

MANUAL

DE BUENAS PRÁCTICAS

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
DIRECCIÓN
DE
CONTRATACIÓN ESTATAL

CONTENIDO

	PAGINA
Introducción	3
Destinatarios	5
Antecedentes Normativos	6
1. Etapa de Planeación	10
1.1. Falta de aplicación del principio de planeación consagrado en las normas presupuestales y contractuales	10
1.2. Plan de Compras	11
1.2.1. Evaluación de la Gestión del Plan de Compras	13
1.2.2. Ficha de Estadística Básica de Inversión – EBI	13
1.2.3. Plan de Contratación o Programa de Contratación	14
2. Etapa Precontractual	15
2.1. Falta de Claridad en los Estudios Previos	15
2.2. Falta de Aplicación Ley 1089 de 2006 y Ley 816 de 2003	22
2.3. Inadecuada Estructuración del Pliego de Condiciones	26
2.4. Criterios de Evaluación Equivocados y/o imprecisos	28
3. Etapa Contractual	31
3.1. Incumplimiento de los Requisitos para el Perfeccionamiento del contrato	31
(i) Perfeccionamiento del contrato.	31
(ii) Iniciación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos.	33
3.2. Incumplimiento de la publicación del contrato en el diario único de contratación pública.	34
3.3. Incumplimiento de la publicación en el Sistema Electrónico Para La Contratación Pública –SECOP	36
3.4. Falta de Previsión en la Ejecución Contractual	38
(i) De manera oportuna no se solicitan las modificaciones o adiciones pertinentes.	38
(ii) Incumplimiento en las funciones del supervisor del contrato.	39
4. Etapa de Liquidación.	41
4.1. Incumplimiento en la obligación de liquidar los contratos dentro del término previsto en la ley y la falta de cumplimiento de requisitos exigidos.	41
5. Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal – SICE.	46
5.1. Actores	46
5.2. Evolución normativa del SICE	47
5.2.1. Leyes	47
5.2.2. Decretos	48
5.2.3. Resoluciones	48
5.2.4. Acuerdos	49
5.2.5. Circulares	50
5.3. Conclusiones sobre el SICE	53

INTRODUCCIÓN

Las modernas teorías sobre la gestión pública consideran el contrato estatal no como un instrumento exclusivamente jurídico, sino como un sistema de la gestión pública, no desde su lógica normativa y dogmática, sino desde la necesidad de crear una nueva cultura en materia de la función pública para dimensionar a través de todos los operadores internos y externos que intervienen en la contratación estatal, el cumplimiento de los fines estatales, que no son otros que la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de los mismos, como bien lo precisa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

El sistema de gestión pública contractual posee un entorno que genera relaciones de comunicación, cooperación, coordinación y su propio cierre operativo y auto referencial, con otros instrumentos de la gestión pública, como el sistema presupuestal y el sistema de planeación.

La Ley 1150 de 2007, acentúa la visión de la contratación desde la lógica de la nueva gestión pública, a través de la teoría general de sistemas, según la cual un sistema se integra a su vez por subsistemas, que interactúan entre sí, que en materia contractual busca la implantación de una reforma institucional, sin que sea necesario y obligatorio la expedición de un cuerpo normativo detallado de reglas jurídicas.

Nuestra cultura jurídica ha creado una administración pública dúctil y ajustable a las necesidades y ritmos de la sociedad global, pero contrario a ello, nuestra rigidez normativa del derecho administrativo, genera una disfunción en el aparato burocrático que conduce a la informalidad, y a inducir a los operadores internos y externos de los procedimientos administrativos de la contratación a aplicar prácticas que no corresponden con la finalidad de las normas jurídicas establecidas desviando su función, en aras de favorecer a personas que buscan la captura técnica generalizada del aparato público.

Es importante aclarar, que en este trabajo, en momento alguno se desconoce el valor jurídico del contrato estatal, ni la importancia de su estudio dogmático, signado por el principio de legalidad de la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas y en el cual concurre la obligación del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que determina la obligación de aplicar los principios de la actuación contractual como la transparencia, la economía y la responsabilidad, según los postulados de la función administrativa, al igual que las normas reguladoras de la conducta de los servidores públicos, las

de interpretación, los principios generales del derecho y los propios del derecho administrativo.

Ahora bien, mostrado el contrato estatal como un instrumento de la gestión pública, y no como un asunto meramente jurídico y esbozado su funcionamiento a través de los subsistemas del método de selección, modalidades de elección y mecanismos de adjudicación, resulta conveniente entrar en materia, y para ello, se impone siempre partir del marco jurídico contenido en la Ley 80 de 1993, que sin lugar a dudas es el fundamento y porque no decirlo de otra manera requisito sine qua non, que permite el funcionamiento de la logística operativa de todas y cada una de las Fuerzas Militares.

El Manual de Buenas Prácticas para la Contratación Estatal del Ministerio de Defensa Nacional, involucra los principios que rigen el sistema de contratación estatal actual y las particularidades propias del Sector Defensa que permiten brindar seguridad a los ciudadanos como elemento que permita consolidar el desarrollo social sostenible que el país continua requiriendo.

Los principios sobre los cuales se fundamenta el Manual de Buenas Prácticas el de transparencia, planeación, economía, responsabilidad, selección objetiva, moralidad y de publicidad.

El Manual persigue como objetivo principal suministrar al lector una herramienta sencilla y útil, que permita a los servidores públicos, que son operadores contractuales, desarrollar sus funciones y actividades conforme con lo estipulado en la normatividad, a efectos de evitar errores de cualquier naturaleza que le generen reproches disciplinarios, penales, civiles, fiscales, administrativos, entre otros.

DESTINATARIOS

Son destinatarios del presente manual, entre otros:

- **COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES**
- **EJÉRCITO NACIONAL.**
- **ARMADA NACIONAL.**
- **FUERZA AÉREA COLOMBIANA.**
- **POLICIA NACIONAL.**
- **DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR.**
- **DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA.**
- **UNIDAD DE GESTIÓN GENERAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.**

Igualmente serán destinatarios todas aquellas personas naturales y jurídicas que tengan relación directa o indirecta con el Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas y sus Unidades Ejecutoras.

ANTECEDENTES NORMATIVOS

Dentro de las disposiciones legales aplicables a la contratación estatal se enuncian las siguientes, sin perjuicio de la aplicación de normas que sobre la materia no se relacionen en este texto, o de aquellas expedidas con posterioridad a la vigencia de este Manual, caso en el cual, se entenderán incluidas.

Constitución Política de Colombia.

Ley 80 del 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Decreto 2681 del 29 de diciembre de 1993, por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas.

Decreto 94 del 12 de enero de 1994, por el cual se delega la facultad de celebrar a nombre de la Nación las operaciones a las que se refiere el decreto 679 del 28 marzo de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. (Derogado los artículos 16, 17, 18 y 19).

Decreto 287 del 09 de febrero de 1996, por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.

Ley 527 del 28 de agosto de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2170 del 30 de septiembre 2002, (vigentes artículo 6-9-24) por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

Decreto 2788 del 02 de octubre de 2003, por el cual se unifica y reglamenta el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos de los Programas de Protección de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia.

Ley 1089 del 31 de agosto de 2006, por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional.

Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006, sobre contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones.

Decreto 660 del 6 de marzo de 2007, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1089 de 2006.

Ley 1150 del 16 de julio de 2007 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Decreto 066 del 16 de enero de 2008: (vigente artículo 83) por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2474 del 07 de julio de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Ley 1219 del 16 de julio de 2008, por la cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados.

Decreto 4444 del 25 de noviembre de 2008, por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la contratación de la administración pública.

Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.

Resolución Ministerial de Delegación 1995 del 19 de mayo de 2009, por la cual se delega unas funciones y competencias relacionadas con la contratación de bienes y servicios con Destinación al Ministerio de Defensa Nacional, a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2025 del 3 de junio de 2009, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

La Ley 598 de del 18 de julio de 2000, por la cual se crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Resolución 05313 del 28 de febrero de 2002, por la cual se establece la organización y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la

Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR.

Resolución 05314 del 28 de febrero de 2002 por la cual se adopta el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, como elemento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE-, y se reglamenta el funcionamiento del Comité para la Administración del CUBS.

Resolución 05339 del 6 de mayo de 2002, por la cual se modifica la resolución 5313 de febrero 28 de 2002.

Resolución 05373 del 19 de julio de 2002, por la cual se modifica la resolución 05313 de febrero 28 de 2002.

Resolución 05447 del 26 de diciembre de 2002, por la cual se subrogan los artículos 9 y 59 de la resolución 05313 de febrero 28 de 2002, que establecen la organización de las entidades públicas y su ingreso escalonado al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Circular externa del 22 de marzo de 2002.

Resolución Orgánica 5772 del 5 de julio de 2006, por la cual se adopta el Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE- en el Proceso Auditor.

Circular Externa 01 del 17 de enero de 2008, vigencia del SICE y su articulación con el SECOP. Ley 1150 del 16 de julio de 2007. Directrices

Acuerdo 0012 de 2009 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se ordena el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, "SICE".

Acuerdo 0011 de 2007 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Nota. Derogado el artículo primero del acuerdo 0011 de 2007. Concepto Jurídico emitido, por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Nota. Suspensión provisional del artículo segundo del acuerdo 0011 de 2007. Memorando emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Nota. El Consejo de Estado, decretó la nulidad del artículo 2 del acuerdo 0011 de 2007, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esa Sentencia.

Acuerdo 0010 de 2006 del Comité para la Operación del SICE, por el cual entran en vigencia las obligaciones contenidas en los artículos 6° y 15° del Decreto 2503 del 2005 y se definen otros lineamientos.

Nota. Perdió fuerza vinculante el acuerdo 0010 de 2006. Concepto Jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Acuerdo 0009 de 2006 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0008 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0007 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0006 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0005 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Nota. Perdió fuerza vinculante el acuerdo 0005 de 2005. Concepto Jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República

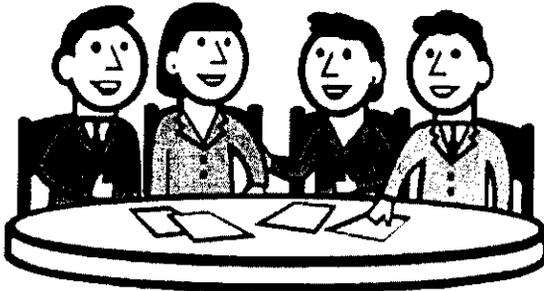
Acuerdo 0004 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento y establecen excepciones temporales del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0003 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por la cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

Acuerdo 0002 de 2004 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

Acuerdo 0001 de 2004 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE

1. ETAPA DE PLANEACIÓN.



La etapa de planeación, es el fundamento que tienen las entidades para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, y a su vez constituye un instrumento que permite a la entidad cumplir con las metas fijadas en el Plan de Desarrollo.

Teniendo en cuenta las principales fallas que se presentaron durante el desarrollo de la etapa de planeación, respecto de la contratación que lleva a cabo el Ministerio de Defensa Nacional, y sus unidades ejecutoras, con el fin de prevenir nuevos hallazgos y dar recomendaciones, a continuación se desarrollará, el principal hallazgo, así:

1.1 FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONSAGRADO EN LAS NORMAS PRESUPUESTALES Y CONTRACTUALES.

En materia contractual un buen planeamiento presupuestal y de contratación, permite ejecutar adecuadamente los recursos, adquiriendo bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la Entidad en forma ágil y oportuna.

Entre otros aspectos es preciso tener en cuenta al momento de planear y asignar el presupuesto, las variables que influyen para que el recurso se comprometa eficiente y eficazmente. Por ejemplo el tipo de bien y/o servicio, sus especificaciones, procedencia del mismo, estudio del mercado, ventajas de su adquisición del bien o servicio, moneda de la adquisición, tendencias y proyecciones de las monedas diferentes a la local, tiempo necesario para su fabricación y entrega, gastos inherentes o accesorios que deben contemplarse, tipo de proceso de contratación que se planea adelantar, forma de pago proyectada, etc.

La Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, han incorporado con mayor precisión los lineamientos relacionados con una etapa previa o de planeación en la contratación estatal, obligando a las entidades a elaborar estudios previos conforme la exigencia normativa, hacen parte de esta etapa la tramitación y expedición en cabeza de las diferentes Unidades Ejecutoras entre otros, los siguientes documentos previos:

- Autorizaciones legales, cuando éstas se requieran
- Certificación del Banco de programas y proyectos
- Certificado de disponibilidad presupuestal (CDP)
- Determinación de la inclusión en el plan de compras de la entidad

- Registro en el Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.
- Registro Único de Precios de Referencia, RUPR
- Establecer los elementos con características técnicas
- Determinación de los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (Si hay lugar)
- Determinación del impacto social ambiental (Si hay lugar)
- Análisis de precios del mercado
- Elaboración del presupuesto
- Determinación del Sistema de Precios
- Selección de la forma de pago
- Determinación y procedimiento de selección del contratista
- Programación de la contratación
- Programación del desarrollo del contrato
- Elaboración de los estudios previos y el proyecto de pliego

Adicionalmente no hay que olvidar que existen restricciones que limitan la ejecución de un proceso de contratación, entre otros a continuación se citan:

- Los recursos presupuestales, estarán incluidos en el plan de compras tanto para los recursos de la vigencia en curso, como los que se proyectan en vigencias futuras.
- Si los recursos presupuestales corresponden a un proyecto de inversión, el objeto a contratar estará incluido en la ficha EBI como una actividad proyectada.
- El rubro presupuestal por el cual se proyectan los recursos para efectuar la adquisición, será coherente con la definición del tipo de gasto o rubro presupuestal y el objeto a contratar, en cumplimiento al principio de especialización del presupuesto establecido en el Estatuto Orgánico de Presupuesto en su artículo 18.
- Los compromisos presupuestales (contratos o convenios) se cumplen o ejecutan con la recepción de bienes y/o servicios, o con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible el pago, y que para pactar el recibo de bienes y/o servicios en vigencias posteriores a la de la celebración del compromiso, la entidad contará previamente con una autorización de vigencias futuras como lo establece el artículo 1 del decreto 1957 de 2007.
- Las expectativas y limitaciones de PAC al interior de cada unidad ejecutora, que permitan proyectar una forma de pago coherente con ésta herramienta.

