

**LA NUEVA NORMATIVIDAD CONTRACTUAL COLOMBIANA**

**MARTHA LUCIA NARVAEZ ESTUPIÑAN**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**

**LA NUEVA NORMATIVIDAD CONTRACTUAL COLOMBIANA**

**MARTHA LUCIA NARVAEZ ESTUPIÑAN**

**Trabajo de Grado para optar el título de Especialista en Derecho  
Administrativo**

**ASESORA:  
MELBA VIVIANA ENRIQUEZ  
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2010**

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son responsabilidad exclusiva de la autora”

Artículo 1 del Acuerdo No 321 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 4 de Marzo de 2010

## RESUMEN

La normatividad contractual colombiana se encuentra sustentada en el artículo 150 de la Constitución Política, que sienta las bases para la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que consagra los principios y directrices para la contratación estatal

En los últimos años, se ha tenido gran cantidad de producción legislativa en busca de la eficiencia en los procesos contractuales de manera que lleven al cumplimiento de los fines estatales y el logro del interés general y el bienestar social de la comunidad.

La nueva normatividad, reglamentaria de la Ley 1150 de 2007, establece profundas transformaciones que van desde la incorporación de nuevas modalidades de contratación hasta la modernización del procedimiento a través de la implementación de sistemas informáticos, tales como las subastas inversas electrónicas.

De igual importancia es la materialización y fortalecimiento de los principios de la contratación, principalmente la transparencia, al permitir la publicidad de cada uno de los documentos producidos en las diferentes etapas contractuales a través del SECOP, utilizando el Internet como una herramienta económica y de fácil acceso a gran parte de la población de manera que los procesos de contratación sea posible consultarlos, vigilarlos y propiciando espacios de participación ciudadana y de los oferentes, en busca de que la competencia entre oferentes conlleve a la adquisición de bienes y servicios a mejores precios para las entidades públicas.

Sin embargo, pese a éstos avances, es menester señalar, que dentro de éstos procesos, dado que posibilitan la competencia entre los posibles contratistas, es mas beneficioso para los grandes oferentes, que son mas competitivos a la hora de una subasta inversa, mientras que las pequeñas, medianas y microempresas o proveedores, no tienen la envergadura ni la capacidad suficiente para competir frente a ellos, y por ende la contratación estatal, tiene una tendencia a efectuarse mas comúnmente con las grandes empresas.

La reglamentación surgida en las dos últimas vigencias, consagra cuatro modalidades de contratación: Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa, cada una de ellas tiene unos procedimientos y unas especificidades diferentes y la entidad estatal contratante deberá ajustarse a ellas de conformidad con las características del bien, servicio u obra que desee contratar, por ello, es importante analizar y revisar las etapas que se establecen en cada una de las mencionadas modalidades de contratación.

## **ABSTRACT**

COLOMBIAN CONTRACT LAW IS PROVIDED BY SECTION 150 OF THE CONSTITUTION, WHICH PROVIDES THE BASIS FOR ISSUANCE OF GENERAL STAFF RECRUITMENT PUBLIC ADMINISTRATION, WHICH ENSHRINES THE PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR GOVERNMENT CONTRACTING.

IN RECENT YEARS THERE HAS BEEN LOTS OF LEGISLATIVE PRODUCTION EFFICIENCY FOR CONTRACTUAL PROCESSES IN WAYS THAT LEAD TO FULFILLING THE STATE PURPOSES AND THE ACHIEVEMENT OF GENERAL INTEREST AND WELFARE OF THE COMMUNITY.

THE NEW LAWS, REGULATION OF LAW 1150 OF 2007, PROVIDES PROFOUND CHANGES RANGING FROM THE INTRODUCTION OF NEW METHODS OF RECRUITMENT TO THE MODERNIZATION OF THE PROCEDURE THROUGH THE IMPLEMENTATION OF SOFTWARE SYSTEMS SUCH AS ELECTRONIC REVERSE AUCTIONS.

EQUALLY IMPORTANT IS THE REALIZATION AND STRENGTHENING THE PRINCIPLES OF RECRUITMENT, ESPECIALLY TRANSPARENCY, BY ALLOWING ADVERTISING FOR EACH OF THE DOCUMENTS PRODUCED AT DIFFERENT STAGES THROUGH RECOP CONTRACT, USING THE INTERNET AS AN ECONOMIC TOOL AND EASY ACCESS TO MUCH OF THE POPULATION SO THAT THE PROCUREMENT PROCESS AS POSSIBLE TO CONSULT THEM, MONITORING THEM AND OFFERING OPPORTUNITIES FOR CITIZEN PARTICIPATION AND SUPPLIERS, LOOKING FOR THAT COMPETITION AMONG SUPPLIERS MAY LEAD TO THE ACQUISITION OF GOODS AND SERVICES AT BETTER PRICES PUBLIC ENTITIES.

HOWEVER, DESPITE THESE ADVANCES, WE MUST POINT OUT THAT WITHIN THESE PROCESSES, GIVEN THAT ALLOW COMPETITION BETWEEN POTENTIAL CONTRACTORS, IT IS MORE BENEFICIAL FOR LARGE SUPPLIERS, WHICH ARE MORE COMPETITIVE WHEN A REVERSE AUCTION, WHILE SMALL, MEDIUM AND MICRO ENTERPRISES OR SUPPLIERS DO NOT HAVE THE SCALE NOR THE CAPACITY TO COMPETE AGAINST THEM, AND THEREFORE THE CONTRACTING STATE HAS A TENDENCY TO BE MORE COMMON WITH LARGE COMPANIES.

THE RULES THAT EMERGEN IN THE LAST TWO LIFETIMES, ESTABLISHES FOUR TYPES OF CONTRACT : PUBLIC BIDDING, SELECTION ABBREVIATED, MERIT COMPETITION AND DIRECT CONTRACTING, EACH OF WHICH HAS SPECIFIC PROCEDURES AND A DIFFERENT STATE ENTITY AND THE CONTRACTOR MUST COMPLY WITH THEM ACCORDANCE WITH THE TYPE OF PRODUCT, SERVICE OR WORK YOU WANT TO HIRE, SO IT IS IMPORTANT TO ANALYZE

AND REVIEW THE STEPS SET OUT IN EACH OF THE AFOREMENTIONED FORMS OF CONTRACTING.

## CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	1
1. ETAPAS DE LA CONTRATACION	2
1.1 PLANEACION	2
1.1.1 Riesgos en la planeación contractual	2
1.2 ETAPA PREVIA	3
1.3 ETAPA PRE CONTRACTUAL	4
1.3.1 Reporte Cámara de Comercio	6
1.3.2 Prepliegos de condiciones	7
1.3.3 Acto Administrativo de Apertura	7
1.3.4 Convocatoria Pública	7
1.3.5 Pliego de condiciones	7
1.3.6 Modificaciones Pliego de condiciones	8
1.3.7 Publicación en el portal SECOP	9
1.4 ETAPA CONTRACTUAL	10
1.4.1 Licitación Pública	10
1.4.1.1 Etapas de la Licitación Pública	10
1.4.1.2 Acto administrativo Apertura Proceso	11
1.4.1.3 Plazo de la Licitación	12
1.4.1.4 Audiencia de asignación de riesgos	12
1.4.1.5 Audiencia de aclaración	12
1.4.1.6 Evaluación	12
1.4.1.7 Causales de Rechazo de una propuesta	12
1.4.1.18 Adjudicación	12
1.4.1.9 Comité de Evaluadores	13
1.4.1.10 Precios Artificialmente bajos	14
1.4.2. Contratación Directa	15
1.4.2.1 Urgencia Manifiesta	15
1.4.2.2 Contratación de Empréstito	16
1.4.2.3 Contratos Interadministrativos	16
1.4.2.4 Bienes y servicios del sector defensa	16
1.4.2.5 Contratos actividades científicas tecnológicas	17
1.4.2.6 Encargo fiduciario	18
1.4.2.7 Pluralidad oferentes	18
1.4.2.8 Prestacion servicios profesionales y apoyo a la gestión	18
1.4.2.9 Arrendamiento adquisición inmuebles	18



