrero de 2021, C–046 del 8 de marzo de 2021, C-184 del 29 de abril de 2021 y C-301 del 16 de junio de 2021. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación.

2.1 Obligatoriedad e inalterabilidad de los Documentos Tipo

Al tenor de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado y modificado por las Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020, «corresponde a la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, la adopción de documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...] establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia [...]». Para tal fin, se considerarán las características propias de las regiones, la cuantía, la naturaleza y especialidad de la contratación, entre otros aspectos, previendo un procedimiento coordinado con entidades técnicas o especializadas para su incorporación, enfatizando en su obligatoriedad para procesos de selección de obras públicas.

Dando cumplimiento al precitado mandato legal, la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, actualizó los Documentos Tipo¹ para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte,

¹ Los artículos 2.2.1.2.6.1.2. del Decreto 1082 de 2015 y 1 de la Resolución No 240 de 2020 coinciden en señalar que los Documentos Tipo están constituidos por el documento base del pliego tipo, sus anexos, formatos, matrices y formularios; por su parte, el ANEXO 3 – GLOSARIO de los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública Versión 3 señala estos « [...] incorporan los Pliegos de Condiciones Tipo, sus anexos, matrices y demás documentos que incluyen las condiciones habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia».

adoptando su tercera versión mediante la Resolución No 240 de 2020², precisando en sus artículos 2 y 3 la obligatoriedad de los parámetros contenidos en los mismos y su inalterabilidad³.

Posteriormente, considerando que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispuso una nueva regulación de los criterios de desempate que rigen en los procesos de contratación pública, con lo cual derogó los factores previstos en normas anteriores, generando la pérdida de fuerza ejecutoria de los criterios dispuestos en el Decreto 1082 de 2015 por desaparición de sus fundamentos de derecho, mediante la Resolución No 161 de 2021 se modificaron los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, principalmente en lo concerniente a los factores de desempate y algunos aspectos adicionales relacionados, entre otras cosas, con los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3.

En línea con lo anterior, dadas las características de obligatoriedad e inalterabilidad que ostentan los documentos tipo, es deber de las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública su utilización en los procesos de selección que adelanten, quedando vedadas de la posibilidad de efectuar modificaciones a las condiciones habilitantes, factores de escogencia y sistemas de ponderación contenidos en los mismos, por lo que solo podrán realizar modificaciones en los lugares en que expresamente lo establezcan y permitan los Documentos Tipo.

De acuerdo con lo anterior, la introducción del Documento Base del documento tipo de licitación de obra infraestructura de transporte – versión 3, señala claramente que «[Los

² Antes de la modificación del párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 efectuada mediante la Ley 2022 de 2020, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 342 y 2096 de 2019 y 594 de 2020, adicionó el Decreto 1082 de 2015, reglamentó parcialmente el párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y adoptó los «Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte» y sus equivalentes para las modalidades de menor y mínima cuantía. Dentro de este marco normativo la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente mediante Resolución No 1798 de 2019 expidió la Versión 1 de los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, que a través de las Resoluciones 0044 y 0045 de 2020 se adoptaron y desarrollaron para la modalidad de selección de menor cuantía y se actualizaron en lo que respecta a la modalidad de licitación implementando la Versión 2.

³ Los artículos 2 y 3 de la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020 establecen: «Artículo 2. OBLIGATORIEDAD. Los Documentos Tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte de acuerdo con lo establecido en los Documentos Tipo».

«Artículo 3. 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 que han sido definidos y señalados en los Documentos Tipo».



aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris deben ser diligenciados por la Entidad]», es decir, la entidad puede modificar o estructurar los aspectos que cumplen con estos parámetros o aquellos que expresamente señalan los documentos que deben ser definidos por la entidad. Por regla general, los aspectos relacionados con el objeto, su alcance y especificaciones técnicas necesarias para la ejecución de la obra deben ser configurados por la entidad, con excepción de aquellos establecidos en los Documentos Tipo, sin la posibilidad de establecer reglas o requisitos adicionales para la acreditación de los requisitos habilitantes y de asignación de puntaje, porque han sido definidos en los documentos tipo.