De acuerdo con lo anterior, a continuación se detallan algunos aspectos relevantes en materia de planeación a tener presente como pilares, de la actividad contractual:

1.2 PLAN DE COMPRAS.

El plan de compras responderá a una política y una planeación alineada con el planeamiento estratégico de la Entidad, que tenga en cuenta las necesidades y la participación responsable de quienes deban asegurar su elaboración y sus ajustes, siempre con la finalidad de lograr un buen uso de los recursos. El plan de compras es el documento en el cual las entidades que manejan recursos públicos,

planean en forma detallada las adquisiciones de bienes y servicios que les permiten cumplir con sus planes y proyectos.

Los aspectos que se incluyen en este documento son:

- Entidad
- Rubro presupuestal
- Descripción del bien servicio u obra.
- Identificación del bien, servicio u obra (código CUBS)
- Cantidades proyectadas a adquirir
- Valor unitario proyectado
- Valor total presupuestado
- Tipo de adquisición
- Ordenador del gasto

En la elaboración del plan de compras, se requiere una participación activa de las dependencias usuarias de los bienes, las dependencias de contratación, las dependencias de planeación, las dependencias financieras, a fin de que el Plan sea un instrumento útil e importante para el comprometimiento y ejecución del presupuesto de la entidad. Todo esto sin dejar de lado las políticas de austeridad del gasto, es decir evitar la inclusión de gastos innecesarios o injustificados. Dentro de la planeación, el Plan de Compras es un requisito fundamental, que además de ser una obligación como lo establece la Ley de presupuesto¹ entre otras normas, es una herramienta necesaria para asegurar el éxito y la legalidad de la actividad contractual institucional.

Toda contratación obedece a una planeación previa, fundamentada en planes, programas, proyectos, estudios previos que incluyan aspectos técnicos y económicos, todo esto encaminado al cumplimiento del objeto contratado.

Así mismo, el plan de compras puede modificarse acorde con los requerimientos de las diferentes dependencias de la entidad, por ejemplo: por modificaciones a las partidas presupuestales que lo sustentan, porque se van a adicionar o eliminar bienes o servicios, por cambio en las cantidades a adquirir, por cambio del ordenador del gasto, así mismo, por cambio de objetivos y/o programación de proyectos.

Toda modificación al plan de compras requiere aprobación del ordenador del gasto, y su correspondiente publicación en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE (Artículo 13 del decreto No.3512 de 2003 y Acuerdo 4 de 2005)

¹ La ley 1120 de 2008 que decreta el presupuesto para la vigencia 2009 establece en su artículo 18: "La adquisición de los bienes que necesiten los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación para su funcionamiento y organización requiere de una plan de compras. Este plan de compras debe aprobarse por cada órgano acorde con las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación y se modificará cuando las apropiaciones que la respaldan sean modificadas."

1.2.1 EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DEL PLAN DE COMPRAS.

La gestión contractual es evaluada anualmente por los organismos de control: Contraloría (General, Departamental, Distrital o Municipal).

Evaluación por algunas dependencias de la misma entidad como la Oficina de Control Interno, la cual evalúa la gestión en la ejecución del plan de compras.

Algunos aspectos tenidos en cuenta en la evaluación de la gestión realizada, se verifican con indicadores de gestión como eficiencia, eficacia y efectividad.

Evaluar a los proveedores y contratistas en aspectos relacionados con la calidad del bien o servicio, tiempos de entrega, atención de reclamos, cumplimiento de garantías, estos aspectos permiten a la entidad retroalimentar los procesos futuros, a efectos de propender por el mejoramiento continuo.

Cuando se obtienen los resultados de las evaluaciones al proceso, según haya sido efectuada por órganos externos o por internos, se tomarán las medidas correctivas y también las preventivas tanto en procedimientos, como en formatos utilizados, capacitación, asignación de recursos, clima de trabajo, etc.

1.2.2 FICHA DE ESTADÍSTICA BÁSICA DE INVERSIÓN - EBI.

La ficha EBI, es el documento mediante el cual las entidades registran en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Nacional, los proyectos de inversión previa la justificación económica, técnica y social de los mismos. El proyecto de inversión, está definido en el artículo 2 de la Ley 841 de 1990, como el conjunto de acciones que requiere de la utilización de recursos para satisfacer una necesidad identificada, por los cuales compite con otros proyectos.

La ficha EBI es el documento que incluye la información básica del proyecto, entre otros podemos citar:

- Nombre del proyecto.
- Clasificación presupuestal.
- Entidad ejecutora y responsable del proyecto.
- Problema a resolver y justificación.
- Objetivos.
- Metas.
- Grupo de población objetivo.
- Estudios que respaldan la información del proyecto.
- Descripción.
- Actividades a desarrollar, con su correspondiente estimación de cantidades y valores totales.
- Fuentes de financiación, indicando el valor por cada año afectado.
- Flujo financiero del proyecto.

1.2.3. PLAN DE CONTRATACIÓN O PROGRAMACIÓN DE CONTRATACIÓN.

Es el documento en el cual se relacionan todos y cada uno de los procesos que se adelantarán con ocasión del plan de compras y conforme a las prioridades establecidas, organizados por modalidad de contratación y en el cual deben incluirse entre otros los siguientes aspectos:

- Número del proceso
- Modalidad de contratación
- Certificado de disponibilidad (fecha y número)
- Rubro presupuestal (denominación y valor presupuestado)
- Moneda del proceso
- Ordenador del gasto (cargo y nombre)
- Elementos a adquirir (Descripción, cantidad y presupuesto para cada uno de ellos)
- Cronograma del proceso (conforme a lo estipulado en las normas contractuales)

El plan de contratación, le permitirá a las entidades por intermedio de los funcionarios encargados, ejercer control, seguimiento y vigilancia de la actividad contractual y tomar las decisiones oportunas a fin de satisfacer el comprometimiento y ejecución de los recursos asignados.

Ejecutado el plan de contratación, posteriormente se adicionarán datos relacionados con las adjudicaciones efectuadas en cada uno de los procesos adelantados, determinando el número del contrato, contratista, cantidades, valor unitario sin y con IVA y valor total adjudicado, plazo de entrega, forma de pago, entre otros.

Estos seguimientos serán ejercidos periódicamente, en lo posible en forma mensual, a fin de tomar las decisiones, acciones o correctivos que se requieran a fin de cumplir con los planes y proyectos de las entidades.

Todo lo anterior se puede realizar teniendo un trabajo en equipo coordinado entre las áreas de planeación, presupuesto y contratación de cada una de las entidades o dependencias que desarrollen la actividad contractual.

2. ETAPA PRECONTRATUAL.

En esta etapa se hace toda la preparación, planeación, análisis y estudio que requerirá el futuro contrato, igualmente abarca los trámites relativos al proceso de contratación, la definición del pliego de condiciones y la selección del contratista.

En este contexto, se describirán y desarrollarán hallazgos relevantes en ésta etapa:

- Falta de claridad en los Estudios previos
- Falta de aplicación ley 1089 de 2006 y ley 816 de 2003.
- Inadecuada estructuración del Pliego de Condiciones
- Criterios de evaluación equivocados y/o imprecisos.



2.1. FALTA DE CLARIDAD EN LOS ESTUDIOS PREVIOS.

Esta causa se presenta por la inaplicación y/o falta de análisis de los principios de planeación y economía en los estudios previos documentos soportes para el inicio del proceso de contratación.

La finalidad del principio de planeación, es garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación. Luego, en virtud de este principio, cualesquier proyecto que pretenda adelantar una Entidad Pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica. Dichos estudios deben elaborarse de manera que permitan determinar la necesidad, conveniencia y oportunidad de un proyecto determinado y el valor aproximado del mismo en el mercado². Subrayado fuera de texto.

Por lo anterior, es necesario dar cumplimiento y aplicabilidad al principio de economía consagrado en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, expresando la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, las autorizaciones y aprobaciones para ello, aspectos que se analizarán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista. En igual sentido el numeral 12 ibídem, establece que anterior a la apertura del procedimiento de selección, o de la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños, proyectos requeridos, y el pliego de condiciones.

El artículo 3º del decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, establece que en desarrollo de los numerales antes citados, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que

² (Nota Relatoría 48.47) Doctrina, Autor de notas: JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO, CC. 79434595, Asesor del Despacho Procurador General. Coordinador Grupo Relatoría. Bogotá, D.C, octubre 2008.

sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Igualmente, se estableció de forma obligatoria que los estudios previos deben contener unos elementos mínimos, aspectos, que buscan garantizar el cumplimiento de los fines y principios contractuales.

En efecto, la determinación de la forma más adecuada para satisfacer la necesidad de la entidad estatal, de las características y el costo de los bienes y servicios requeridos para ello, de las condiciones de experiencia y financieras de sus posibles oferentes y del valor total del contrato que se pretende celebrar, debe suponer una indagación exhaustiva, sobre cada uno de éstos aspectos; por consiguiente, cuando la entidad no analiza alguno de dichos aspectos, o lo hace de forma insuficiente, es claro que se desconoce la planeación de la contratación estatal, y, en consecuencia, el principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.³ Subrayado fuera de texto.

(...) Otro de los aspectos concretos que desarrollan la planeación en materia contractual del Estado es el del estudio de las condiciones del mercado para determinar el precio del contrato (...) Esto se prevé con el fin de que en el momento en que el Estado decida contratar tenga a la mano toda la información necesaria para determinar cuánto tiempo, infraestructura, y sobre todo, capital se requieren para llevar a cabo el objeto del negocio.⁴

Por lo anterior, es necesario precisar algunos conceptos que sirven de base para el desarrollo de la etapa precontractual:

ESTUDIOS PREVIOS. Los estudios previos, son los análisis, exámenes, observaciones, investigaciones, razonamientos, exploraciones, cotejos, diagnósticos, descomposiciones, distinciones, precisiones, conclusiones y soluciones, con el propósito de buscar el cumplimiento de los fines estatales, cuales son la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades en la consecución de dichos fines. Lo anterior en desarrollo de los artículos 3⁵ y 24⁶ principio de transparencia, numerales 7⁷ y 12⁸ del artículo 25 principio de economía de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de

³ (Procuraduría General de la Nación. Comisión Especial Disciplinaria. Fallo de primera instancia. Radicación N° 156-128650-05)

⁴ (Nota Relatoria 48.47) Doctrina. Autor de notas: JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO, CC. 79434595, Asesor del Despacho Procurador General. Coordinador Grupo Relatoria. Bogotá, D.C, octubre 2008.

⁵ "Artículo 3. De Los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

⁶ "...se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta..."

⁷ "7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso."

⁸ "12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes"

la Administración Pública) y del artículo 3 del decreto 2474 de 2008, principio de planeación .

Cabe indicarse que a partir de la expedición del decreto 2170 de 2002, se han denominado “Estudios Previos” y ahora con el decreto 2474 de 2008, se han fijado los requisitos de los mismos. Es preciso señalar que tradicional y consuetudinariamente, se han denominado estudios de conveniencia y oportunidad. En desarrollo de los verbos previstos en la anterior definición de estudios previos, los cuales desarrollan el principio de planeación en la contratación estatal, es necesario responder a estas preguntas básicas:

Qué se va a hacer?
Por qué?
Para qué?
Dónde?
Cómo?
Quiénes?
Cuándo?
Qué se necesita?
Cuánto cuesta?
Cuáles son los riesgos?

Previamente a la configuración de los estudios previos, la Entidad desarrollará diferentes actividades en la etapa llamada de Planeación, dentro de estas actividades encontramos las siguientes:

Estudios de prefactibilidad o factibilidad. Los estudios de prefactibilidad o factibilidad, son los estudios y análisis llevados a efecto para optar por cualquier decisión que involucre la satisfacción de una necesidad, donde se evalúa la conveniencia y oportunidad del proyecto, la complacencia de un requerimiento y lo que ello conlleva.

En esta etapa, es necesario contar con un grupo de personas expertas de diversas disciplinas, dependiendo de la envergadura del requerimiento, en otros casos sólo será necesario el concurso de las personas directamente relacionadas con la necesidad o los usuarios (funcionarios) directos en la entidad, quienes están al tanto de lo que realmente solicitan o requieren, conociendo en el mercado, los precios históricos, circunstancias que influyen en la contratación, y por supuesto los riesgos propios de la posible contratación.

Identificación y concreción de la necesidad. Todo estudio previo, estará demarcado por prioridades de orden social o institucional; esto es, de los fundamentos básicos que sustentan los criterios y necesidades para llegar a la decisión de iniciar un proceso de contratación, en armonía con las realidades físicas, económicas, sociales, políticas, regionales, nacionales o internacionales de la respectiva entidad estatal.

Signifiquemos aquí que, cuando se habla de estudios previos, ello lleva implícito el de inconveniencia; circunscribiendo lo que pretendemos decir, que puede o no ser prioritario (ni necesario) para resolver en el tiempo (inmediato o mediato), la necesidad que justifique la inversión.

Oportunidad de la contratación a realizar. Sólo la Entidad sabe de su necesidad y del tiempo oportuno para satisfacerla, decisión fácil de tomar cuando se sabe que se va a resolver? y qué beneficios se obtendrán con su satisfacción.