1.4.3 Selección abreviada	18
1.4.3.1 Subasta inversa	20
1.4.3.2 Compras en bolsas de productos	23
1.4.3.3 Selección Abreviada de mínima cuantía	24
1.4.3.4 Selección Abreviada de menor cuantía	26
1.4.4 Concurso de méritos	27
1.4.4.1 Tipos de concurso de méritos	30
1.4.4.2 Procedimiento para conformación de listas	31
1.4.4.3 Evaluación	33
1.4.3 Regímenes Exceptuados	35
1.5 ETAPA POSCONTRACTUAL	35
2. OTRAS REGLAMENTACIONES	37
2.1 DECRETO 2025 DE 2009	37
2.1.1 Selección Abreviada de menor cuantía	38
2.2 GARANTIAS	41
2.2.1 Cláusula de indemnidad	43
2.2.2 Suficiencia de la Garantía	44
2.2.2 Excepciones principio indivisibilidad garantías	46
2.2.3 Póliza de seguro	47
2.2.4 Clausula de proporcionalidad	48
2.2.5 Cesión del contrato	48
2.2.6 Requisitos de las pólizas de responsabilidad extracontractual	49
2.2.7 Fiducia Mercantil	49
2.2.8 Procedimiento para la constitución de fiducia mercantil	51
2.2.9 Garantías Bancarias	51
2.2.9 Endoso en garantía de títulos valores	52
2.2.10 Procedimiento para hacer efectivos los títulos valores	52
2.2.11 Depósito de dinero en garantía	52
2.3 DECRETO 2943 DE 2009	53
2.4 DECRETO 3576 DE 2009	56
3. PRINCIPIOS APLICABLES A LA CONTRATACION	59
3.1 Selección Objetiva	59
3.2 Transparencia	59
3.3 Ofrecimiento mas favorable	59
3.4 Principio de Economía	59
4. JURISPRUDENCIA	60
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFIA	66

## GLOSARIO

**Acta de Inicio:** Documento suscrito por el Contratista y el interventor, mediante el cual se formaliza el inicio de las actividades de ejecución del contrato, a partir de la suscripción del mismo, se empieza a contar el plazo de ejecución.

**Acta de Liquidación:** Es un corte de cuentas entre el contratista y la entidad contratante, en éste documento consta la liquidación del contrato, el valor del contrato, su vencimiento, los valores ejecutados y pagados, los anticipos concedidos y amortizados y demás información requerida para poder declarar a paz y salvo a las partes o para poder cobrar los saldos a favor de cualquiera de ellas.

**Adjudicación:** Decisión de la administración pública que se adopta mediante acto administrativo motivado, dentro de la cual se determina con cuál de los proponentes de celebrará el contrato.

**Adjudicatario:** Proponente a quien se le adjudica el contrato, por haber presentado una propuesta, que cumple con lo requerido por el Pliego de Condiciones y se considera la propuesta más favorable para la entidad de conformidad con los criterios establecidos para cada una de las modalidades de contratación.

**Anticipo:** Son recursos financieros entregados por la entidad estatal al contratista, antes de iniciar la ejecución del contrato con el fin de cubrir los gastos que requiera la iniciación de la ejecución del contrato. Estos recursos deben estar amparados con garantía y deben amortizarse en la adquisición de bienes y servicios indispensables para el desarrollo del contrato.

**Contratista:** Persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal a la cual se le ha adjudicado un contrato y con quien se ha suscrito y perfeccionado el contrato mencionado.

**Estudios Previos:** Son todos los documentos y estudios técnicos, económicos y jurídicos emitidos durante el subproceso de planeación de la contratación y soportan la necesidad, oportunidad y conveniencia de la misma.

**Pago Anticipado:** Es el desembolso de recursos financieros que realiza la entidad estatal a favor del contratista, el cual constituye pago parcial del valor contratado, por lo cual estos dineros pasarán a ser de propiedad del contratista.

**Pliego de Condiciones:** Conjunto de normas que rigen la modalidad de selección y el futuro contrato, que señala las condiciones objetivas, plazos y procedimientos

de una licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos donde se realizarán ofrecimientos para participar en la modalidad de selección y tener la posibilidad de obtener el ofrecimiento mas favorable.

**Proponente:** Es la persona jurídica o natural, consorcio o unión temporal, que presenta una ofrecimiento para participar en un determinado proceso de selección.

**Propuesta:** Se entiende por tal aquella oferta con carácter irrevocable, presentada conforme a los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones; debidamente suscrita por quien goza de la representación del proponente y acompañada de una póliza que garantice la seriedad del ofrecimiento.

**SECOP:** Sistema Electrónico para la Contratación Pública, es una herramienta informática en la que las entidades deben publicar todas las actuaciones y novedades que surjan de un contrato.

**Subasta Inversa:** Puja dinámica efectuada electrónicamente, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento más favorable para el ICFES, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones.

**SICE:** Sistema Electrónico para la Vigilancia de la Contratación Estatal, es una herramienta informática operada por la Contraloría General de la República en la cual se debe efectuar la publicación de los contratos que así lo requieran y en la cual se puede consultar el Catálogo Único de Bienes y Servicios y los precios indicativos

## INTRODUCCION

La contratación estatal ha sido siempre un tema álgido y de especial interés por cuanto los planes programas y proyectos en su mayoría se concretan con la ejecución de los contratos suscritos, sin embargo, a lo largo de la historia de la administración pública ha sido vista como el principal mecanismo y medio de corrupción de los servidores públicos.

De otro lado, la contratación pública es una materia con características especiales, porque los contratos estatales a pesar de tener las mismas bases y principios, se alejan ostensiblemente de los contratos privados, por ejemplo con la inclusión de cláusulas exorbitantes que dejan al particular en desventaja frente al Estado, desventaja aceptada en pro de los intereses generales y del bien común; así mismo las controversias o litigios que se presenten durante la ejecución contractual, se resolverán en diferentes jurisdicciones según sea contrato privado o estatal.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se sientan las bases para la creación de un nuevo estatuto general de contratación para la administración pública tal como lo consagra el artículo 150 Superior, a partir del cual nace la Ley 80 de 1993 la cual establece las reglas y principios que rigen los contratos que celebran las entidades estatales, reconociendo en ello, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que proviene del derecho privado, pero al mismo tiempo, se busca con la celebración del contrato, el cumplimiento de los fines del estado, principalmente el bien común y el interés general.

Posteriormente, se ha tenido grandes avances con la reglamentación en materia contractual, sobre todo en las dos últimas vigencias, donde se tiene una gran producción normativa en el tema, la cual busca hacer mas ágil y expedito el proceso de contratación, de manera que la administración pública pueda acceder a los bienes y servicios que requiere satisfaciendo de la mejor manera sus necesidades y logrando a través de procesos eficientes cumplir con su función publica de manera oportuna y lograr los fines del Estado Social de Derecho.