2.2 Acreditación de los «factores de calidad»

En el capítulo IV del «Documento Base o Pliego Tipo» de Licitación de Obras de Infraestructura de Transporte – Versión 3, se señalan los criterios de evaluación, asignación de puntaje y criterios de desempate a aplicarse en el correspondiente proceso de selección, señalándose que la entidad respectiva calificará las ofertas que hayan cumplido con los requisitos habilitantes con los siguientes puntajes máximos: i) oferta económica (60 puntos), ii) factor de calidad (19 puntos), iii) apoyo a la industria nacional (20 puntos) y iv) vinculación de personas con discapacidad (1 punto)⁴.

De otro lado, el numeral 4.2. establece que de acuerdo con la justificación consignada en el estudio del sector, estudios y documentos previos, la entidad contratante deberá elegir una o máximo tres de las cuatro opciones previstas para evaluar el factor calidad, siendo estas: (i) implementación del programa de gerencia de proyectos; (ii) disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra; (iii) presentación de un plan de calidad y/o (iv) garantía suplementaria o adicional por cuenta del Contratista. Para esta última, se prevé una regulación especial en el numeral 4.2.4., en el que se precisa que será obligatorio este factor de calidad cuando se trate de obras nuevas y el puntaje que se le asignará será de mínimo cinco (5), sin perjuicio de incluir un puntaje superior para este factor.

Las opciones mencionadas se identifican en el documento base resaltadas en gris y entre corchetes, aspecto que indica la libertad de la entidad para efectuar la selección de la o las opciones que considerará para la asignación del puntaje del factor calidad, así como el valor de cada una, excepto en lo referente al mínimo para la opción «(iv) garantía

⁴ De similar forma se hará cuando el objeto del contrato deba desarrollarse en el Archipiélago de San Andrés, con la siguiente variación: i) oferta económica (55 puntos), ii) factor de calidad (19 puntos), iii) apoyo a la industria nacional (20 puntos), iv) vinculación de personas con discapacidad (1 punto) y v) Tarjeta de Circulación y Residencia “OCCRE” (5 puntos), en aplicación del artículo 67 de la Ley 915 de 2004.



suplementaria o adicional por cuenta del Contratista», que como se indicó será de mínimo cinco (5) puntos, sin perjuicio de incluir un puntaje superior para este factor.

De igual forma, precisa el numeral 4.2 del pliego tipo, como parte de la valoración del factor calidad, que las entidades estatales deberán consultar el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de que trata la Ley 2020 de 2020, y descontar un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad al proponente que cuente con alguna anotación vigente⁵.

En cuanto a la acreditación de los ofrecimientos del factor de calidad durante el procedimiento de selección, respecto al criterio de «implementación del programa de gerencia de proyectos», se precisa en el numeral 4.2.1 del documento tipo que la entidad asignará el puntaje que defina «al proponente que se comprometa a instaurar un programa de gerencia de proyectos mediante la suscripción del Formato 7A – Programa de gerencia de proyectos, en el cual bajo la gravedad de juramento conste el compromiso que en este sentido asume», sin que para efectos de la evaluación y asignación de puntaje para dicho factor se hagan exigencias adicionales en el pliego tipo, requerimientos que sí procederán posteriormente frente al adjudicatario, quien en la etapa respectiva sí deberá instaurar el programa de gerencia de proyectos y aportar la documentación prevista para tal fin.

Respecto a la disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra, en el numeral 4.2.2. se señala que la entidad asignará el puntaje previamente establecido para este ítem, «al proponente que se comprometa a utilizar maquinaria con una edad menor a veinte (20) años mediante la suscripción del Formato 7B - Disponibilidad y condiciones funcionales de la maquinaria de obra. En caso de que la maquinaria haya sido repotenciada, los veinte (20) años cuentan desde la fecha de repotenciación de la máquina», correspondiendo la acreditación de las condiciones de la maquinaria posteriormente al contratista, y la verificación del ofrecimiento deberá hacerla la interentoría, cada uno, en la etapa pertinente.

De forma similar, en el numeral 4.2.3. se indica que la entidad otorgará el puntaje establecido por esta, «al proponente que se comprometa a presentar un Plan de Calidad específico para el proyecto, [...] mediante la suscripción del Formato 7C - Plan de calidad», y que su verificación corresponderá a la interventoría, en los términos establecidos en el documento base.