Estudio de mercadeo. Determinada la necesidad, y verificado el beneficio de satisfacerla, debe preguntarse, qué debe investigarse respecto a lo que se pretende contratar?

Para resolver esta investigación el funcionario o grupo de trabajo, puede acudir a diversas fuentes, entre las que se encuentran:

1. Normas técnicas del producto, libros especializados que contengan la clasificación técnica de varias soluciones de lo que se requiere.
2. Las cotizaciones, telefónicas, por fax, por e-mail, etc., a fabricantes, comercializadores, distribuidores.
3. Investigación de mercado por Internet.
4. Investigación de insumos necesarios.
5. Finalmente, la experiencia propia de la Entidad, con los precios históricos registrados en sus contratos anteriores, claro que si se conservan las mismas condiciones de compra, esto es el mismo bien o servicio, el mismo año y las mismas condiciones de pago.

Elementos mínimos que contemplarán los estudios previos:⁹

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con la contratación. (Qué persigo con el contrato).
2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales, y la identificación del contrato a celebrar.
3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.
4. El análisis técnico y económico que soporta el valor estimado del contrato, indicando con precisión las variables consideradas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto, y el de los costos para la Entidad asociados a la realización del proceso de selección y a la ejecución del contrato. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la Entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, no será necesario publicar el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral.
5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del decreto 2474 de 2008.

⁹ Artículo 3 del decreto 2474 de 2008

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

Modificación de los estudios previos.

En principio los estudios previos serán definitivos, sin embargo los parágrafos 2¹⁰ y 3¹¹ del artículo 3 del decreto 2474 de 2008, fijan los lineamientos en caso que los mismos sean objeto de ajustes, una vez cumplida la suscripción de los mismos y haya surtido su publicación. Cabe indicar, que si los estudios previos son objeto de modificación puede existir una clara deficiencia en el cumplimiento del principio de la planeación.

Corolario de lo que antecede, si el ajuste involucra cambios fundamentales, el competente contractual deberá proceder a revocar el acto administrativo de apertura, cabe indicarse que dicha facultad debe utilizarse con racionalidad y por motivos EXCEPCIONALES y no comunes. Lo anterior, sin duda implica rehacer nuevamente todo el procedimiento contractual, lo cual incidirá en el cumplimiento de los principios de celeridad, eficacia, economía y eficiencia.

Por lo anterior a continuación se recomienda para la elaboración de los estudios previos lo siguiente:

- **Estudio Económico:** Soporta los mínimos límites, techos y pisos a ofertar en términos de cantidades y presupuesto disponible para respaldar dichas adquisiciones.

El estudio se fundamenta en el análisis técnico, que permita establecer los factores económicos del proyecto.

Este análisis determinará el costo del mismo, el cual puede tener un respaldo presupuestal en la vigencia presente, o si requiere de la aprobación de vigencias futuras, o cualquier otro tipo de recurso.

De igual forma establecer la moneda en la que se ejecutará el proyecto, previendo situaciones de proyección de tasas cuando se trate de adquisiciones en moneda extranjera.

¹⁰ "Parágrafo 2°. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura."

¹¹ "Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección."

Realizar la consulta o condiciones del mercado, a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR- SICE), en virtud de la Ley 598 de 2000, teniendo en cuenta las excepciones al mismo.

- **Experiencias de contrataciones anteriores:** Verificar los procesos de contrataciones anteriores, con fin de depurar las necesidades, y evitar que se cometan errores en las futuras compras. En atención a lo anterior, deben cotejarse los pliegos, adendas, contratos, acta de recibo final, actas de liquidación, etc.
- **Identificación del contrato a celebrarse:** Los contratos que usualmente celebra el Ministerio, son el de compraventa, suministro y prestación de servicios, entre otros. Para la determinación de este punto se contará con la correspondiente asesoría jurídica, debiendo existir concordancia entre la clase de contrato seleccionado y el rubro presupuestal que lo respalda.
- **Definición de la necesidad:** Se justificará la razón, o las razones que soportan el contrato, tiempo, modo de entrega y lugar al momento de su celebración.

El estudio no se circunscribirá a la presentación de un cuadro; se realizará un planeamiento justificativo que involucre un análisis de la necesidad indicando los elementos fundamentales y características del bien o servicio que permita la satisfacción de las necesidades propias de cada una de las unidades ejecutoras que intervienen en el proceso.

- **Descripción o Especificaciones Técnicas:** Constituyen el derrotero que llevará a la Entidad a concretar su necesidad, convirtiéndola en parte de las exigencias mínimas para participar, en las que se determinan:

Se recomienda para la elaboración de estudios de mercado, lo siguiente:

Los estudios de mercados, son el soporte de la realización de un proceso contractual. Son parte esencial de los estudios y documentos previos citados anteriormente, los cuales merecen especial atención y cuidado en su realización, habida cuenta que de su análisis se desprende el componente económico del futuro contrato.

Así las cosas, se detallan algunos referentes válidos para su confección:

- **Análisis de la estructura de costos:** Cuando se trate de la adquisición de bienes, la unidades ejecutoras, podrán apoyarse en la Oficina de Normas Técnicas del Ministerio, a fin de establecer la estructura de costos del bien, además se deberá tener en cuenta las variables que tengan relación directa para definir el precio del

bien a ser adquirido (forma de pago, los plazos, lugar de entrega y el volumen de la compra), determinando con ello el precio justo de la adquisición.

- **Costos de oportunidad:** De acuerdo con las variables de oportunidad para la adquisición de bienes y servicios, se encuentran entre otras, la estacionalidad del bien, la saturación de los mercados, las bajas y alzas en la moneda, la caída de precios por diversos factores y las reconocidas por los entes reguladores del mercado en cuestión. Es necesario tener en cuenta este factor para la estructuración de los precios.
- **Valoración de beneficios:** Se tendrán en cuenta los diversos beneficios, entre otros, los pagos anticipados, las adjudicaciones parciales, las entregas parciales, etc., en cada una de las adquisiciones, a fin de valorarlos como quiera que esta variable forma parte en la proyección de precios justos.
- **Condiciones del contrato:** Juega un factor importante las condiciones del contrato, entre otras: la forma de pago, el plazo de entrega, lugar y sitio de entrega, entre otras.
- **Costos indirectos:** Se encuentran las Garantías, las certificaciones, la parametrización de la subasta a la inversa, los costos de intermediación, etc., son aspectos fundamentales para el momento de comparar los precios de otras adquisiciones anteriores que tuvieron costos indirectos diferentes a los que afectan la adquisición que se deba analizar.
- **Precios Históricos:** Siempre los referentes históricos, confieren una especial importancia en la estructura de un precio. Esto como quiera que en franca lid, el oferente ganador sopesó condiciones de mercado para llegar a otorgar el precio que finalmente fue establecido en su oferta, aún si se tratara de precios otorgados en procesos de subasta pública inversa. Es claro que las condiciones de un mercado para todo tipo de bienes y servicios, presenta fluctuaciones por diferentes circunstancias de índole económico, político, social, entre otras, pero no por esto el precio histórico debe desconocerse, es pertinente tenerlo en cuenta, para efectuar las aproximaciones a un valor presente, pudiendo verificar las condiciones ofertadas de ese precio, frente al que se desea estructurar en el proceso que apenas comienza.
- **Análisis del sector:** De acuerdo con el sector al que pertenezca el bien o servicio, se efectúa el análisis para ver la tendencia del mismo y así poder proyectar los precios y compararlo con base en los precios históricos.
- **Sondeo de Mercado:** En este punto, se detallará como se llegó a establecer un presupuesto, esto es, referir detalladamente las cotizaciones de mercado efectuadas, con los términos de tiempo y condiciones cercanas a la fecha en que se realizará el proceso, detallando los precios cotizados para cada uno de los ítems que se van a adquirir (si es del caso).
- **Costos del Proceso:** A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Públicas cuentan con la posibilidad de realizar compras en Bolsas de Productos. Este procedimiento, involucra la atención a reglamentos internos de esas entidades, los cuales contemplan costos asociados e inherentes al proceso y

que serán objeto de análisis y estudio, tanto para la proyección del presupuesto oficial como en las respectivas disponibilidades presupuestales que soportarán la negociación.

- **Sector Económico:** El análisis del sector económico al cual pertenece el bien o servicio objeto de la futura contratación, marca pautas en la determinación de un precio. La capacidad del mercado, es posible analizarla en este aspecto, como quiera que este análisis determina, si ésta es amplia, o si por el contrario el mercado está limitado a pocas empresas, o inclusive a una sola. Así mismo el análisis del sector, permite considerar factores como: procesos de reevaluación de la moneda y su posible afectación en el equilibrio económico del futuro contrato, desaceleración de la economía, penetración del mercado por empresas extranjeras, variaciones de indicadores reportados por el DANE, como el índice de precios al productor y al consumidor (IPP e IPC).
- **Estudio ambiental:** Cuando el proyecto tenga relación directa con aspectos ambientales, de acuerdo con la Ley 99 de 1993, se adelantará un estudio ambiental o de sustentabilidad ambiental, con el propósito de dimensionar el impacto ambiental del mismo, y de establecer la procedencia de un plan básico de manejo ambiental, con miras a obtener la licencia ambiental que se requiera y de proteger el medio ambiente al máximo.

En consonancia con lo anterior, se recomienda a los ordenadores del gasto, y demás funcionarios comprometidos en la contratación, cumplir lo citado, elaborando estudios previos con calidad, analizando en ellos la conveniencia y oportunidad del proyecto a llevar a cabo, acatando las exigencias de los principios de planeación y economía, y delimitando el objeto a contratar en los aspectos técnicos, y económicos, con la antelación suficiente a la contratación, no incurriendo en improvisación, y que por el contrario permitan deducir que el bien o servicio, a contratar hace parte de un plan de desarrollo de la Entidad o de una políticas claras de atención de las necesidades de la comunidad, evitando así en el fracaso de la contratación¹².

2.2. FALTA DE APLICACIÓN LEY 1089 DE 2006 Y LEY 816 DE 2003.

En algunos casos se omite la aplicación de la Ley 1089 de 2006, y su decreto reglamentario 660 de 2007, los cuales constituyen un requisito sine quanon para la adquisición de bienes y servicios, destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en igual caso se encuentra la Ley 816 de 2003, por la cual se apoya la industria nacional, por esta razón se detalla a continuación la forma de aplicación de las mismas:

¹² Palacio Hincapié Juan Ángel, La Contratación de Entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 5 edición, Medellín 2005. pag. 60

Estudios previos: Previa la apertura de cualquier proceso, debe cumplirse con el principio de planeación, es decir debe realizarse estudios previos que determinen claramente si los bienes son de producción nacional, estableciendo si existe o no variedad de precios de mercado.				
Desarrollo normativo noclón bienes de origen nacional	Procesos de contratación de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional únicamente con <u>producción nacional</u> artículo 53 decreto 2474 de 2008	Procesos de contratación de bienes y servicios de producción nacional y extranjera		
Ley 80 de 1993 ⁱⁱ Decreto 679 de 1994 ⁱⁱⁱ Decreto 2680 de 2009 ^{iv}	Ley 1089 de 2006 ^v y decreto reglamentario 660 de 2007	Ley 816 de 2003 "Por medio de la cual se apoya a la industria nacional..."		
	Criterios de calificación de las propuestas:	Criterios de calificación de las propuestas:		
	No aplica por cuanto todos están en igualdad de condiciones, todos son nacionales.	Bienes Nacionales	Registro de productor Nacional ^{vi}	Puntaje comprendido entre el 10% y el 20%
		Servicios Nacionales ^{vii}	Artículo 11 del decreto 679 de 1994	
		Reciprocidad ^{viii}	Certificado del respectivo país ^{ix}	
		Trato nacional	Informe de la respectiva misión diplomática colombiana ^x	
<u>Bienes y servicios extranjeros</u> Para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.		Afiliación a la seguridad social, contratos de trabajo, comprobante de los pagos de nomina.	Puntaje comprendido entre el 5% y el 15%	
Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.^{xi}				

Existencia o no de producción nacional en términos de competencia abierta de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional: previo a la apertura de cualquier proceso que tenga por objeto la adquisición de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa, deberá cumplirse con el principio de planeación, es decir determinando claramente si los bienes y servicios a adquirir son de producción nacional, así mismo se establecerá si existe, o no variedad de precios de mercado.

De conformidad con el artículo 1¹³ de la Ley 1089 de 2006, y el artículo 1¹⁴ del decreto reglamentario 660 de 2007, el Ministerio de Defensa Nacional, con fundamento en los estudios previos y cuando resulte procedente de conformidad a los mismos, solicitará al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la

¹³ "La adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con los productores nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta"

¹⁴ "Para la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, el Ministerio de Defensa Nacional deberá solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en la forma prevista en el presente decreto, certificación sobre la existencia o no de producción nacional en términos de competencia abierta, de los bienes y servicios que se pretendan adquirir para la seguridad y defensa nacional"

certificación sobre la existencia o no de producción nacional en términos de competencia abierta de los bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional que pretenda adquirir, los mismos son taxativos y están previstos en la sección VIII, artículo 53 del decreto 2474 de 2008¹⁵.

A efectos de cumplir lo anterior, se canalizan las solicitudes del Sector Defensa por la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, concretamente, a través de la Dirección de Contratación Estatal, la que únicamente **tramitará** las solicitudes que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 3 del decreto 660 de 2006, esto es:

- Solicitud dentro de los quince (15) primeros días de los meses de enero y julio de cada año.