En el presente estudio, se efectuará un recuento de los mas importantes cambios e innovaciones normativas surgidas en las últimas vigencias, que han incorporado nuevas modalidades de contratación y que han conllevado profundos cambios en los procesos contractuales que adelantan las entidades del Estado, debiendo para ello efectuar ajustes tanto humanos como e informáticos con el fin de dar cumplimiento a los nuevos retos que imponen los avances tecnológicos y legales.

## 1. ETAPAS CONTRATACION

- 1- Planeación
- 2- Etapa Previa
- 3- Pre contractual
- 4- Contractual
- 5- Pos contractual

### 1.1 PLANEACION

La etapa de planeación comprende todos los requisitos previos necesarios para dar inicio a la contratación; ésta es la etapa mas importante de todo el proceso contractual ya que una adecuada planeación, muy seguramente conducirá a obtener muy buenos resultados en la contratación. En cumplimiento del principio de planeación, consagrado en la Constitución Nacional, antes del acto administrativo de apertura e invitación es necesario cumplir con algunos requisitos previos que deben estar sustentados en documentos, el incumplimiento de éstos requisitos puede acarrear sanciones penales o disciplinarias para el servidor público.

**1.1.1 Riesgos en la planeación contractual.** El riesgo es común a todo contrato indiferente a la modalidad que se esté aplicando, el riesgo se define como aquellas circunstancias ajenas a las partes y que afectan su equilibrio económico, deben ser identificables y cuantificables para que sean considerados como previsibles.

Conforme con la ley 1150 de 2007 los riesgos deben ser tipificados es decir, deben estar enlistados e identificados, y deben ser cuantificados, en otras palabras se debe definir cuáles son los riesgos que pueden acaecer y cuáles son los costos en que se incurría si se presentan.

El riesgo se debe estimar, esto significa establecer el valor del riesgo en el evento en que llegase a ocurrir, también debe asignarse, es decir, determinar con exactitud, cuál de las partes: contratante o contratista, van a asumir el costo en que se incurra en caso de que el riesgo llegue a suceder, y debe ser asignado a la parte que esté en mejores condiciones de soportarlo. Una vez estimado y tipificado el riesgo se debe adelantar una audiencia donde los oferentes puedan realizar sus observaciones.

La nueva normatividad implica que la administración deba publicar los proyectos de pliegos de condiciones, estudios previos y todo aquello que tenga relación con el diseño del negocio contractual, con el fin de generar mecanismos de visibilidad y control, así se pone en conocimiento del público las necesidades de la

Administración para que los proponentes, con sus aportes y conocimientos, enriquezcan el proceso de selección.

## **1.2 ETAPA PREVIA**

Los estudios previos, son Los documentos que sirven de fundamento para dar inicio al proceso contractual. El estudio previo debe contener el análisis técnico y económico: Soportar las variables que se tuvo en cuenta para calcular el presupuesto, se debe actualizar los precios indicativos, las ofertas y hacer análisis histórico de precios, en éstos documentos es necesario tener en cuenta que el CUBS solo se calcula si está hasta el quinto nivel y si hay 10 como mínimo.

Conforme con el Artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, el estudio previo estará conformado por los documentos definitivos que 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.

En cuanto a los elementos mínimos que debe contener el estudio previo, el decreto enumera los siguientes:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar con sus especificaciones y la identificación del tipo de contrato a celebrar.
3. El fundamento jurídico que soporta la modalidad de selección.
4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto estimado. El Decreto establece que si la contratación se hace a precios unitarios, el presupuesto deberá soportarse en los mencionados precios unitarios, igualmente establece que para el caso del concurso de méritos no se publicará el detalle del análisis que se haya realizado y adicionalmente establece que para el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Una justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta mas favorable para la entidad.
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 a efectos de amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato, así como la división de las garantías.

Los requisitos aquí descritos y que enumera el Decreto 2474 de 2008, son los mínimos elementos a considerar en el momento de elaborar un estudio previo, sin

embargo cada modalidad de contratación tendrá sus exigencias particulares al respecto.

En cuanto a los ajustes que requieran los estudios previos, conforme con el segundo párrafo del artículo tercero del Decreto 2474 de 2008, éstos ajustes podrán realizarse incluso con posterioridad a la apertura del proceso de selección, pero en caso de que la modificación implique cambios fundamentales en los elementos mínimos descritos, la entidad estará facultada para revocar el acto administrativo de apertura.

Es decir, en caso de que sea necesaria la realización de cambios radicales o sustanciales en los pliegos de condiciones o en los estudios previos, la normatividad contractual establece la posibilidad de revocar el proceso contractual, mediante la revocatoria directa del acto de apertura para volver a iniciar el proceso de selección como si fuera uno diferente.

De otro lado, establece que se consideran como definitivos aquellos que se publican con el proyecto de pliego de condiciones y establece la condición de que éstos permanezcan a disposición de del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

Finalmente el artículo 3 del ya mencionado Decreto consagra que para aquellos procesos contractuales que involucren el diseño y construcción, la entidad está en la obligación de poner a disposición de los oferentes, además de los estudios previos, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto

No importa el valor o la clase de contrato, en todos los casos debe agotarse el proceso de planeación, estudios previos, disponibilidad presupuestal previa, permisos, licencias, estudio de mercado, etc.

Para el caso del concurso de méritos, el Artículo 56 del Decreto 2474, establece adicionalmente, que el estudio previo debe contener los siguientes aspectos necesarios dentro de ésta modalidad de contratación:

- Los objetivos, metas y alcance de los servicios que se requieren.
- La descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados, los cuales podrán consistir en informes, diagnósticos, diseños, datos, procesos, entre otros, según el objeto de la consultoría.
- El cronograma de la ejecución del contrato de consultoría.
- El listado y ubicación de la información disponible para ser conocida por los proponentes, con el fin de facilitarles la preparación de sus propuestas, tales como estudios, informes previos, análisis o documentos definitivos.
- La determinación del tipo de propuesta que se exige en el proceso de concurso de méritos sea detallada o simplificada.

### 1.3 ETAPA PRE CONTRACTUAL

Los principales pasos, dentro de la etapa pre contractual se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Realizar un estudio de oportunidad y conveniencia del objeto a contratar, analizar las diferentes alternativas para seleccionar la mas conveniente según los intereses de la administración. Debe hacerse un análisis de las condiciones y precios de mercado.
- En la contratación directa, hay necesidad de expedir el correspondiente acto administrativo de justificación, y la correlativa obligación de consultar los precios de mercado.
- La administración está en obligación de verificar la existencia de una partida presupuestal suficiente, y una vez perfeccionado el contrato, procederá a efectuar al registro correspondiente.
- Igualmente, se debe verificar la existencia de los requisitos, licencias, autorizaciones o permisos que sean necesarios para la ejecución del proyecto, obra o actividad a contratar, o para la celebración del contrato. Ejemplo, para el caso de los alcaldes, es requisito indispensable, contar con autorización del Concejo Municipal.
- Los pliegos de condiciones son las reglas para la presentación y evaluación de las propuestas, el pliego de condiciones debe establecer reglas justas y claras, que permitan a la administración contratar, no con quien presenta la mejor propuesta sino con el mejor contratista, es decir con la persona que mejor puede ejecutar o cumplir el objeto contratado, sin consideración a requisitos puramente formales.