Por último, como se mencionó con antelación, en el numeral 4.2.4. se reguló lo referente a la garantía suplementaria o adicional, criterio por el cual se asignará el puntaje

⁵ En el numeral indicado se establece: «Las entidades estatales deben consultar y analizar las anotaciones vigentes que reposen en el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, de que trata la Ley 2020 de 2020. En el evento que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, o integrantes de proponentes plurales, cuenten con alguna anotación vigente de obra civil inconclusa, en el mencionado registro, se descontará un (1) punto de la sumatoria obtenida en relación con el factor de calidad».



señalado por la entidad contratante «al proponente que se comprometa a otorgar garantías suplementarias o adicionales a la legal establecida para la estabilidad y calidad de la obra, mediante la suscripción del Formato 7D - Garantía Suplementaria o Adicional, en el cual bajo la gravedad de juramento conste el compromiso que asume». La verificación de este requisito la efectuará la interventoría en la ejecución del contrato, y será el adjudicatario quien deberá acreditar en su momento que ha otorgado la garantía, de acuerdo a las previsiones del pliego de condiciones⁶.

Ahora bien, al revisar el contenido de los formatos: 7A— Programa de Gerencia de Proyectos; 7B—Disponibilidad y Condiciones Funcionales de la Maquinaria de Obra; 7C —Plan de Calidad y 7D—Garantía Suplementaria o Adicional, se observa la manifestación expresa del compromiso adquirido por el proponente en cada caso, bajo la gravedad de juramento, sin que se indique la obligación adicional de aportar documentación para tal fin durante el procedimiento de selección.

Aunado a lo anterior, es menester recordar que todos los formatos como parte integral de los «Documentos Tipo», ostentan las características de obligatoriedad e inalterabilidad que los distingue, salvo en aquellos aspectos donde expresamente se faculte a las entidades contratantes o a los proponentes para su diligenciamiento, como ocurre con los espacios señalados entre corchetes y resaltados en gris, en consecuencia, no se admite injerencia alguna para efectos de adición o supresión de los elementos que consagran, por lo que tampoco es viable la exigencia de documentación adicional.

De lo anterior se desprende que el único documento requerido para otorgar el puntaje frente al factor de calidad en el procedimiento de selección consiste en diligenciar y suscribir el formato que corresponda, de acuerdo con las opciones seleccionadas por la entidad estatal para el otorgamiento del puntaje respectivo. En este punto conviene traer a colación que precisamente en la introducción del documento base se indica que: «[La entidad no podrá modificar los Formatos, Anexos, Matrices y Formularios, ni solicitar soportes o requisitos adicionales a los establecidos en el documento tipo]» en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en los documentos tipo, no resulta viable exigir a los proponentes documentos o requisitos adicionales para que se otorgue el puntaje de factor de calidad durante el procedimiento de selección.

2.3. El principio de buena fe en la contratación pública y su incidencia en los compromisos adquiridos por los proponentes frente al factor calidad

⁶ Documento Base - Licitación de Infraestructura de Transporte (Versión 3), numeral 4.2.4.:

[...]

«VIII. La verificación de este ofrecimiento se hará por parte de la Interventoría en la ejecución del contrato. En virtud de lo anterior, el adjudicatario del proceso de contratación deberá acreditar que ha otorgado la garantía en las condiciones aquí descritas, para lo cual, allegará el documento idóneo».

No obstante lo señalado en el numeral anterior, esta Agencia considera relevantes las siguientes consideraciones que fundamentan la regulación establecida en los documentos tipo. De esta manera, la buena fe se ha instituido como principio rector de los contratos civiles, comerciales y estatales. En estos últimos reviste una indiscutible importancia, máxime cuando está de por medio el interés general. En particular, el Consejo de Estado incluso la ha entendido como un desarrollo del principio de planeación, en los siguientes términos:

[...]

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe. En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.

[...]

Sin embargo hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato.

En efecto, tales casos son: a) Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; b) Cuando una parte le pide una determinada información a la otra; c) Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y d) Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes.

[...]

2.3 Finalmente, debe decirse cómo ha de ser esa información que se debe brindar cuando existe el deber de informar y con miras en esta precisión se dice que ella debe ser veraz, auténtica y completa. La información es veraz cuando corresponde con la realidad, es auténtica cuando coincide con la fuente de la que se ha tomado y es completa cuando contiene todos los datos inherentes al asunto informado⁷.