¹⁵ SECCION VIII

De los bienes y servicios para la seguridad y defensa nacional

Artículo 53. Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional. Para los efectos previstos en el literal i) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPECE, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, en las siguientes categorías:

1. Material blindado o adquisición de vehículos para blindar.
2. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
3. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.
4. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.
5. Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás.
6. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como para la realización de las elecciones.
7. La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.
8. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la Fuerza Pública.
9. Medicamentos e insumos médicos-quirúrgicos de estrecho margen terapéutico, para enfermedades de alto costo.
10. La prestación de servicios médicos asistenciales y prioritarios para enfermedades de alto costo.
11. Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de las fuerzas militares.
12. El diseño, adquisición, construcción, adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley.
13. Los bienes y servicios que sean adquiridos con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.
14. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.
15. Adquisición de vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistemas de comunicaciones, equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.
16. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.
17. Bienes y servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad –SIES– y sus Subsistemas.
18. Los contratos a que se refiere el artículo 79 del presente decreto, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo 1°. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 45 del presente decreto.

Cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán adquirirse mediante los procedimientos descritos en la Sección I del Capítulo II del presente decreto. En este caso se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con Norma Técnica Militar o Especificaciones Técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la Entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

Parágrafo 2°. La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente por parte de cualquiera de las entidades a las que hace referencia el presente artículo cuando por razones de seguridad nacional esta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad.

Parágrafo 3°. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas en el inciso 1° del presente artículo, cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional amba descritos y los señalados en el artículo 79 del presente decreto, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada.

Parágrafo 4°. El Instituto Nacional de Vías podrá contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa.

Adicionado por el decreto 127 de 2009, así:

*Artículo 1. Adiciónese el artículo 53 del Decreto 2474 de 2008 con el siguiente numeral:

19. La prestación de servicios por parte de personas naturales que se requieran para atender labores predominantemente materiales o de apoyo a la gestión del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Artículo 2. Adiciónese el parágrafo 1 del artículo 53 del decreto 2474 de 2008, con un tercer inciso:

"Los servicios a que se refiere el numeral 19 del presente artículo, se contratarán de conformidad con el procedimiento señalado en el manual de contratación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República."

- Que exprese las subpartidas arancelarias, dentro de las cuales se clasifiquen los bienes, descripción de técnica de los bienes y/o servicios a adquirir.
- Y la existencia o no de variedad de precios al consumidor final que exista en el mercado, respecto de los mismos.

Adicionalmente, se tendrá en cuenta, para este trámite, lo siguiente:

- La solicitud establecerá claramente la descripción del producto, materia constitutiva y sus porcentajes, características técnicas y demás elementos que permitan identificar el producto arancelariamente, si ello no es posible, no se tramitará conforme lo ha establecido el Ministerio de Comercio Industria y Turismo.
- Cabe precisarse, que el delegatario competente para la adquisición de los bienes y/o servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, es el responsable de que la selección y adquisición de los bienes y/o servicios se enmarque en la descripción taxativa que prevé el artículo 53 del decreto 2474 de 2008, y demás normas que lo adicionen y/o modifiquen, así como por el cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 660 de 2007.
- El formato¹⁶ que se remita deberá contener los bienes y servicios de los cuales se tenga certeza que su origen es NACIONAL, ya que si no son de origen nacional no será procedente tramitar la certificación, esto en atención a que el artículo 1 de la Ley 1089 de 2006, expresamente prevé que la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con los productores nacionales, siendo este el fundamento para determinar la procedencia de solicitar la certificación, así como para diligenciar la columna de variedad de precios de mercado prevista en el formato de solicitud.

Protección a la Industria Nacional: De otra parte, si los estudios previos arrojan que el proceso de contratación¹⁷ puede abrirse con participación de nacionales y extranjeros, se aplicará la Ley 816 de 2003, Protección a la Industria Nacional. Conforme a la citada Ley, el puntaje que se aplicará como consecuencia de la protección a la industria nacional será el siguiente:

Se asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10%) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana, cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la Entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos, en las condiciones antes mencionadas en el cuadro explicativo.

¹⁶ El formato solicitud certificación ley 1089 de 2006, se encuentra en la página Web del Ministerio para ser diligenciado y debe ser enviado vía mail al punto de contacto en la Dirección de Contratación Estatal MDN contratos@mindefensa.gov.co con referencia o asunto: Solicitud trámite Ley 1089 de 2006, adicionalmente deben remitir la solicitud por escrito con el respectivo cuadro anexo

¹⁷ Artículo 1 de la ley 816 de 2003 "...Las entidades de la administración pública... mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar la industria nacional. (...)"

Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana.

2.3. INADECUADA ESTRUCTURACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES.

Esta causa se presenta por falta de condiciones claras en los requisitos jurídicos, técnicos y económicos solicitados en los pliegos de condiciones, los cuales conducen en la mayoría de veces a la declaratoria de desierta de los procesos de selección, conllevando a la insatisfacción de las necesidades de las Unidades Ejecutoras y a posteriores demandas en contra del Estado Colombiano.

El pliego de condiciones, está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, determinando desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado, define el pliego de condiciones, como un acto administrativo de carácter general, producido por parte de la administración de manera unilateral, con la capacidad de producir efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista, como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato. Es un documento que reglamenta las relaciones entre la Entidad que lo realiza y quienes participan en el proceso licitatorio, y además es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan o ejecutan.¹⁸

El principio de transparencia se desarrolla en el artículo 24 numeral 5, literal b) de la Ley 80 de 1993 disponiendo que en los pliegos de condiciones se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren su escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta del proceso de contratación. En la citada norma el mismo numeral, literal e) dispone que en los pliegos de condiciones se definirán reglas que no conduzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la Entidad.

“En virtud del mencionado principio de transparencia exige que en los pliegos de condiciones (...) se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas

¹⁸ Sentencia Consejo de Estado del 27 de agosto de 1999 – citada en el laudo entre Equipo Universa y CIA LTDA VS. Instituto Nacional de Vías- INVÍAS -11 de agosto de 2000.

*objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimiento de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe además la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento*¹⁹.

Aplicando el principio de transparencia y con el fin de que se definan reglas objetivas, justas, claras y completas en los pliegos, el decreto 2474 de 2008, en su artículo 6 establece los requisitos mínimos de los pliegos de condiciones²⁰, los cuales se exhorta a los operadores contractuales a dar cabal cumplimiento.

Así las cosas, en el pliego de condiciones no se deben incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, toda vez que la contratación persigue que exista la pluralidad de oferentes, con el fin de escoger la oferta más favorable satisfaciendo las necesidades del Estado.

Ahora bien, el pliego de condiciones forma parte esencial del contrato porque es la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y es la base para la interpretación e integración del contrato en la medida que contiene la voluntad de la administración a que se someten por adhesión los proponentes, y el contratista que resulte favorecido con la adjudicación. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes²¹.

Para evitar viejas y nocivas practicas en la contratación estatal, quiso el legislador dejar sentados una serie de principios que han de atender las Entidades en sus procesos contractuales. Particularmente fue reiterativo en la exigencia de actuar con diligencia y cuidado en todo lo que resulte imperioso para que una vez celebrado el contrato se pueda acometer su ejecución sin ninguna dilación y costo en consecuencia, por lo que recabo en la necesidad de hacer estudios confiables y actualizados; elaborar diseños serios, confiables y reales; y confeccionar pliegos de condiciones completos y claros. En cumplimiento de este deber en cuanto afecte la ejecución ulterior del contrato puede generar responsabilidad patrimonial.²² Subrayado fuera de texto.

¹⁹ Corte Constitucional en sentencia C-400, de 2 de junio de 1999.

²⁰ Artículo 6°. Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso.
2. Los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato.
3. Las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso.
4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.

La información a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, se presentará siempre en documento separable del pliego de condiciones, como anexo técnico, el cual será público, salvo expresa reserva.

Al pliego se anexará el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios.

Parágrafo. No se requiere de pliego de condiciones cuando se seleccione al contratista bajo alguna de las causales de contratación directa y en los contratos cuya cuantía sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

²¹ Sentencia Consejo de Estado del 27 de agosto de 1999 – citada en el laudo entre Equipo Universa y CIA LTDA VS. Instituto Nacional de Vías- INVIAS -11 de agosto de 2000.

²² Análisis y recopilación de extractos de la jurisprudencia arbitral en Contratación Estatal a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, Bogotá D.C. 2002.

Finalmente, el principio de transparencia consagrado en la Ley 80 de 1993, ataca la corrupción; buscando garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas que permitan la confección de ofrecimiento de la misma índole, asegurando la escogencia objetiva y evitando la declaratoria de desierta de la contratación.

2.4. CRITERIOS DE EVALUACION EQUIVOCADOS Y/O IMPRECISOS.

Este hallazgo se manifiesta con ocasión a exigencias no claras dentro de los pliegos de condiciones generando dificultades tortuosas en la etapa de evaluación de las ofertas, en algunos casos conllevando a declarar desiertos los procesos generando desgaste administrativo. Por lo tanto nos permitiremos precisar algunos comentarios e indicar normas que rigen éste tema en particular:

Los numerales 7, 8, 9 y 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, puntualizan el marco general con el cual la Entidad Estatal debe proceder a la evaluación de las propuestas presentadas, teniendo como guía el principio de la igualdad y el deber de selección objetiva.

En consonancia con el principio de transparencia, la Ley 1150 de 2007, en su artículo 5 establece la selección objetiva expresando:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la Entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

Así mismo estableció unos criterios obligatorios²³ para la escogencia del contratista, que con su oferta brinde las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración, cumpliendo el proceso de selección objetiva de los contratistas del Estado para garantizar el buen ejercicio de la función pública.

²³ Ley 1150 de 2007, ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA "...tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

Referente a lo anterior, el doctor Gonzalo Suárez Beltrán, anota respecto del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, lo siguiente:

“La reforma basa el nuevo alcance del principio de selección objetiva en el establecimiento del principio “pasa, no pasa”, en la estructuración de procesos adecuados al objeto, en el señalamiento de los criterios de selección objetiva aplicables a cada uno de ellos, en un fortalecimiento del RUP y en el desarrollo de la posibilidad de subsanar aspectos de la oferta no necesarios para la comparación...”²⁴

Respecto el “pasa, no pasa”, es importante tener en cuenta que las condiciones del proponente no podrán ser objeto de calificación, sino de simple verificación, como criterios mínimos de capacidad del oferente.²⁵ El alcance de las condiciones del “pasa no pasa” está referido a la experiencia, capacidad financiera y de organización del proponente. Subrayado fuera de texto.

Para tal efecto el numeral 2 del artículo en comento, el cual corresponde a la oferta más favorable, se realizará entre los ofrecimientos hechos, precios de mercado entre otros, por lo tanto esta fórmula permite acudir a puntos de referencia objetivos, y a utilizar las herramientas para evaluar las ofertas presentadas en el curso del proceso, evitando la existencia de precios artificialmente bajos, igualmente a hacer uso al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

De acuerdo con la ponderación de factores técnicos y económicos, la regla general será la de ponderar estos dos factores, de acuerdo con lo establecido en el pliego; toda vez que en los numerales 3 único factor de evaluación el menor precio ofrecido y 4 calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta, se encuentran definidos.

Precisando el numeral 3 ibídem, establece el pasa no pasa, toda vez que el precio es el único factor de calificación, igualmente el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece que en este caso no debe tenerse en cuenta el puntaje adicional de protección a los oferentes nacionales a que se refiere la Ley 816 de 2003, en la medida en la cual tal previsión normativa distorsionaría la selección a precio, introduciendo una “ponderación” obligatoria ajena a la esencia del mecanismo²⁶.

Teniendo en cuenta que el tema tratado ha reformado el Estatuto de Contratación Estatal, se analiza la posibilidad que se establece de subsanar, así:

“En aplicación del principio por virtud del cual lo sustantivo debe primar sobre lo formal, la reforma quiere hacer total claridad sobre el hecho de que en tanto no se modifiquen los factores de la oferta destinados a compararla, esto es, aquellos que

²⁴ Suárez Beltrán Gonzalo, la Nueva Contratación Pública en Colombia, legis Editores S.A., 1 edición, Bogotá 2009 pág.62.

²⁵ Ibídem

²⁶ Suárez Beltrán Gonzalo, la nueva Contratación Pública en Colombia, legis Editores S.A., 1 edición, Bogotá 2009 pág.64

conceden puntaje dentro de la competencia (numerales 2,3, y 5 (sic) del artículo 5), será posible subsanar todos aquellos errores en la documentación de soporte, a pedido de la Entidad. No será posible rechazar una oferta por la ausencia de ese tipo de requisitos, pero, de llegar a presentarse, la entidad valorará si deben subsanarse o si puede continuar con la evaluación sin requerirlos. Esta última precisión obedece a darle una sana discrecionalidad a la Entidad contratante, en el sentido de que evalúe la pertinencia de solicitar lo que se requiera, tanto porque en ocasiones ello no resulte materialmente relevante, como porque valore la oportunidad para hacerlo, pudiendo, por ejemplo, señalar en los pliegos un tiempo límite para el ejercicio de esa potestad²⁷. Lo anterior no puede emplearse para corregir errores de validez en la presentación de la oferta, por cuanto en tal situación no se trataría de subsanar la documentación de soporte, tal como se señala en el inciso final del artículo 10 del decreto 2474 de 2008²⁸. Igualmente el inciso final del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, establece que: *“No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”*

Por lo anterior, se recomienda una vez se de inicio a la confección de los pliegos de condiciones se establezcan claramente los criterios de evaluación, con el fin de realizar una evaluación satisfactoria, rechazando las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones y aquellas que condicionen a la administración, y así dar estricto cumplimiento con lo preceptuado en el artículo 3 de la ley 80 de 1993, con el único objetivo de proteger el interés general y asegurar los fines de la contratación estatal.