Los pliegos de condiciones deben basarse en

**Reglas Objetivas:** Las condiciones particulares de los evaluadores no pueden interferir o dar pie a consideraciones subjetivas.

**Reglas Claras:** Que sea posible entender de manera clara e inequívoca cada una de las exigencias y requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, tanto por los oferentes como por los organismos de control.

**Reglas Completas:** Evaluar únicamente con los criterios y bajo los parámetros referidos en los pliegos de condiciones.

Una de las innovaciones que presenta la nueva normatividad contractual, es que los pliegos de condiciones no tendrán ningún costo para el oferente, la entidad únicamente podrá cobrar el valor de la expedición de copias. Esto con el fin de establecer igualdad de condiciones y fácil acceso a todos los oferentes. Los criterios de selección pueden ser iguales para cada modalidad de contratación, sin embargo, las reglas de selección son diferentes para cada clase de contrato, pero



todas ellas deben ajustarse a los lineamientos generales de la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, es decir, determinar que cumpla con los requisitos mínimos y que se adecue al precio de mercado.

La licitación pública y la selección abreviada de menor cuantía sólo deben tener en cuenta dos formas de evaluar:

- Ponderación de puntajes de calidad y precio, esto significa evaluar el cumplimiento de los requisitos mínimos y premiar a quien ofrezca el mejor precio, por medio de la evaluación a través de una media aritmética, geométrica o mayor puntuación al mas bajo precio, igualmente calificar a quien supere los requisitos mínimos.
- Mejor relación Costo – beneficio: Requiere la especificación de unos mínimos de cumple o no cumple y determinar qué ventajas puede ofrecer el proponente y una vez efectuados los descuentos por ventajas se podrá determinar quién es el mejor oferente. Ej. El precio puede ser mayor pero presta mayores beneficios como una garantía con mayor cobertura, no solicita anticipo, etc, esto puede traducirse en una mejor oferta porque incorpora mayores beneficios.

Se debe establecer claramente las condiciones de rechazo y dar a conocer las reglas del contrato, porque los contratos que se suscriben con el estado son de adhesión, esto significa que la entidad propone un contrato con unas condiciones y obligaciones previamente definidas, mientras que los proponentes deben ajustarse a las reglas y condiciones establecidas.

Cuando la entidad busca la adquisición de bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización en el mercado, y ha decidido dar aplicación a la modalidad de contratación denominada Subasta inversa, el estudio previo debe contener una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad. Esta ficha técnica, al tenor de lo consagrado en el artículo 20 del Decreto 2474 de 2008, deberá contener como mínimo: La denominación del bien o servicio, la denominación técnica del mismo, la unidad de medida y la descripción general.

**1.3.1 Reporte Cámara de Comercio.** La Ley 1150 de 2007 deroga el Artículo 22 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, conforme con el Decreto Reglamentario, es factible darle aplicabilidad a éste artículo mientras se reglamente la materia.

En la selección abreviada y concurso de méritos, se realiza una revisión de los riesgos cuando se hace las observaciones al pliego de condiciones, ya que es el oferente quien está en mejor condición de llamar la atención sobre temas que no ha tenido en cuenta la administración. Así, conforme con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que consagra los fines de la contratación estatal, estableciendo por tales el cumplimiento de una eficiente y continua prestación de los servicios públicos y

la efectividad de los intereses de los administrados, también consagra que los particulares al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que implica obligaciones.

Es decir, el contratista es un colaborador de la administración a la hora de realizar una definición técnica del contrato puesto que tiene un mayor conocimiento de la actividad; además el tener en cuenta los criterios y recomendaciones de los oferentes en el diseño técnico del negocio jurídico a celebrar, permite evitar conflictos y pleitos dentro de la etapa de ejecución del contrato.

Es recomendable realizar un estudio histórico que permita conocer con claridad el comportamiento del riesgo, y a partir de allí establecer una política del riesgo, ya que esto depende de las características, condiciones y tamaño de la entidad contratante.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece la tipificación, asignación y materialización del riesgo, así, materializa el equilibrio contractual. El sistema de reparto del riesgo fortalece la satisfacción y respeto al equilibrio contractual, el deber de diligencia de las autoridades para tratar de ir mas halla y prever el riesgo.

**“Artículo 27. De la Ecuación Contractual.** En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

**1.3.2 Prepliegos de Condiciones.** Para adelantar un proceso de selección la entidad deberá publicar los estudios previos y los prepliegos de condiciones, los cuales deben contener información verás y ecuánime, sin que éstas publicaciones obliguen a la entidad a aperturar el correspondiente proceso contractual. La ley consagra la obligación de publicar las observaciones a los prepliegos e igualmente se debe publicar las razones y respuesta de por qué se acogen las observaciones o por qué no son aceptadas.

**1.3.3 Acto Administrativo de Apertura.** Este es aplicable en la Licitación Pública,

## Concurso de Méritos y Selección Abreviada.

En la selección abreviada, el acto de apertura debe publicarse en el mismo día en que se publica el pliego de condiciones definitivo, una vez se cumplen los requisitos previos.

Entre los requisitos de verificación, se tiene en la primera fase, la capacidad financiera, serán las cámaras de comercio las encargadas de determinar éste requisito. No todos los objetos contractuales requieren el mismo índice de liquidez, no existe uniformidad, por tanto se debe exigir según el objeto a contratar.

**1.3.4 Convocatoria Pública.** La normatividad contractual establece la obligación de efectuar una convocatoria pública en los eventos en que se adelante los procesos de selección a través de las modalidades de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos.

Para tal efecto, se publicará un aviso de convocatoria, de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 8 del Decreto 2474, el cual establece la publicidad de los procedimientos contractuales en el sistema electrónico para la contratación estatal SECOP. El aviso deberá dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección a utilizar, el presupuesto oficial del contrato y el lugar físico y electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

**1.3.5 Pliego de Condiciones.** El contenido mínimo del pliego de condiciones está establecido en artículo 6 del Decreto 2474, donde se estipula que éste deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta, y establece que debe contener:

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.

El Decreto hace la claridad de que la descripción técnica detallada del objeto a contratar se deberá presentar en un documento separable del pliego de condiciones, como un anexo técnico, el cual será público salvo expresa reserva.

También establece la obligación de anexar al pliego, el proyecto de minuta del contrato a celebrarse y los demás documentos que sean necesarios. Finalmente exceptúa de la obligación de confeccionar pliegos, aquellos eventos correspondientes a la contratación directa y a la contratación inferior al 10% de la menor cuantía.

En los pliegos de condiciones se deben indicar los requisitos necesarios para participar en el proceso correspondiente, deben definirse reglas objetivas, justas, claras, completas que permitan la confección de ofrecimientos ajustados a los requerimientos de la entidad y que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto el proceso. Además en los pliegos no puede incluirse exigencias de imposible cumplimiento definiendo reglas que no induzcan al error a los proponentes, deben definir plazos y términos.

**1.3.6 Modificaciones al Pliego de Condiciones.** La nueva normatividad contractual Colombiana, estipula a través del Decreto 2474 de 2008, la facultad para que la administración efectúe modificaciones al pliego de condiciones haciendo uso de adendas, pero limita la utilización de las mismas y consagra que la entidad debe señalar el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse las mencionadas adendas. Si nada se dice, al adoptarlas deberá fijarse el término para el cierre, esto a efectos de garantizar que los proponentes cuenten con tiempo suficiente para ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas; y establece como limitante la prohibición de expedir adendas y publicarlas el día en que está previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el plazo, con excepción de la licitación pública, tal como lo señala el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Cuando la entidad realice modificaciones a los plazos y términos del proceso de selección, la adenda deberá contener el nuevo cronograma estableciendo claramente los cambios que la expedición de la adenda implique.