⁷ Sentencia Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, radicación No 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



En efecto, cuando se contempla en el proceso de contratación la presentación de los formatos: 7A— Programa de Gerencia de Proyectos; 7B—Disponibilidad y Condiciones Funcionales de la Maquinaria de Obra; 7C—Plan de Calidad y 7D—Garantía Suplementaria o Adicional, según corresponda, se observa la manifestación expresa del compromiso adquirido por el proponente en cada caso, bajo la gravedad de juramento, sin que se indique la obligación adicional de aportar documentación para tal fin, lo que garantiza principios como la celeridad en los procedimientos de selección.

De otra parte, existe por parte de los proponentes el deber de brindar una información real, es decir que, efectivamente, de resultar adjudicatario, el contratista deberá implementar el programa de gerencia de proyectos; disponer de la maquinaria con la edad y las condiciones que declaró; presentar el plan de calidad y/u otorgar las garantías suplementarias o adicionales a la legal establecida para la estabilidad y calidad de la obra. Sin embargo, para aspirar al puntaje designado en cada caso, le bastará con el diligenciamiento y presentación de cualquiera de los formularios establecidos para la obtención del puntaje que se determine.

En tal sentido, deberá cumplir con las condiciones precisadas, cristalizándose la presunción de buena fe que se predica del actuar de la administración y de los particulares⁸, dado que el propósito de que se tenga como acreditado el cumplimiento del factor de calidad en la etapa precontractual solo con la presentación de los formatos, es precisamente evitar debates en la evaluación de las ofertas, de esta manera impera el principio de buena fe, pues los proponentes saben a qué se están comprometiendo y obligando.

Sin perjuicio de lo anterior, la presentación de los formatos supone el respectivo deber de verificación por parte de la entidad frente al adjudicatario y futuro contratistas durante toda la ejecución del contrato, del efectivo cumplimiento de dichos ofrecimientos, como quiera que estos pasan a constituirse como una obligación contractual y, en caso de evidenciar un incumplimiento, 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

⁸ Entre otros pronunciamientos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1194/08, respecto al principio de buena fe, expresó: «[...]La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” [...]»



pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones⁹. Por lo anterior, en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «Cláusula 15. Multas», numeral 7, 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]¹⁰.

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 acuerdo con el contenido de cada contrato.

⁹ 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».

¹⁰ Esta causal de multa es coherente y armónica con las obligaciones contractuales que se sugieren establecer, de acuerdo con el documento tipo, en el «Anexo 5 – Minuta del Contrato», en la «Cláusula 9. Obligaciones generales del contratista» donde se recomienda incluir la siguiente: «6. Acreditar el cumplimiento del factor de calidad ofrecido durante la fase de selección en los plazos acordados con la Entidad».



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 frente al factor de calidad, para conminar al contratista a su efectivo cumplimiento. La imposición de multas tiene fundamento, entre otras disposiciones, 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 legales¹¹. En este sentido, si el proponente realiza un ofrecimiento en el «factor de calidad» y resulta adjudicatario del procedimiento de selección, este 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 y específicamente en lo concerniente al factor calidad, adquieren obligaciones adicionales que deben cumplir en la ejecución del contrato, conforme a la buena fe¹².

3. Respuestas

«[...] Pueden las Entidades Estatales dentro de la aplicación de los Pliegos Tipo para obras de infraestructura de transporte version 3, solicitar documentos adicionales a los Formatos establecidos para acreditar el factor de Calidad (Formato 7)[...].».

Con base en las consideraciones expuestas, se concluye que de acuerdo con lo establecido en los documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – Versión 3, las entidades estatales en procesos regidos por estos documentos tipo no podrían solicitar o incluir en el pliego de condiciones para acreditar el factor calidad documentos adicionales a los formatos 7A— Programa de Gerencia de Proyectos; 7B— Disponibilidad y Condiciones Funcionales de la Maquinaria de Obra; 7C—Plan de Calidad y 7D—Garantía Suplementaria o Adicional, según corresponda. Lo anterior, sin perjuicio de verificar el efectivo cumplimiento de estos ofrecimientos en relación con futuro contratista.

¹¹ 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».

¹² 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».

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Alfredo Benavides Zarate
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1 – Grado 15 Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector Gestión Contractual ANCP – CCE