²⁷ Ibidem

²⁸ DECRETO 2474 DE 2008, artículo 10 “En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto”.

3. ETAPA CONTRACTUAL

Es el período que incluye el perfeccionamiento y legalización del contrato, dando inicio a los términos de ejecución y liquidación del mismo. Teniendo en cuenta las principales fallas que se presentaron durante el desarrollo de la etapa contractual, respecto de la contratación que lleva a cabo el Ministerio de Defensa Nacional y sus Unidades Ejecutoras, con el fin prevenir nuevos hallazgos y realizar algunas recomendaciones, esta etapa se desarrollará de la siguiente manera:

- Incumplimiento de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Incumplimiento de la publicación del contrato en el Diario Único de Contratación Pública.
- Incumplimiento de la publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP.
- Falta de previsión en la ejecución contractual

3.1. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA EL PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Esta causa se presenta cuando en la iniciación del contrato, se omiten algunos requisitos necesarios para el perfeccionamiento y ejecución del mismo, entre las cuales podemos destacar:

- (i) Perfeccionamiento del contrato.
- (ii) Iniciación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos.

(i) PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.

El perfeccionamiento define el momento en que inicia la existencia del contrato; una vez reunidos los requisitos que la Ley exige, el contrato puede considerarse existente, vinculante para las partes. El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, señala que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, tal como lo expresa Juan Ángel Palacio Hincapié:

“El perfeccionamiento del contrato corresponde al momento en el cual surgen las obligaciones para las partes, el que ocurre, sin lugar a dudas, con posterioridad a la adjudicación. La adjudicación no concreta el contrato, a pesar de que mediante ella se acepta la propuesta del contratista y se traba la relación obligacional entre las partes, pero requiere para su concreción o perfeccionamiento del cumplimiento de



unos requisitos necesarios para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones que se han asumido.”²⁹

Sin embargo, la norma citada anteriormente fue modificada por el artículo 71 del Decreto - Ley 111 de 1996³⁰, señalando que es requisito de perfeccionamiento que el compromiso cuente con el registro presupuestal indicando claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Así mismo, el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, reitera la solemnidad del contrato estatal al establecer que los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de:

- Aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes
- Servidumbres sobre bienes inmuebles,
- En general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

De otra parte y respecto al plazo para suscribir el contrato, debe observarse lo consignado en el numeral 9 del artículo 30 *ibídem*, que precisa que es el pliego de condiciones el que señalará el término, de acuerdo con su naturaleza, objeto y cuantía, sin necesidad de someter a aprobaciones posteriores o la exigencia de requisitos diferentes a los previstos en la norma contractual. Se concluye que el perfeccionamiento del contrato estatal, está condicionado a la solemnidad, es decir, a la reducción por escrito del consentimiento de las partes acerca del objeto, sus respectivas obligaciones y la expedición del registro presupuestal, dirigido a evitar la configuración de hechos cumplidos, al control de la correcta inversión pública, la planeación presupuestal y la estabilidad jurídica de los actos contractuales públicos.

Del acatamiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato depende entonces que su ejecución se inicie oportunamente y por ende se cumpla el fin de la contratación. El perfeccionamiento del contrato, incide en la delimitación y graduación de la responsabilidad, y en particular para determinar los efectos jurisdiccionales, ya que la acción contractual opera a partir de dicho momento.

Hecha la adjudicación surge para cada una de las partes, la obligación de realizar las conductas tendientes al surgimiento del contrato, pues la Entidad se ha obligado irrevocablemente con la adjudicación frente al oferente seleccionado y éste se ha obligado con su propuesta a perfeccionar el contrato surgido de la adjudicación.³¹

²⁹ Palacio Hincapié Juan Ángel, La Contratación de Entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 5 ediciones, Medellín 2005, Pág. 35.

³⁰ El artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto le da este carácter al registro presupuestal. Según esta norma, todo acto administrativo que afecte el presupuesto deberá contar con certificado de disponibilidad previo e igualmente contará con registro presupuestal para que los recursos que financian el acto no sean desviados. El registro exige indicación del valor y el plazo. Esta operación, según el artículo citado es requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos. Dado que su cumplimiento se da previa reunión de los demás requisitos, puede considerarse que es por su importancia el acto de perfeccionamiento del contrato.

³¹ Palacio Hincapié Juan Ángel, La Contratación de Entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 5 edición, Medellín 2005, pág. 41.

Por consiguiente en el evento de que el contrato no se perfeccione por culpa imputable al contratista, la Entidad tiene a su alcance la garantía de seriedad de la oferta, si por el contrario, es la Entidad la que incumple el oferente favorecido tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados y el reconocimiento de las utilidades dejadas de percibir, aspecto último que deberá ventilarse ante el Juez Natural del Contrato.

(ii) INICIACION DEL CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS.

La ejecución corresponde al período dentro del cual las partes cumplen cabalmente las obligaciones asumidas para ejecutar el objeto contractual.

La anomalías en este aspecto se refieren a que de forma contraria a lo que determina la Ley, los servidores públicos, permiten que se inicie la ejecución del contrato sin que la entidad tenga el certificado de disponibilidad presupuestal, o sin que el contratista haya constituido la garantía, o cumpliendo los requisitos pero de forma irregular.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, disponiendo que para la ejecución del contrato, se requiere de:

- La aprobación de la garantía
- La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto y,
- Acreditar por parte del contratista que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Con el fin de evitar que se inicie la ejecución de los contratos sin el cumplimiento de los requisitos establecidos, es necesario tener en cuenta, tal como lo establece el artículo 11 del decreto 4828 de 2008, que la aprobación de la garantía de cumplimiento, se realizará antes del inicio de la ejecución del contrato. Así, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso.

Los requisitos y las condiciones legales de la garantía de cumplimiento, se encuentran establecidos en el decreto 4828 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009, en consecuencia, sin el cumplimiento de los mismos, no se podrá aprobar dicha garantía, por consiguiente no podrá iniciar la ejecución el contrato.

En los casos que se ha procedido a la ejecución del contrato, sin la aprobación de la garantía de acuerdo con la Ley, y en los que posteriormente se presente un

incumplimiento, y este genere detrimento para Estado, la sanción es más gravosa para el funcionario responsable.

Respecto de la existencia de las disponibilidades presupuestales, se debe entender que es un requisito que se presume cumplido, desde el inicio de la contratación con la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal "CDP" y con el perfeccionamiento del contrato, al contar con el Certificado de Registro Presupuestal "CRP", razón por la cual la prohibición de iniciar la ejecución del contrato hasta que se acredite la existencia de las disponibilidades presupuestales, pareciera un contrasentido por cuanto son requisitos que deben estar cumplidos con anterioridad.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, el cual modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, introdujo como requisito de ejecución del contrato, la acreditación por el contratista en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. Así mismo, en su párrafo 1 estableció que para la realización de cada pago derivado del contrato, acreditará estar al día en los pagos enunciados. Se resalta que el servidor público que no verifique el pago de los aportes parafiscales y los relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, incurrirá en causal de mala conducta.

En tal sentido se recomienda a los servidores públicos que tienen a cargo estos procedimientos dar estricto cumplimiento a la norma, toda vez, que por iniciar la ejecución del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos, incumplen sus deberes y obligaciones conforme con lo indicado en las disposiciones disciplinarias contenidas en las Leyes 734 de 2002³² y 836 de 2003³³ respectivamente, según las calidades de su destinatario.

3.2. INCUMPLIMIENTO DE LA PUBLICACIÓN DEL CONTRATO EN EL DIARIO ÚNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El hallazgo se presenta cuando el contrato se encuentra en ejecución, y no se cumple con el requisito de legalización del mismo. Es importante traer a colación que respecto de la publicación de los contratos existe una amplia reglamentación que como servidores públicos debemos acatar, es por ello que nos permitimos citar, la siguiente:

El artículo 59 de la Ley 190 de 1995³⁴, creó el Diario Único de Contratación Pública como apéndice del Diario Oficial, el cual contiene información sobre los contratos que celebren las Entidades Públicas del orden nacional. En él se señalan los contratantes, el objeto, el valor y los valores unitarios si hubiese, el plazo y los adicionales o modificaciones de cada uno de los contratos. El artículo

³² Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

³³ Ley 836 de 2003 "Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares".

³⁴ Ley 190 de 1995 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa"

60 de la Ley 190 de 1995, establece como requisito indispensable para la legalización de los contratos de que trata el artículo 59 de la citada Ley, la respectiva publicación en el Diario Único de Contratación Pública.

Igualmente, el decreto 2474 de 2008, en su artículo 84, consagra la obligación de publicar en el Diario Único de Contratación Pública, o en su defecto en la Gaceta Oficial de la respectiva entidad territorial o por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido, todos los contratos que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública, cuyo valor sea igual o superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, la adición a los contratos cumplirá el requisito de la publicación que cumplió el contrato que se adiciona.

El pago de la publicación esta a cargo del contratista, o de la parte obligada contractualmente, y dicho requisito se entenderá cumplido con la presentación del recibo de pago ante la Entidad contratante, con el fin de que esta proceda a diligenciamiento del Extracto Único de Publicación, el cual deberá ser suscrito por el ordenador del gasto. Así mismo, el artículo 3 del decreto 1477 de 1995, estableció como obligación de la Entidad contratante, lo siguiente:

"...Una vez cancelado el valor de los derechos de publicación, el ordenador del gasto de las entidades públicas del orden nacional o su delegado remitirá a la Imprenta Nacional de Colombia en original el Extracto Único de Publicación de los contratos por él suscritos, dentro de los diez (10) días siguientes."

Adicionalmente, existen excepciones para no publicar en el Diario Único de Contratación así:

1. Los contratos cuya cuantía sea inferior al 10% de la menor cuantía aún cuando excedan en su valor los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a que se refiere el inciso primero del artículo 84 del decreto 2474 de 2008.
2. Los convenios o contratos interadministrativos, celebrados entre entidades del orden nacional, no se publicarán pero si las entidades son del orden departamental deberán publicarse en las respectivas gacetas departamentales.
3. Por la naturaleza de la contratación por el rubro de gastos reservados, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 1097 de 2006, no requieren publicación en el Diario Único de Contratación Pública, de la entidad. Los contratos así celebrados, gozarán de reserva legal.³⁵

Tal como se ha expresado, se recuerda el deber legal de las entidades públicas del envío mensual a la Imprenta Nacional de la relación de los contratos celebrados que superen el 50% de su menor cuantía, detallando las personas contratantes, el objeto, el valor total y los costos unitarios, el plazo, los adicionales

³⁵ Artículo 7 de la Ley 1219 de 2008 "Por cual se establece el Régimen de Contratación con cargo a gastos reservados"

y modificaciones que hubiesen celebrado, el supervisor, toda vez que por el incumplimiento a esta obligación el representante legal de cada Entidad estará incurso en causal de mala conducta y dará lugar a su destitución³⁶.

3.3 INCUMPLIMIENTO DE LA PUBLICACIÓN EN EL SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA - SECOP.

Referente al hallazgo en comentario, éste se presenta por la no publicación, o la publicación extemporánea en el SECOP. Por lo anterior es necesario recordar que es de obligatorio cumplimiento aplicar lo contemplado en la Ley 1150 de 2007, la cual creó el SECOP teniendo por finalidad, la contratación por medios electrónicos,³⁷ además el Decreto 2474 de 2008, reglamentó dicha Ley, estableciendo en su artículo 8 la publicidad del procedimiento en el SECOP, siendo la Entidad Contratante responsable de garantizar la publicidad a través del Portal Único de Contratación. Para el caso que nos ocupa, en el artículo en mención, se indica la obligatoriedad de publicar los siguientes documentos:

“...1. El aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos.

2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos.

3. Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.

4. La lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos.

5. El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación.

6. La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos.

7. El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública.

8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.

9. El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles.

³⁶ Artículo 61 de la Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”

³⁷ Ley 527 de 1999 “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

10. El acto administrativo de suspensión del proceso.
11. El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura.
12. Las adendas a los pliegos de condiciones.
13. El informe de evaluación a que se refiere el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así como el de evaluación del concurso de meritos a que se refiere el artículo 69 del presente decreto.
14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta a la que se refiere en artículo 14 del presente decreto.
15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación.
16. El acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.
17. El contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta.
18. El acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral....”.

Los contratos serán publicados en la fecha de su expedición, o a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes³⁸.

Están exceptuados de la publicación en el SECOP:

1. Las operaciones en bolsa de productos, por cuanto se rigen a mecanismos de publicidad propios de ese mecanismo, sin perjuicio de la publicidad de los contratos de comisión celebrados para el efecto³⁹.
2. Por la naturaleza de la contratación por el rubro de gastos reservados, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 1097 de 2006, no requieren de publicación en el portal de contratación de la entidad. Los contratos así celebrados, gozarán de reserva legal, según lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1219 de 2008.

³⁸ Parágrafo 3 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008

³⁹ Suárez Beltrán Gonzalo, La Nueva Contratación Pública en Colombia, Legis Editores S.A., 1 edición, Bogotá 2009, pág. 215.

3.4. FALTA DE PREVISIÓN EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

Este hallazgo se presenta en la ejecución del contrato cuando se afecta su ejecución por el incumplimiento de las obligaciones contractuales y de seguimiento del mismo. Algunas evidencias encontradas al respecto:

- (i) De manera oportuna no se solicitan las modificaciones o adiciones pertinentes.
- (ii) Incumplimiento en las funciones del supervisor del contrato.

(i) DE MANERA OPORTUNA NO SE SOLICITAN LAS MODIFICACIONES O ADICIONES PERTINENTES.