Igualmente aclara que se entenderá que han retirado el pliego de condiciones del proceso licitatorio quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de asignación de riesgos.

**1.3.7 Publicaciones en el Portal Unico de Contratación – SECOP.** El Decreto 2474 de 2008, introduce una forma de publicidad en los procesos contractuales e impone a la entidad pública, la obligación de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, exceptuando aquellos sujetos a reserva. Para efectuar la publicidad, dispone que se hará uso del Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, a través del portal Unico de Contratación, que se encuentra en la página web [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co), en la cual, la entidad deberá publicar todos los procesos contractuales, esto significa que se debe colgar en ésta página de Internet todos los documentos que surjan dentro del proceso contractual hasta la liquidación del contrato.

En cuanto a los documentos que deberán ser objeto de publicación, señala los siguientes:

- El aviso de convocatoria pública
- El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico donde podrán efectuarse la consulta de los estudios o documentos previos.
- Las observaciones y sugerencias al pliego de condiciones y la respuesta de la entidad a las mismas.
- La lista corta o lista multiusos en el caso del concurso de méritos.
- El acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección
- La invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos
- El pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la cámara de comercio
- El acta de la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones y todas las aclaraciones que surjan durante el proceso
- El acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsibles
- El acto administrativo de suspensión del proceso
- El acto de revocatoria del acto administrativo de apertura
- Las adendas que se efectúen al pliego de condiciones
- Los informes de evaluación
- El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa
- El acto administrativo de adjudicación del contrato y el acta de la audiencia pública de adjudicación, en los eventos en que se requiera.
- El acto que declara desierto el proceso de licitación
- 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 posterior a ésta.
- El acta de liquidación por mutuo acuerdo o el acto administrativo de liquidación unilateral.

#### **1.4 ETAPA CONTRACTUAL**

Al respecto, la Ley 1150 y sus Decretos reglamentarios, que en adelante describiremos, establecen claramente cuatro modalidades de contratación:

- Contratación Directa
- Licitación Pública
- Selección Abreviada
- Concurso de Méritos

**1.4.1 Licitación Pública.** Las condiciones que establece la Ley 1150 de 2007, como la capacidad financiera son factores habilitantes pero no dan puntaje. La exigencia de estas condiciones debe ser adecuada al contrato, no pueden ser exageradas, es decir deben ser proporcionales a la naturaleza del mismo.

**1.4.1.1 Etapas de la Licitación Pública.** Con anterioridad a la publicación de los prepliegos de condiciones se debe informar a la Cámara de Comercio, a fin de que ésta entidad lo publique en su boletín, sin embargo, este requisito no obliga a la entidad a aperturar el proceso contractual. La información debe contener fecha del reporte, identificación de la entidad, modalidad de contratación, fechas de apertura y cierre del proceso de licitación, el objeto, la cuantía, el lugar de recepción de propuestas, etc, con el fin de que la Cámara de Comercio publique el correspondiente boletín.

También está la obligación de realizar un aviso que especifique el objeto, modalidad de selección, lugar físico y electrónico donde se puede consultar los pliegos de condiciones, el presupuesto oficial, los estudios y documentos previos, si las ofertas se reciben de manera dinámica, subasta inversa, etc, fecha en que se efectuará la asignación de riesgos para determinar la asignación definitiva, el objeto, la cuantía, el plazo para evaluación de las propuestas, cuales son las aclaraciones y explicaciones, razones o causas de rechazo de las propuestas o declaración de desierta de la licitación, condiciones para la celebración del contrato, forma de pago, mecanismos, cobertura, riesgos, minuta del contrato, objeto y condiciones técnicas, demás anexos, reglas generales que deben ser objetivas, justas, claras y concretas.

Existe prohibición legal para establecer reglas imposibles de cumplir, o que puedan inducir al error del proponente, deben ser criterios objetivos que favorezcan a la industria nacional, con reciprocidad para los bienes de origen extranjero, tal como lo establece el Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007:

**“Artículo 20.** De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento...”

No se puede exigir sellos, autenticaciones a menos que existan reglas especiales y explícitas, así mismo, existe prohibición legal de cobrar por la participación en licitaciones, de tal manera que no es factible asignar costos a los pliegos, ya que esto impide la participación plural. Una vez cumplidas estas exigencias legales y principios contractuales descritos, puede publicarse el proyecto de pliego de condiciones junto los estudios y documentos previos para ilustrar al público y para

que los proponentes puedan presentar una oferta que cumpla con las expectativas y necesidades de la Entidad.

El proyecto de pliego de condiciones debe publicarse con mínimo 10 días de anticipación a la apertura y las observaciones deben hacerse durante los días de publicación en la página de la entidad o en el portal de contratación SECOP.

**1.4.1.2 Acto Administrativo que Ordena la Apertura del Proceso.** El jefe de la entidad o a quien haya delegado debe expedir un acto administrativo de carácter general que de manera motivada ordene la apertura del proceso. La providencia debe al menos establecer los siguientes aspectos:

- Objeto del contrato
- Modalidad de contratación
- Cronograma del proceso licitatorio, temas y lugares de la audiencia.
- Lugar físico y electrónico del lugar de consulta de documentos previos
- Convocar a las veedurías ciudadanas
- Disponibilidad presupuestal
- Aspectos técnico económicos que se requiera incluir

Continúa la obligación de publicar en la prensa hasta 3 avisos con intervalo de 2 a 5 días cada uno, dentro de los 20 días anteriores, debe hacerse en un diario de amplia circulación de la jurisdicción de la entidad y otro medio (Ley 80 de 1993), en poblaciones con un número inferior a 80 mil habitantes e ingresos inferiores a 7000 smmv, puede hacerse por lectura de bando, tal como lo establecen tanto el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 como el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, así:

**“Artículo 3°.** De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.”

“Artículo 30...

...3o. Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicaran hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de

comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población. Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso...”

**1.4.1.3 Plazo de la Licitación.** El plazo de la licitación es el periodo comprendido entre la fecha a partir de la cual se puede presentar propuestas hasta el cierre, la entidad puede determinar el plazo de la licitación, teniendo en cuenta el objeto, el monto de la contratación, aspectos técnicos y demás factores que puedan ser importantes para la contratación.

Al cierre del plazo se debe consultar nuevamente precios indicativos, el SICE genera una alarma en caso de no surtirse la consulta: Consulta obligatoria no realizada, esto debe realizarse entre el CIERRE y la ADJUDICACION del proceso.

**1.4.1.4 Audiencia de Asignación de Riesgos.** Revisar los riesgos y determinar su asignación, establecerlos y definir a cargo de quien quedarán, es decir, tipificarlos, valorarlos y asignarlos, como ya se mencionó con antelación.

La audiencia de asignación de riesgos debe ser antes de la apertura, antes de los pliegos definitivos porque los riesgos deben estar ya claramente determinados en los pliegos de condiciones definitivos, sin embargo, puede hacerse cualquier modificación que respete a los riesgos por medio de adendo.