Esta serie de hallazgos se presentan con ocasión a la omisión de la Entidad, o su indisponibilidad de una actividad que es necesaria para el desarrollo del contrato.

Es por esto, que continuando con los lineamientos establecidos en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que *“...las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales...”*, se deduce la posibilidad de adicionar o prorrogar, por mutuo acuerdo los contratos, siempre y cuando las adiciones, y modificaciones se encuentren debidamente justificadas; contrario sensu de forma taxativa se indica en el mismo artículo que *“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%), de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”*.

En todo caso, tanto la adición, como la prórroga contarán con la aprobación del ordenador del gasto, previa justificación de la Interventoría o supervisión del contrato, según sea el caso. Suscrita la prórroga o adición, corresponde al contratista ampliar las garantías en valor o plazo, según lo disponga el documento respectivo, y cancelar los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación de la Imprenta Nacional y el impuesto de timbre, si a ello hubiere lugar. La administración, procederá a realizar los ajustes al registro presupuestal que respalda el contrato, o expedirá el registro presupuestal de la adición, si se trate de nuevos recursos, y aprobará las modificaciones a las garantías presentadas.

Es pertinente mencionar que en tratándose de contratos de concesión la Ley 1150 de 2007, en su artículo 28, establece la posibilidad de prorrogar o adicionar hasta el 60% independientemente del monto de la inversión,⁴⁰ el cual requerirá de concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES⁴¹.

⁴⁰ Artículo 28 Ley 1150 de 2007

⁴¹ Decreto 3460 “por el cual se establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional”.

Durante la ejecución contractual, la Entidad tendrá que ocuparse de diversas situaciones que ameritan realizar modificaciones a los contratos. El cuidado que debe tenerse, es el de justificar técnicamente cada modificación a las condiciones de los contratos, y contar siempre con el concepto favorable del supervisor.

Si bien las modificaciones no tienen límites, excepto la relacionada con el valor, la Entidad no puede hacer un uso indiscriminado de las modificaciones a los contratos, pues resultaría contrario a la planeación, la eficiencia y la economía contractual. También es necesario considerar que cada modificación conlleva un riesgo: el de la responsabilidad de la Entidad; por eso, el uso de la posibilidad de ampliar el plazo debe emplearse con cuidado, en tanto que debe evitarse que los valores en la ejecución de los contratos se incrementen, pues la adición de un contrato en el valor debe ser excepcional⁴².

Por lo anterior, se exhorta a los funcionarios públicos, que obren sin abuso o desviación de poder, para lo cual se debe hacer uso al sometimiento de las herramientas jurídicas, con el fin de evitar sanciones previstas en la Ley, y la obligación de indemnizar los daños que se causen.

(ii) INCUMPLIMIENTO EN LAS FUNCIONES DEL SUPERVISOR DEL CONTRATO.

Se presentan hallazgos referentes a éste tema, por cuanto los supervisores incumplen las funciones indicadas en la norma, adicionalmente no son notificados oportunamente, y por ende el cumplimiento es inoportuno, con llevando a la administración a cometer errores.

Tal como lo establece el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.

La responsabilidad de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato, así como el deber de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, la cumplen las entidades públicas a través de la designación del supervisor, quien debe ser una persona capaz, preferiblemente con conocimientos en el objeto del contrato que tenga la idoneidad y el tiempo suficiente para realizar estricto control y seguimiento al mismo, con el fin de dar cumplimiento a los fines de la contratación.

Así mismo, en cumplimiento a lo estipulado en el artículo 5 del decreto 3576 de 2009, el Ministerio de Defensa Nacional, cuenta con el Manual de Contratación en donde se señalan las funciones del supervisor de los contratos, razón por la cual no se hará referencia a ellas, sin embargo para mayor claridad se precisan algunos conceptos:

⁴² Circular 17-2007 – Capacitación en Contratación Modulo 25 – Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA

“La supervisión, en el contexto de la contratación estatal, es el conjunto de actividades que en representación de la Entidad realiza una persona natural o jurídica para vigilar, controlar, verificar y colaborar en la ejecución de los contratos o convenios. Corresponde a una exigencia legal que tiene el propósito de asegurar al máximo el cumplimiento del objeto contractual, de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses de la Entidad mediante la obtención del fin perseguido. Es responsabilidad de la Entidad, asegurar la supervisión de la ejecución de los contratos que celebra. Para dar cumplimiento a su obligación de vigilar y controlar el cumplimiento, debe asegurar su supervisión. El objeto de la supervisión y de la Interventoría, es el control y vigilancia de las acciones del contratista, con el fin de lograr el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato y sus elementos integrantes...”⁴³.

Se insta a los ordenadores del gasto a designar el supervisor antes de celebrar el contrato, y no emplear la mala práctica de iniciar la ejecución sin designarlo, o sin la debida comunicación informando la designación.

El supervisor, quien coordina permanente la ejecución del contrato dará cuenta al ordenador el gasto de los asuntos más relevantes de su desempeño, y así mismo recomendará oportunamente las acciones que considere convenientes para su normal ejecución, solicitando la prórroga, adición o suspensión debidamente sustentada si a ello hubiere lugar, o cualquier otra circunstancia que se presente.

La función de los supervisores, solo cesará una vez se suscriba el acta de liquidación que ponga fin a las obligaciones pactadas por las partes, razón por la cual controlará y vigilará el contrato durante todo el tiempo que esté vigente.

⁴³ Circular 19-2007 Capacitación en Contratación Modulo 26 – Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA

4. ETAPA DE LIQUIDACIÓN.



Con ocasión a las fallas presentadas durante el desarrollo de la etapa de liquidación de los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa Nacional y sus Unidades Ejecutoras, se evidenció notablemente, el siguiente hallazgo:

- Incumplimiento en la obligación de liquidar los contratos dentro del término previsto en la Ley, y la falta de cumplimiento de requisitos exigidos.

4.1. INCUMPLIMIENTO EN LA OBLIGACION DE LIQUIDAR LOS CONTRATOS DENTRO DEL TÉRMINO PREVISTO EN LA LEY Y LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS EXIGIDOS.

Referente al hallazgo en comento, se evidenció el no cumplimiento de la obligación legal de liquidar el contrato, en el término establecido en los pliegos de condiciones, o sus equivalentes, o dentro del fijado en el acuerdo de voluntades, y/o término de ley, así como la falta de cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos.

Para ahondar en el tema sobre liquidación de contratos, es preciso indicar el significado de la palabra liquidar "*hacer el ajuste formal de una cuenta; saldar, pagar enteramente una cuenta*"⁴⁴; se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Procede a la terminación normal o anormal del contrato.

La liquidación del contrato, es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico."⁴⁵

"...La contratación estatal consagra todo un régimen de terminación y extinción de los contratos, en el cual, además de la presencia de causales propias de derecho público, se incorporan todos los modos de extinción de las obligaciones propios del derecho privado en cuanto sean compatibles con la regulación de las relaciones jurídico - negociales de la administración pública"⁴⁶.

⁴⁴ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 892.

⁴⁵ Liquidación Contrato Estatal – Aida Patricia Hernández Silva - Profesora Titular de la Universidad Externado de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Aspirante a doctora en derecho en la Universidad Externado de Colombia.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 8 de septiembre de 2005, Expediente 25.927. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

La contratación estatal, con la finalidad de tener certeza en las relaciones jurídico -negociales de la administración, además del régimen de terminación y extinción de los contratos estatales, consagra un régimen de liquidación de estos con idéntico fin, esto es, proporcionar seguridad jurídica a las relaciones crediticias de la administración, pues, como lo ha dicho la jurisprudencia administrativa, "solo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, puesto que hasta entonces existen obligaciones pendientes que debían resolverse, con el propósito de hacer el ajuste de cuentas necesario..."⁴⁷.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 60, establece la obligación de liquidar los contratos, así: "*Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación*" y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, prevé el plazo para la liquidación, la cual se realizará dentro del término fijado en el pliego de condiciones, o en su defecto dentro del término que acuerden las partes. De no existir tal, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para ejecutar el contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Ahora bien, la liquidación voluntaria o bilateral, consiste en el acuerdo de voluntades, por medio del cual las partes detallan el estado final de la ejecución de las prestaciones u obligaciones adquiridas por cada una, como consecuencia de la ejecución del contrato o de la terminación anticipada del mismo⁴⁸.

En tal sentido se recomienda, a los funcionarios responsables de la liquidación de los contratos, privilegiar la realización de la liquidación bilateral dentro del término fijado en el pliego de condiciones, o en su defecto dentro del término que acuerden las partes, o dentro los cuatro (4) meses señalados anteriormente.

Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, precisa en el inciso segundo la facultad de liquidar los contratos en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A, en aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la Entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido.

En tal sentido se recomienda, al Ministerio de Defensa Nacional, y sus Unidades Ejecutoras, efectuar la liquidación unilateral del contrato, solo cuando ha sido infructuoso el intento de lograrla de común acuerdo, y se han agotado todos los medios legales para su consecución. Esta precisión, es de suma importancia para

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ DIRECTRIZ JURÍDICA No. 00271011-Bogotá, 000712—SENA.

no incurrir en declaratoria de nulidad de la resolución que dio origen a la liquidación del contrato.

Igualmente, la norma indica otro plazo al establecido anteriormente, el cual, si vencido el mismo, y la liquidación no se ha efectuado, podrá realizarse en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento de los términos referidos anteriormente, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

De igual manera los contratistas, podrán efectuar salvedades a la liquidación de común acuerdo, en este evento la administración procederá a liquidar bilateralmente sobre los aspectos que han sido objeto de acuerdo.

Por todo lo anterior, es importante tener en cuenta que una vez ejecutado el contrato, los funcionarios encargados para tal fin deberán aportar y soportar como mínimo los documentos relacionados a continuación, con el objeto de proceder a efectuar la liquidación oportuna y pronta de un contrato:

- Datos generales sobre el contrato principal, sus adiciones y modificatorios (si los hay).
- Contener los datos sobre los certificados de disponibilidad y registro correspondientes al contrato principal, sus adiciones y modificaciones. Lo anterior de conformidad con lo establecido con el inciso 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que señala que las entidades estatales ejecutoras de los presupuestos públicos solo pueden iniciar procedimientos de selección de contratistas si se cuenta con disponibilidad presupuestal⁴⁹. Resulta igualmente lógico que al finalizar el contrato la respectiva Entidad Pública tenga certeza del presupuesto que fue efectivamente invertido en la ejecución de aquel.
- Contener los datos que hace referencia a la Garantía - incluyendo la extensión de las mismas si a ello hubiere lugar.
- Solicitar la extensión o ampliación de la garantía para avalar las obligaciones que debe cumplir con posterioridad a la extinción del contrato. (inciso 4 artículo 60 Ley 80 de 1993).
- Garantía técnica indicada en el contrato (si aplica).
- Las prestaciones y obligaciones cumplidas por el contratista, relacionando las actas de recibo, número de elementos, cantidades recibidas y entrada al almacén (si aplica).
- Cumplimiento de las obligaciones por la Entidad Estatal, esto es el corte de cuentas sobre el estado económico del contrato, adjuntado los comprobantes de egreso, obligación y orden de pago debidamente suscritos (sin ajuste y con ajuste), el reporte Swift, y las declaraciones de importación debidamente canceladas (si aplica).
- Sanciones, multas, incumplimientos y/o siniestros indicando si se encuentran canceladas.

⁴⁹ Cfr sobre exigencias presupuestales en la fase precontractual: Juan Carlos Expósito Vélez. La Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y España, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 593

- La verificación del cumplimiento de las obligaciones con el sistema de seguridad social integral, así como el pago de las obligaciones fiscales y parafiscales a cargo del contratista, adjuntando certificación emitida por el revisor fiscal del contratista. (si aplica).

Es pertinente indicar, si el contrato se celebró en moneda extranjera, el balance del acta de liquidación será en pesos colombianos y en la moneda contratada.

Por último, es importante y necesario tener en cuenta, que tanto en el acta de liquidación por mutuo acuerdo, como en la resolución que liquide unilateralmente el contrato, se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato por los amparos allí estipulados, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato, lo anterior de conformidad con lo estipulado en el inciso final del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, ya que aún después de liquidado el contrato, la administración puede reclamar por estos conceptos o amparos.

Es preciso recordar que, la labor de proyectar el acta de liquidación que la Entidad presentará al contratista será responsabilidad del supervisor⁵⁰, quien la entregará dentro de los cuatro (4) meses enunciados anteriormente, adjuntando los documentos soportes respectivos, so pena de incurrir en la acción disciplinaria, es importante precisar que la competencia y obligación de adelantar los trámites concernientes a la revisión de la misma, corresponde al representante legal de la Entidad o al delegatario.

Ahora bien, otro de los requisitos en los cuales se presenta hallazgo, es la falta de verificación en el momento de la liquidación del contrato de las constancias y/o certificaciones que soportan el cumplimiento por parte del contratista de la obligación de realizar los aportes durante la vigencia del contrato a los Sistemas de salud, Riesgos Profesionales, Pensiones, Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar, en donde se debe realizar una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron ser cotizadas.⁵¹

Si llegare el caso que dentro de la verificación se comprobare que los aportes mencionados anteriormente, no se hubieran realizado totalmente, la Entidad tiene el deber de retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de efectuar la liquidación, realizando el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad al régimen de salud y pensión.

Finalmente, cabe advertir, que todo servidor público, que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, incurrirá en causal de mala conducta, quien será sancionado con arreglo al

⁵⁰ Manual de Contratación Estatal del Ministerio de Defensa Nacional

⁵¹ Artículo 50 Ley 789 de 2002, artículo 23 Ley 1150 de 2007

régimen disciplinario vigente, (Leyes Nos.734 de 2002 o 836 de 2003, según las calidades de su destinatario).

5. SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA LA VIGILANCIA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL –SICE.

Mediante la Ley 598 de 18 de julio de 2000, se creó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, el Catalogo Único de Bienes y Servicios CUBS y el Registro Único de Precios de Referencia RUPR, otorgando facultades al Contralor General de la República para establecer su organización y funcionamiento.

El sistema es una herramienta de información, ordenación y control, que incorpora las cifras relevantes del proceso de contratación, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real, con los precios de referencia incorporados en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de acuerdo con los parámetros de codificación del Catalogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, promoviendo y procurando una contratación sin detrimento de los recursos públicos.



El sistema permite la interacción de los contratantes, los proveedores, la comunidad y los órganos de control, suministrando instrumentos para facilitar la contratación, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y facilitar un control posterior y selectivo, todo lo anterior con tecnología, eficiencia y seguridad.

5.1. ACTORES

Entidades que interactúan con el Sistema: Actores Públicos Demandantes, Actores Privados y Actores Públicos de Control.

Públicos demandantes (Entidades del Estado)

1. Entidades del Estado del orden nacional y territorial

Las Entidades del Estado tienen como obligación el registro de sus planes de compra con los códigos del CUBS, el registro de los contratos que celebren con los diferentes proveedores en la Imprenta Nacional y momentos obligados de consulta. Su participación en el sistema es fundamental ya que tienen la función de generar la demanda de los bienes y/o servicios del Estado. Plan de Implementación.

Privados (proveedores)

2. Proveedores

Son todas aquellas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que quieren venderle al Estado. Tienen como función generar la oferta para la contratación estatal; todos los proveedores que quieran venderle al Estado deben haber realizado el procedimiento de inscripción en el SICE y posteriormente deben registrar los precios con los que ofertarán sus bienes y/o servicios.

Públicos (de control)

3. Contraloría General de la República, CGR

Entidad que garantiza el buen uso de los recursos públicos. Consulta toda la información del SICE y revisa las alarmas que el sistema ha generado para mejorar su labor durante la contratación de las Entidades del Estado.

4. Usuarios especiales

Son todas aquellas personas y/o empresas que tienen una relación permanente con el SICE en la demanda de información; requieren altos volúmenes e información especializada. A este grupo pueden pertenecer las Entidades del Estado, los proveedores y los particulares, ejemplo: consultores, universidades, bibliotecas, centros de investigación, órganos no gubernamentales, entre otros.

5. Ciudadanía

Son todas aquellas personas que tienen interés de colaborar con el control del proceso de contratación de las Entidades del Estado, para lo cual el SICE brindará la información y los mecanismos necesarios para facilitar la denuncia de los ciudadanos⁵².

5.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL SICE.

5.2.1. LEYES

- Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Reglas y principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales.

Ley 598 de 18 de julio de 2000, creación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal - SICE.

Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la Eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la Contratación con recursos públicos.

⁵² www.sice-cgr.gov.co/

5.2.2. DECRETOS

Decreto 2170 de 2002, por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.

- Derogado, con excepción de los artículos 6, 9 y 24. Vale aclarar que el artículo 9, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en fallo del 3 de Diciembre de 2007. Concepto Jurídico emitido por Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República ⁵³.

Decreto No.003512, de diciembre 5 de 2003, el Gobierno Nacional reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 066 de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones.

- Derogado. Vigente sólo el artículo 83. Concepto Jurídico, emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

Decreto 2474 de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

5.2.3. RESOLUCIONES

Resolución 05313 del 28 de febrero de 2002, por la cual se establece la organización y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR.

Resolución 05314 del 28 de febrero de 2002 por la cual se adopta el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, como elemento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, y se reglamenta el funcionamiento del Comité para la Administración del CUBS.

Resolución 05339 del 6 de mayo de 2002, por la cual se modifica la resolución 5313 de febrero 28 de 2002.

Resolución 05373 del 19 de julio de 2002, por la cual se modifica la resolución 05313 de febrero 28 de 2002.

⁵³ www.sice-cgr.gov.co/

Resolución 05447 del 26 de diciembre de 2002, por la cual se subrogan los artículos 9 y 59 de la resolución 05313 de febrero 28 de 2002, que establecen la organización de las Entidades Públicas y su ingreso escalonado al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Resolución orgánica número 5554 de 2004, por la cual se modifica el procedimiento administrativo sancionatorio en la Contraloría General de la República y se fijan sus competencias.

Resolución Orgánica 5772 del 5 de julio de 2006, por la cual se adopta el Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE- en el Proceso Auditor.

5.2.4. ACUERDOS

Acuerdo 0012 de 2009 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se ordena el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, "SICE".

Acuerdo 0011 de 2007 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

- Derogado el artículo primero. Concepto Jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República⁵⁴.
- El Consejo de Estado, decretó la nulidad del artículo 2 del acuerdo, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esa Sentencia⁵⁵.

Acuerdo 0010 de 2006 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual entran en vigencia las obligaciones contenidas en los artículos 6° y 15° del Decreto 2503 del 2005 y se definen otros lineamientos.

- Perdió fuerza vinculante. Concepto Jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República⁵⁶.

Acuerdo 0009 de 2006 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE

⁵⁴ www.sice-cgr.gov.co/

⁵⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia 35313. 11/11/09

⁵⁶ www.sice-cgr.gov.co/

Acuerdo 0008 de 2005 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0007 de 2005 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0006 de 2005 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0005 de 2005 del Comité para la Operación del SICE. Por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

- Perdió fuerza vinculante. Concepto Jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República⁵⁷.

Acuerdo 0004 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento y establecen excepciones temporales del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

Acuerdo 0003 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, por la cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

Acuerdo 0002 de 2004 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

Acuerdo 0001 de 2004 del Comité para la Operación del SICE, por el cual se determina el ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE.

5.2.5. CIRCULARES

Circular 003 de 2005. Lineamientos para el ingreso de las Entidades señaladas en el acuerdo 0008 de 2005.

Circular 002 de 2005. Entidades públicas y particulares que ingresaron al SICE mediante el acuerdo 0003 de abril 21 de 2005 del Comité para la Operación del SICE.

⁵⁷ www.sice-cgr.gov.co/

Circular 001 de 2005. Para Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales.

Circular Externa 01 del 17 de enero de 2008, vigencia del SICE y su articulación con el SECOP. Ley 1150 del 16 de julio de 2007. Directrices.

Circular 006 de 2008. Autocapacitación y atención a usuarios SICE.

Circular 005 de 2008. Vigencia del CUBS y relación entre la obligación de las Entidades del Estado y particulares que manejan recursos públicos de consultar el CUBS y la obligación de los proveedores de registrar precios de referencia⁵⁸.

En tal sentido se recomienda:

Las Entidades que contratan con sujeción a la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, cumplirán las siguientes obligaciones:

- a). Inscribirse de acuerdo con el plan de ingreso progresivo establecido por el Comité para la Administración del SICE y a las instrucciones publicadas en el Portal del SICE. Surtido este trámite, el operador entregará al representante legal el password, según los procedimientos determinados en el Portal;
- b). Es obligatorio a partir de la fecha de ingreso de las Entidades al SICE, elaborar, registrar y actualizar sus respectivos planes de compras en el portal del SICE, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas;
- c). Es deber igualmente exigir en los procesos contractuales de cuantía superior a 50 SMMLV, que el proveedor referencia en su oferta el número de certificado de registro del bien o servicio ofrecido, generado por el Portal del SICE. Adicionalmente, las Entidades verificarán dicho registro mediante la respectiva consulta en el portal.
- d). Consultar el CUBS y el precio indicativo los representantes legales de las Entidades con el fin de conocer los precios indicativos de los bienes y servicios codificados hasta nivel de ítem en el CUBS, y evitar los sobre costos en la contratación, deberán consultar el CUBS y los precios indicativos, como requisito previo a la adjudicación. Esta obligación se aplica para los procesos contractuales cuya cuantía sea superior a 50 SMMLV;
- e). Es también obligación de las Entidades registrar en el Portal del SICE, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, los contratos perfeccionados y legalizados en el mes inmediatamente anterior, cuya cuantía sea superior a 50 SMMLV. Esta obligación se cumplirá por las Entidades a partir del mes siguiente a su inscripción. La

⁵⁸ www.sice-cgr.gov.co/

Entidad registrará, en el portal del SICE, la información básica de las compras efectuadas, diligenciando el formato que se encuentra disponible para tal efecto;

f). Finalmente es obligatorio la publicación de los contratos, realizada por las Entidades de acuerdo con las disposiciones legales que rigen la materia, deberá contener los precios unitarios y los códigos de acuerdo con el CUBS. La obligación de registro de contratos se entenderá cumplida cuando se publiquen en la Imprenta Nacional y otros medios de publicación estatales. En caso de que los mecanismos para la publicación de los contratos estatales ordenada por la ley, no permitan publicar los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra adquiridos de conformidad con el CUBS, esta información se registrará directamente en el Portal del SICE⁵⁹.

Frente a tales deberes el artículo 18 del decreto 3512 temporalmente exime del cumplimiento del SICE, los siguientes casos:

- a. La adquisición de servicios y obra pública que no estén codificados en el CUBS.
- b. Los bienes y servicios que se requieren para la Defensa y Seguridad Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 literal i) del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.
- c. La compra venta y el servicio de arrendamiento de bienes inmuebles.
- d. Los procesos contractuales para la adquisición de animales vivos.
- e. Todos los procesos contractuales en cuantía inferior a 50 SMMLV. Mediante Auto de Fecha 2 de febrero de 2005, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente este literal⁶⁰.
- f. Los productos con precios regulados por el Gobierno.
- g. Los procesos contractuales para la adquisición de repuestos⁶¹.

Igualmente, se exceptúan de manera temporal de las obligaciones frente al SICE, los procesos contractuales con las siguientes características:

⁵⁹ Artículo 13 del Decreto 3512 de 2003.

⁶⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. dos (2) de febrero de dos mil cinco (2005). Radicación número: 10010326000200400044 00 (28615)

⁶¹ Artículo 18 del Decreto 3512 de 2003.

- a. Procesos contractuales que señalen objetos descritos en cantidades expresadas en unidades distintas a números enteros, previa aprobación de la Gerencia del SICE.
- b. Procesos contractuales de prestación de servicios y obra pública no codificados en su totalidad hasta nivel de ítem (Propiedades y Especificaciones) en el CUBS.
- c. Procesos contractuales cuyas condiciones de precio o cantidad son variables y el proceso de la negociación se fundamente en valores estimados, previa aprobación de la Gerencia del SICE.
- d. Procesos contractuales a suscribirse con proveedores internacionales que no tengan Número de Identificación Tributaria (NIT), previa aprobación de la Gerencia del SICE.

Se exceptúa temporalmente el registro de Certificados de Disponibilidad Presupuestal (CDP) y de Compromisos (Registro Presupuestal). En el registro de contratos, se exceptúa el diligenciamiento del campo denominado CDP, cuando el contrato esté soportado en más de un Certificado de Disponibilidad Presupuestal⁶².

Los procesos contractuales celebrados con recursos de Caja Menor, quedarán exceptuados temporalmente del cumplimiento de las obligaciones del SICE. Cada Ordenador de Caja Menor es responsable de contratar en condiciones de economía, para lo cual consultará los precios indicativos del SICE.

El término Plan de Compras comprende todos los conceptos establecidos por el artículo 1º del Acuerdo 004 de 2005 del Comité para la Operación del SICE, a excepción de los siguientes aspectos a los que no aplica la normatividad del SICE:

- Pagos de nómina
- Pagos por concepto de servicios públicos⁶³.

Es importante aclarar, que pese a que algunos acuerdos han perdido su fuerza vinculante, de acuerdo a los conceptos Jurídicos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, y se ha declarado la nulidad del artículo 2 del acuerdo 11 de 3 de septiembre de 2007, continúan vigentes y sin modificación alguna las obligaciones consagradas en el Decreto No.003512 de diciembre 5 de 2003.

5.3. CONCLUSIONES SOBRE EL SICE

De lo expuesto se colige que el SICE, es un sistema eminentemente informativo que busca darle transparencia y publicidad a los contratos celebrados con dineros

⁶² Artículos 4 y 5 del Acuerdo 4 de 2005.

⁶³ Párrafo del artículo 2 del acuerdo 9 de 2006.

públicos, para disminuir los niveles de corrupción que aquejan a la Administración Pública.

El SICE contiene los precios de los bienes y servicios que la Administración comúnmente compra y contrata, de manera que estos se vuelven fácilmente identificables y constatables, con la nomenclatura incluida en el CUBS. También contiene la identificación de los proveedores y los precios a los cuales dichos proveedores ofrecen sus bienes y servicios, información que reposa en la base de datos del RUPR.

Los responsables de celebrar actos jurídicos que comprometan dineros públicos deben acudir al SICE para informarse acerca de los bienes y servicios exigidos por el normal desenvolvimiento de sus funciones administrativas. El SICE está destinado a ofrecer información real y actualizada gracias al sistema de consulta y actualización vía internet de los elementos más importantes en los procesos de contratación estatal, cuyo conocimiento debe estar en manos de las Entidades Estatales.



Es indudable que el sistema redundante en beneficio de la efectividad de la gestión administrativa ya que ofrece a los encargados de los procesos de contratación mayores elementos de juicio a la hora de contratar. Dado que la consulta en el SICE arroja resultados reales y actualizados de las diferentes opciones de compra, las Entidades cuentan con la posibilidad de escoger, entre las diferentes propuestas, la que resulte más conveniente a los intereses de la administración. No cabe duda, en este sentido, que el SICE permite la realización de algunos de los principios más relevantes de la función administrativa, como son la moralidad en tanto que permite la sana competencia entre los proveedores de los servicios ofrecidos al Estado, la eficacia conferida por la misma rapidez de la consulta, la economía- garantizada por la escogencia de las mejores opciones de compra, la celeridad y imparcialidad representada en la objetividad de los criterios de contratación.