**1.4.1.5 Audiencia de Aclaración.** Dentro de los 3 días hábiles siguientes al plazo de presentación de propuestas se puede hacer una audiencia para aclarar, de esto debe levantarse un acta, con las aclaraciones adicionales a que haya lugar, se debe contestar por escrito, estas tendrán únicamente un valor interpretativo Art. 8 Decreto 2474 de 2008.

**1.4.1.6 Evaluación.** Depende de la cuantía, el objeto, las características y condiciones propias del contrato. Se puede solicitar aclaraciones, a los proponentes, para evaluar las propuestas y es necesario verificar en el SICE los certificados de registro, además las propuestas, debe primar lo sustancial sobre lo formal, por tanto existen requisitos subsanables. Los informes sobre la evaluación de propuestas deben permanecer en secretaría durante cinco días hábiles para que puedan presentar observaciones a las calificaciones, pero no mejorar ni modificar la oferta.

**1.4.1.7 Causales de Rechazo de una Propuesta.** No se puede rechazar una oferta únicamente por aspectos formales que pueden subsanarse, por tanto, debe



darse prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

Las entidades estatales no podrán rechazar una propuesta por aspectos no referidos en la oferta, las entidades pueden aceptar que se presenten soportes con posterioridad a la fecha de presentación de propuestas. Debe señalarse el plazo máximo para su presentación en los pliegos de condiciones. Ejemplo: La experiencia referida no soportada, sino se dice nada, puede subsanar hasta antes de la adjudicación o antes de la subasta inversa.

Las entidades estatales no pueden rechazar propuestas por no cumplir con requisitos formales, por requerimientos puramente formales, únicamente por aspectos sustanciales, por ejemplo por falta de Capacidad, ya que la capacidad no es subsanable, otro ejemplo puede ser que el proponente posea un objeto social diferente, falta de inscripción en el RUP, ya que si lo hiciera quedaría posterior a la oferta y es claro que la oferta no puede modificarse.

Los requisitos llamados esenciales son aquellos que de haberse cumplido la decisión de la administración habría sido diferente.

**1.4.1.8 Adjudicación.** El plazo para adjudicar debe estar determinado en los pliegos. Durante la adjudicación en audiencia, los interesados pueden pronunciarse sobre las observaciones a los contratistas, para ello se concederá el uso de la palabra **por una sola vez**, solo para replicar las observaciones sobre la calificación de la oferta y solo una persona en representación de la entidad oferente. La cantidad de minutos para el uso de la palabra lo determina la entidad, se debe observar una conducta respetuosa frente a los demás oferentes.

Si los pronunciamientos ameritan un análisis mas profundo, la entidad está facultada para suspender la audiencia.

El acto administrativo de adjudicación debe ser notificado dentro de los cinco días siguientes a su expedición, en caso de que se adjudique mediante audiencia, se entenderá notificado durante la misma.

Durante la audiencia de adjudicación, pueden participar tanto las veedurías ciudadanas, como los organismos de control, siempre que lo hagan dentro de los lineamientos de la ley. La contraloría solo puede intervenir para advertir o prevenir. Si la entidad adjudica y el contratista no firma el contrato, se debe hacer efectiva la póliza y puede suscribirse el contrato con el proponente que quedó en segundo lugar, sin embargo es necesario establecer con claridad si hubo fuerza mayor, pues de lo contrario, conllevaría la imposición de sanciones.

La licitación declarada desierta puede abrirse nuevamente a través de la modalidad de selección abreviada.

El pliego de condiciones debe contener términos los cuales una vez vencidos no pueden ser extendidos, es decir, los plazos fijados una vez vencidos no pueden ser aplazados, esta regla tiene dos excepciones:

- 1- El párrafo primero del Artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, faculta a la administración para suspender el proceso de selección mediante acto administrativo motivado por razones de interés general, porque se requiere hacer revisiones cuando ocurren situaciones sobrevivientes o para verificar información, así:

**Parágrafo 1°.** El proceso de selección podrá ser suspendido por un término no superior a quince (15) días hábiles, señalado en el acto motivado que así lo determine, cuando a juicio de la entidad se presenten circunstancias de interés público o general que requieran analizarse, y que puedan afectar la normal culminación del proceso. Este término podrá ser mayor si la entidad así lo requiere, de lo cual se dará cuenta en el acto que lo señale.

- 2- El párrafo segundo del artículo 5 idem, faculta a la entidad para hacer uso de la revocatoria directa, cuando concurren las causas consagradas en el artículo 69 del código Contencioso administrativo, así:

**“Parágrafo 2°.** En el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la Entidad revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección.”

El Artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establece que no puede exigirse originales, autenticaciones, presentación personal, en concordancia con el Decreto 2150 de 1995, como tampoco podrá exigirse información que repose en el archivo de la entidad.

**1.4.1.9 Comité de Evaluadores y Asesores.** Este comité puede estar conformado por Servidores públicos o contratistas para efectuar una selección objetiva dentro de las licitaciones públicas, concursos de méritos y selección abreviada. Los miembros de éste comité están sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Sin embargo, si el representante legal no está de acuerdo con las recomendaciones del comité debe dejar constancia por escrito de ésta situación, y podrá contratar con el proponente que considere procedente.

Según lo ha señalado el Concejo de Estado en sus pronunciamientos, los documentos financieros requieren firma del contador, éstos son requisitos formales, y su ausencia no puede ser causal de rechazo de la propuesta, basta la información, porque es un requisito subsanable, no interviene en la evaluación de la oferta, basta con referir los datos, porque la capacidad financiera es sólo un

requisito de verificación y no de calificación, no siempre se tiene en cuenta la capacidad financiera, ej: contrato de obra, suministro, consultoría, en ellos si se puede pedir capacidad financiera, pero en contratos instantáneos no se requiere realizar evaluación financiera.

**1.4.1.10 Precios Artificialmente Bajos.** Son aquellos precios que están muy por debajo del promedio de las otras ofertas, sin embargo, solamente por estar fuera del promedio o por ser levemente inferior al promedio de los precios de las ofertas, la entidad no puede rechazarla, debe inicialmente indagar las razones aplicando los principios del debido proceso y derecho de defensa, a fin de que el mismo proponente explique la razón de los precios tan bajos, si puede justificarlo de manera objetiva, la entidad debe evaluar que los precios tan bajos no afecten la ejecución del contrato o pongan en riesgo el cumplimiento del mismo, se debe tener en cuenta también el riesgo del lavado de activos.

El manual de contratación debe determinar el proceso aplicable a la contratación directa y a la selección abreviada de mínima cuantía, la contratación directa estará definida por sus características específicas mientras que la selección abreviada de mínima cuantía se define porque su valor no supere el 10% de la menor cuantía, en cada una de éstas dos modalidades, será el manual de contratación el que determine los mecanismos que garantizarán la selección objetiva, tal como lo señalan el Artículo 22 ley 80 de 1993, y el Artículo 6 ley 1150 de 2007.

**1.4.2 Contratación Directa.** En la Ley 80 de 1993, el principal paradigma es la transparencia, únicamente se tenía la contratación directa y la licitación pública, en cambio la Ley 1150 de 2007, incorpora medidas de eficiencia y transparencia, para ello se cuenta con cuatro modalidades de contratación, licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

Esta modalidad de contratación se presenta como un caso excepcional de la norma, pues la regla general es la licitación pública, por tanto, este mecanismo solo procede en los casos expresa y taxativamente señalados en la Ley, además requiere la expedición de un acto administrativo que justifique la aplicación de ésta modalidad de contratación directa, éste acto administrativo debe contener la causal que la entidad acoge, el objeto, el presupuesto establecido, la invitación a participar, y debe especificar además el lugar de consulta de los estudios previos. Para la contratación de empréstitos, y la adquisición de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición, no se consagra la obligación de proferir el acto administrativo de apertura.