Los precios los bienes o los servicios del SICE no condicionan a la celebración del contrato, son apenas un catalogo o referencia cruzada que permite escoger la opción más favorable a las necesidades de la negociación.

La información del SICE en sí misma es preventiva y orientadora del control posterior selectivo, y esencial para que las Entidades Estatales conozcan la realidad de los precios y condiciones de la oferta.

Sirve además para identificar cuales Entidades del Estado obvian los precios del mercado y cuáles no, así mismo establece cuales son las tendencias contractuales de la administración.

Tal como se indico atrás uno de los elementos que hacen posible la corrupción, es el sobreprecio, el cual se expresa en la diferencia que hay entre el precio del mercado y los precios de las propuestas recibidas por el Estado.

En tal sentido se recomienda: todo actor público tendrá que solicitarle a la central de información antes de contratar el umbral de precios en el ámbito, local regional y nacional del bien en referencia, identificado con el código único. De esta manera cuando el funcionario público tome la decisión de compra, tiene un elemento de información por excelencia sobre los precios del mercado, por lo cual posteriormente no puede aducir desconocimiento.

Cuando la Entidad carezca de infraestructura tecnológica y de conectividad para acceder a la información del SICE, la consulta de precios o condiciones del mercado se entenderá verificada con el estudio que la Entidad realice para el efecto, del cual dejara constancia por escrito.

¹ Artículo 53 del decreto 2474 de 2008

² Parágrafo 1 del artículo 21 de la ley 80 de 1993:

"Artículo 21".- Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.”

ⁱⁱⁱ Artículos 9, 10, 11 y 12 del decreto 679 de 1994

Artículo 9°.- Cumplimiento de la reciprocidad. Los extranjeros que soliciten la aplicación del tratamiento establecido en el parágrafo segundo del artículo 20 de la Ley 80 de 1993, deberán acreditar con su oferta la existencia de la reciprocidad, acompañando para el efecto un certificado de la autoridad del respectivo país.

Artículo 10°.- Bienes de origen nacional. Para la aplicación del parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor CIF de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados, utilizados para la elaboración de los bienes objeto de la contratación, sea igual o inferior al 60% del valor en fábrica de los bienes terminados ofrecidos.

Artículo 11°.- Servicios de origen nacional. Para los efectos de la aplicación del parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.

Artículo 12°.- Desagregación tecnológica. En desarrollo de lo previsto por el parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, se entiende por desagregación tecnológica el proceso dirigido a descomponer los proyectos de inversión que puedan implicar la contratación de bienes de procedencia extranjera, en sus diferentes elementos técnicos y económicos con el objeto de permitir la apertura de varias licitaciones para su ejecución buscando la participación de la industria y el trabajo nacionales.” (subraya y negrilla fuera de texto)

^{iv} Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Decreto 2680 de 2009

Artículo 1°.- Bienes Nacionales para efectos del Registro de Productores de Bienes Nacionales. Se entiende como bienes nacionales, aquellos bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales o productos que sufran una transformación sustancial de conformidad con lo previsto en el presente Decreto.

Artículo 2°.- Bienes totalmente obtenidos. Se consideran bienes totalmente obtenidos:

- Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal, obtenidos mediante actividades como la caza y pesca, extraídos, recolectados, cosechados, nacidos y criados en el territorio nacional.
- Los productos del mar extraídos en aguas internacionales por parte de embarcaciones de bandera colombiana o embarcaciones de bandera extranjera afiliadas, fletadas o arrendadas a empresas colombianas, registradas o matriculadas por la autoridad competente para ejercer la actividad pesquera.
- Las mercancías producidas a bordo de barcos fábrica, a partir de peces, crustáceos y otras especies marinas, capturados por parte de embarcaciones de bandera colombiana o embarcaciones de bandera extranjera afiliadas, fletadas o arrendadas a empresas colombianas, registrados o matriculadas por la autoridad competente para ejercer la actividad pesquera.
- desechos y desperdicios derivados de:
 - operaciones de manufactura o procesamiento en el territorio nacional, siempre que dichas mercancías sean adecuadas sólo para la recuperación de materias primas; o
 - mercancías usadas recolectadas en el territorio nacional, siempre que dichas mercancías sean adecuadas sólo para la recuperación de materias primas;

e) Mercancías elaboradas en el territorio nacional exclusivamente a partir de productos contenidos en los literales precedentes.

Artículo 3°.- Bienes elaborados con materiales nacionales. Son aquellos productos que sean elaborados enteramente en el territorio nacional a partir exclusivamente de materiales producidos nacionalmente.

Artículo 4°.- Transformación sustancial. Se consideran también bienes nacionales aquellos productos que, no siendo bienes totalmente obtenidos, ni bienes elaborados con materiales nacionales, han sufrido una transformación sustancial. Se entiende que existe una transformación sustancial cuando se cumpla alguno de los siguientes factores:

a. Porcentaje mínimo de Valor Agregado Nacional de conformidad con el artículo 5 del presente decreto.

b. Proceso productivo sustancial de conformidad con los artículos 6 y 7 del presente decreto.

ARTICULO 5°.- Porcentaje Mínimo de Valor Agregado Nacional. Un bien se considera nacional cuando su valor agregado nacional sea igual o superior a 40%.

Para calcular este porcentaje se aplicará la siguiente fórmula:

$$VAN = [(VT - VMN) / VT] 100$$

Donde:

VAN es el valor agregado nacional expresado como porcentaje.

VMN es el valor de los materiales no originarios adquiridos y utilizados por el productor en la producción del bien determinado ajustado sobre la base CIF.

VT Valor de transacción: es el precio ex fábrica o ex planta.

Parágrafo 1. Para propósitos de establecer el valor de un material adquirido por el productor en el territorio nacional se utilizará el valor determinado de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC (Ley 170 de 1994) mutatis mutandi.

Parágrafo 2. Para los fines del Registro de Productores de Bienes Nacionales, éste reflejará el porcentaje del valor agregado nacional resultante de la evaluación del bien.

Artículo 6°.- Proceso productivo sustancial. Se considera que existe un proceso productivo sustancial cuando un bien que conste total o parcialmente de materiales no originarios, es expuesto a un proceso productivo en territorio nacional, del cual resulte un bien comercial nuevo y diferente, con un nombre, características físicas o químicas y uso o finalidad distintos de los materiales que permitieron su transformación.

Artículo 7°.- No se consideran procesos productivos sustanciales las siguientes operaciones o procesos, entre otros:

- Manipulaciones simples destinadas a asegurar la conservación de las mercancías, durante su transporte o almacenamiento, tales como la aeración, refrigeración, congelación, inmersión en agua salada, sulfurosa o en otras soluciones acuosas, adición de sustancias, salazón, extracción de partes averiadas y operaciones similares;
- Operaciones tales como el desempolvado, lavado, limpieza, zarandeo, pelado, descascarado, desgrane, maceración, secado, entresaque, clasificación, selección, fraccionamiento, cribado, tamizado, filtrado, pintado, cortado, recortado y retiro de óxido, aceite, pintura u otros - revestimientos;
- La formación de juegos (kits, surtidos, conjuntos) de mercancías;
- El embalaje, envase o reenvase, empaque; la reunión o división de bultos; la aplicación de marcas, etiquetas o signos distintivos similares;
- Dilución en agua, o en otras sustancias u otros solventes que no altere las características del bien;
- Mezclas de productos en tanto que las características del producto obtenido no sean esencialmente diferentes de las características de los productos que han sido mezclados;
- El sacrificio de animales;
- Aplicación de aceite y recubrimientos protectores;
- Armado o desarmado de mercancías en sus partes; y
- Operaciones de simple ensamblaje que son aquellas actividades que no requieren de habilidades o máquinas especiales, aparatos o equipos especialmente fabricados o instalados para llevar a cabo la actividad.
- La acumulación de dos o más de estas operaciones.”

^v Excepción: Parágrafo del artículo 1 de la ley 1089 de 2006 “El Estado podrá adquirir bienes y servicios que se produzcan en el país a productores extranjeros, cuando los intereses de seguridad y defensa nacional señalen su conveniencia.”

^{vi} Numeral 25 del artículo 2 del decreto 210 de 2003 “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y se dictan otras disposiciones.”, modificado por el artículo 1 del decreto 4269 de 2005

Artículo 20. Funciones Generales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tendrá las siguientes funciones generales: (...)

25. Llevar el registro de producción nacional, de la declaración escrita sobre los contratos de exportación de servicios, de contratos de importación de tecnología, de turismo y expedir las certificaciones pertinentes.”

^{vii} Artículo 11 del decreto 679 de 1994

"**Artículo 11°** - *Servicios de origen nacional.* Para los efectos de la aplicación del párrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquéllos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia."

^{xxx} Artículo 20 de la ley 80 de 1993 "(...) Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público. (...)"

^{xx} Artículo 9 del decreto 679 de 1994

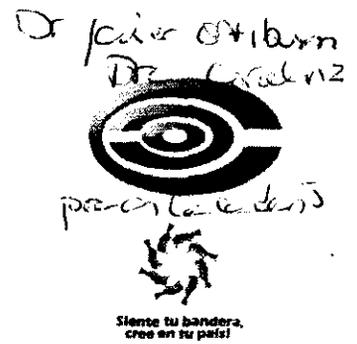
^x Párrafo del artículo 1 de la ley 816 de 2003

^{xi} Artículo 2 de la ley 816 de 2003.



VICEPRESIDENCIA
DE LA REPÚBLICA

COMISIÓN COLOMBIANA DEL OCÉANO
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA



No. **447** SECCO-ASPLAN

Bogotá D.C., **07 ABR. 2010**

Doctora
SANDRA PATRICIA BÓRRAEZ GAONA
Directora Contratación Estatal
Ministerio de Defensa Nacional
Carrera 54 No. 26-25 CAN
Bogotá, D.C.

Asunto: Informe Manual de Buenas Prácticas a 31 de marzo de 2010

De acuerdo con la circular No. 795 de 29 de diciembre de 2009, atentamente me permito enviar el informe del avance sobre la aplicación del Manual de Buenas Prácticas en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Colombiana del Océano, con corte 31 de marzo de 2010.

Atentamente,


Capitán de Navío JULIÁN AUGUSTO REYNA MORENO
Secretario Ejecutivo Comisión Colombiana del Océano

Anexo: Lo anunciado en dos (2) folios útiles

Elaboró: ASPLAN-Carlos Alberto Polanco

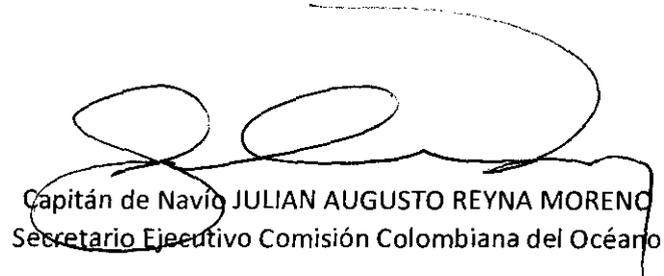
Revisó: CC Yehini Cortéz Nieto

30-04-10
3:38 pm

MANUAL DE BUENAS PRACTICAS
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN ESTATAL
INFORME TRIMESTRAL DE HALLAZGOS
SECRETARÍA EJECUTIVA COMISIÓN COLOMBIANA DEL OCÉANO - SECCO

Etapa	Descripción Hallazgo descrito en el Manual de Buenas Prácticas	Se presenta en la SECCO		Acción a Tomar
		Si	No	
Etapa de planeación	Falta de aplicación del principio de planeación consagrado en las normas presupuestales y contractuales	X		Capacitar a los funcionarios en la realización de la planeación de la contratación. Actualizar el proceso de contratación.
Etapa precontractual	Falta de claridad en los Estudios previos		X	
	Falta de aplicación Ley 1089 de 2006 (Por medio de la cual se regula la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional) y Ley 816 de 2003 (Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública)		X	No aplica dado que la Comisión Colombiana del Océano de acuerdo al Decreto 347 de 2000 es órgano intersectorial de asesoría, consulta, planificación y coordinación del Gobierno Nacional en materia de Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros y sus diferentes temas conexos estratégicos, científicos, tecnológicos, económicos y ambientales relacionados con el desarrollo sostenible de los mares colombianos y sus recursos.
	Inadecuada estructuración del Pliego de Condiciones		X	
	Criterios de evaluación equivocados y/o imprecisos		X	

Etapa contractual	Incumplimiento de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato			
	– Perfeccionamiento del contrato		X	
	– Iniciación del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos		X	
	Incumplimiento de la publicación del contrato en el Diario Único de Contratación Pública		X	
	Incumplimiento de la publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP		X	La SECCO no esta obligada por la cuantía manejada
	Falta de previsión en la ejecución contractual			
	– De manera oportuna no se solicitan las modificaciones o adiciones pertinentes		X	
	– Incumplimiento en las funciones del supervisor del contrato		X	
Etapa de liquidación	Incumplimiento en la obligación de liquidar los contratos dentro del término previsto en la Ley, y la falta de cumplimiento de requisitos exigidos		X	


 Capitán de Navío JULIAN AUGUSTO REYNA MORENO
 Secretario Ejecutivo Comisión Colombiana del Océano

Elaboró: ASPLAN - Carlos Alberto Polanco

Revisó: CC Yehini Cortéz Nieto