La contratación directa es una excepción, solamente es aplicable en aquellos casos en los cuales explícita y taxativamente lo ha autorizado el legislador, anteriormente eran 13 causas de contratación directa, actualmente la ley 1150 de 2007 únicamente establece nueve (9) causas:

**1.4.2.1 Urgencia Manifiesta.** Aquellas situaciones imprevisibles tales como las calamidades, no se aplica para situaciones previsibles, en éste caso es necesario tener en cuenta que la urgencia manifiesta es una causal de contratación directa vinculada con situaciones apremiantes que implican la necesidad inmediata de bienes, obras o servicios. Cuando se aplica la urgencia manifiesta, en aras de preservar la continuidad de la prestación de la función pública y del interés general, se sacrifican otros principios de la contratación aplicable a las otras modalidades de selección.

Se configura la contratación directa cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes o la prestación de servicios o la ejecución de obras de manera inmediata; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción, para atender situaciones excepcionales ocasionados por calamidades, fuerza mayor o calamidad, y en general cuando sea imposible proceder a efectuar el respectivo proceso de selección.

**1.4.2.2 Contratación de Empréstito.** Busca mecanismos de financiación a mediano o largo plazo Art. 3 Decreto 2681 de 1993.

**1.4.2.3 Contratos Interadministrativos.** Al respecto el artículo segundo de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales podrán celebrar directamente contratos entre sí y en igualdad de condiciones, teniendo en cuenta que el objeto del contrato debe tener estrecha relación con las funciones de la entidad encargada de la ejecución contractual.

Al respecto, cambia lo relacionado con la universidad pública de educación superior, no pueden contratar fiducias, obras públicas por medio de la modalidad de contratación directa, para ello deberán efectuar procesos de selección tal como la licitación pública, selección abreviada, debiendo demostrar para ello, la capacidad requerida.

**1.4.2.4 La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa** y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición, estos bienes se encuentran taxativamente señalados y enumerados en el Artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, así:

- “ Armas y sistemas de armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.
- Elementos, equipos y accesorios contra motines.
- Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
- Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.

- Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.
- Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.
- Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.
- Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.
- Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.
- Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.
- Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.
- Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.
- 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 interventorias necesarias para la ejecución de los respectivos contratos...”

#### **1.4.2.5 Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y**

**tecnológicas.** Este tipo de contratos de cooperación científica y tecnológica, se sustenta en el artículo segundo del Decreto 591 de 1991, los servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; asimismo, en el artículo 2º del Decreto 393 de 1991, el cual determina como los propósitos de la Asociación, entre otros, “Adelantar proyectos de investigación científica”.

Por su parte, los artículos 1º y 6º del Decreto 393 de 1991 y el artículo 17 del Decreto 591 de 1991, determinan que para adelantar actividades científicas y tecnológicas, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares u otras entidades públicas, mediante la celebración de convenios especiales de cooperación científica y tecnológica.

La Ley 489 en su artículo 95 regula la asociación entre entidades públicas y textualmente dice: “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”.

De tal manera que al celebrar estos contratos, las entidades estatales estarán en igualdad de condiciones y podrán suscribirse siempre y cuando el objeto del contrato tenga relación y afinidad directa con las funciones asignadas a la entidad ejecutora y su finalidad es entablar esfuerzos mutuos para beneficio de un tercero, que es la sociedad o el bien común.

**1.4.2.6 Los contratos de encargo fiduciario** que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos

**1.4.2.7 Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado:** Se considera que no hay pluralidad de oferentes cuando ocurre una de las dos circunstancias descritas en el Decreto 2474 de 2008, es decir, cuando no exista más de una persona inscrita en el RUP o cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.

**1.4.2.8 Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión,** o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. En cuanto a ésta tipo de contratación es necesario tener en cuenta la idoneidad y la experiencia de los contratistas.

En la contratación directa para la prestación de servicios profesionales la entidad deberá comprobar tanto la idoneidad como la experiencia del contratista. En cuanto a la idoneidad profesional es necesario tener en cuenta que se debe observar las reglas establecidas para la vigilancia del ejercicio de las profesiones;

igualmente deberá tenerse en cuenta la experiencia certificada por el contratista, en la ejecución de actividades relacionadas directamente con el objeto del contrato a celebrar; estos son los dos fundamentos para la selección de contratistas en la prestación de servicios profesionales, debiendo para ello revisar los ordenamientos que regulan el ejercicio de las profesiones, como por ejemplo la Ley 842 de 2003 por medio de la cual se regula la profesión de ingeniería.

**1.4.2.9 El arrendamiento o adquisición de inmuebles**, éste aspecto fue reglamentado por el Decreto 3576 de 2009 como se explicará mas adelante.

**1.4.3 Selección Abreviada.** La selección abreviada es la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

No se puede exigir el pago de pliegos, y se podrá utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para limitar el número de oferentes a 10.

Parágrafo 2 Artículo 2 Ley 1150 de 2007, establece que todos los contratos deben estar sometidos a los principios de la Ley 80, el Artículo 309 de la Constitución Nacional somete la contratación a la Publicidad, por tanto, los procesos que están exentos de publicación en el SECOP, deben tener garantía de publicidad del proceso a través de los mecanismos establecidos en el manual de contratación (último nivel normativo), el manual debe estar enmarcado dentro de los principios de la contratación.

Causales de la Selección Abreviada

- Adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el mercado.
- Contratación de menor cuantía.
- Contratos para la prestación de servicios de salud.
- Contratación cuyo proceso de licitación pública sea declarado desierto.
- Enajenación de bienes del Estado no regulados por la Ley 226 de 1995.
- Productos de origen o destinación agropecuarios no ofrecidos en bolsas de productos.
- Actos y contratos cuyo objeto directo sean actividades comerciales e industriales de empresas industriales y comerciales estatales y sociedades de economía mixta.
- Contratos de entidades para programas de amenazados, desmovilizados, reincorporados, desplazados, protección de derechos humanos de poblaciones de alto grado de vulnerabilidad
- Contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad Nacional.

Los criterios para dar aplicación a la Selección Abreviada, son entre otros, las características del objeto a contratar, las circunstancias de la Contratación, por ejemplo el proceso contractual Declarado desierto, la cuantía del bien, obra o servicio y su destinación.

Las etapas del proceso de selección abreviada son:

- Elaboración del Estudio Previo
- Acto administrativo de convocatoria
- Publicación de los Prepliegos de condiciones
- Observaciones y respuesta a las observaciones
- Acto formal de apertura con pliego de condiciones según requisitos decreto 2474
- Manifestación de interés del oferente
- Plazo para presentación de propuestas: 5 días
- Evaluación: No puede ser superior al plazo para presentar propuestas
- Adjudicación en audiencia pública
- Contrato y publicidad: Únicamente se publican los de cuantía superior a 50 smlmv.

En resumen, dentro de los principios y procedimientos aplicables a la Modalidad de Selección Abreviada se tiene:

- Aplicación especial de los principios de la Ley 80 de 1993
- Requiere justificación previa de la modalidad a aplicar
- Requiere publicidad de todos los procedimientos y actos.
- No es posible exigir el pago de pliegos
- Es principio general la convocatoria y se podrá utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública para limitar el número a 10.
- Aplicable a la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el mercado.

Dentro de la Selección Abreviada, se distingue las siguientes modalidades:

Subasta inversa

Acuerdos marco de precios

Compras en Bolsa de productos

**1.4.3.1 Subasta Inversa.** Para analizar esta modalidad, es importante inicialmente detenernos a estudiar con precisión lo concerniente a los bienes de características técnicas uniformes y de común utilización en el mercado, para definirlos, es necesario remitirse al Artículo 16 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008, donde los define como aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con



independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

En otras palabras, son aquellos requeridos por las entidades y ofrecidos en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de sus necesidades.

No existe una enumeración taxativa de los bienes de condiciones técnicas uniformes y de común utilización en el mercado, éstos deben ser definidos por cada entidad de acuerdo a sus requerimientos, por lo general son bienes de características simples que no requieren mayores especificidades para su identificación, como es el caso de la papelería, elementos de oficina, equipos de cómputo, etc.

El Decreto 2474 establece que no es procedente especificar marcas para definir éste tipo de bienes a menos que las necesidades de la entidad lo requieran, circunstancia que debe estar sustentada en los estudios previos de manera clara y técnica, la sustentación no pueden ser razones de tipo subjetivo.

En tanto la entidad requiera éste tipo de bienes, independientemente del valor del contrato a celebrar, deberá aplicar procedimientos de subasta inversa, compra por acuerdo marco de precios o adquisición a través de bolsas de productos. Como la calidad está estandarizada lo que distingue las ofertas únicamente es el precio, por tanto la entidad no tendrá problema con la calidad del producto. Dentro del desarrollo del proceso de subasta inversa se debe haber por lo menos dos (2) oferentes habilitados a fin de efectuar el proceso, de lo contrario se debe extender el plazo para subsanar o para que haya mas manifestaciones de interés. Al presentar la documentación, los proponentes también presentan su oferta, el precio de la oferta es el precio de arranque, a partir de allí pueden mejorar sus posturas hasta el margen mínimo de mejora que determinan los pliegos de condiciones siempre que mejore la inicial del arranque o al final.

Al respecto, el Artículo 18 del Decreto 2474 establece que la subasta Inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado.

La subasta para adquisición de los bienes en comento, puede hacerse por ítems o por lotes, el Decreto 2474 de 2008, define un lote como un conjunto de bienes agrupados con el fin de ser adquiridos como un todo y cuya naturaleza individual corresponde a la de aquellos de características técnicas uniformes y de común utilización.

Para llevar a cabo la subasta inversa, una vez publicados los pliegos de condiciones cada uno de los proponentes interesados deberán presentar sus propuestas donde debe constar la capacidad jurídica, condiciones de experiencia,

capacidad financiera y de organización y una propuesta inicial de precio, la cual sólo será abierta al momento de inicio de la puja, la cual será considerada como la propuesta definitiva si el proponente no hace nuevos lances durante el proceso.

Posteriormente la entidad, debe entrar a efectuar una verificación de los requisitos habilitantes de cada uno de los proponentes, teniendo siempre en cuenta que para llevar a cabo una subasta se hace necesario la presencia de al menos dos proponentes. Una vez efectuada la verificación de los requisitos habilitantes, deberá publicarse una lista informando sobre los oferentes que no se encuentran habilitados y se les concederá el plazo que la entidad estime, para que subsanen sus falencias. Una vez se haya verificado que los proponentes hayan subsanado se continuará el proceso con ellos. En el evento en que no se hayan pronunciado, será causal de rechazo.

En caso de que no hubiese mas de una oferta habilitada, la entidad podrá ampliar el plazo por un término no superior a la mitad del inicialmente pactado para que los proponentes puedan subsanar, si a pesar de ello, solamente se cuenta con una única oferta habilitada, la entidad podrá celebrar el contrato con éste proponente, siempre que su oferta no supere el presupuesto oficial.

De otro lado, la subasta inversa puede efectuarse bajo dos modalidades, claramente establecidas en el Decreto, así:

1. Subasta inversa electrónica
2. Subasta inversa presencial

Los artículos 25 y 27 del Decreto Nacional 2474 de 2008, establecen las etapas para adelantar tanto la subasta inversa presencial, como la subasta inversa electrónica.

En cuanto a la subasta inversa presencial, el funcionario designado por la entidad, deberá entregar a cada uno de los proponentes, un sobre con un formulario donde podrán cada uno de ellos, consignar su propuesta o sus lances en forma secreta. Acto seguido, la entidad dará apertura a los sobres que contienen las propuestas económicas allegadas por los proponentes con la oferta inicial e indicará cuál es la menor, permitiendo que los oferentes hagan sus lances para mejorar el precio, teniendo para ello un periodo de tiempo que debe estar previamente establecido en los pliegos de condiciones.

Cuando hayan consignado sus lances en los formularios entregados por la entidad el funcionario los ordenará en forma descendente e informará a los asistentes únicamente cuál es la menor oferta; quedando por fuera del proceso, el proponente que no haya efectuado un lance válido, éste procedimiento podrá ser repetido hasta que no se obtenga precios menores, momento en el cual procederá a adjudicar el contrato y dar a conocer a los participantes el resultado de la

subasta identificando a cada uno de los proponentes.

Se entiende como lance válido aquellos que observando el margen mínimo mejoren el precio de arranque o el menor lance de la ronda anterior según el caso. En la subasta electrónica, los lances serán válidos si superan el margen mínimo de mejora en relación con el precio de arranque o el último lance válido ocurrido durante la subasta, según sea el caso.

En caso de empate, deberá adjudicarse el contrato al proponente que haya presentado la oferta inicial mas baja, y en caso de persistir el empate, se definirá mediante sorteo.

Por su parte, la subasta inversa electrónica se desarrolla utilizando herramientas y medios tecnológicos, la hora y fecha de la subasta así como los medios informáticos y de seguridad a utilizar serán los definidos en los pliegos de condiciones, para dar inicio a los lances se tendrá como precio inicial, el menor precio indicado en la propuesta inicial, y en caso de presentarse simultáneamente dos lances iguales, prevalece el primero en el tiempo, en estricto orden cronológico, lo cual será verificado en el sistema.

Cada proponente podrá conocer la confirmación del lance, el valor del mismo y el lugar en que se ubica su propuesta con respecto a las demás manteniendo la confidencialidad sobre los otros proponentes, siendo una prohibición legal dar a conocer el valor de las ofertas durante el desarrollo de la subasta.

En el evento en que se presenten fallas en el sistema de información, fallas éstas que sean imputables a la entidad o al operador y que impidan la realización de lances, la subasta será suspendida y deberá reiniciarse nuevamente cuando se haya superado las causas que la originaron, si por el contrario, la falla técnica únicamente deja por fuera de conexión a la entidad y los proponentes pueden hacer sus lances normalmente, la subasta seguirá su curso con normalidad, pero si la falla es imputable al proponente o a su operador, y no puede hacer lances, se entenderá que el proponente que perdió conexión se retira de la subasta y quedará por fuera de ella, a menos que logre volver a conectarse antes de finalizar el proceso de la subasta. En todo caso, la entidad deberá dejar a disposición una línea telefónica para atender y guiar a los proponentes a lo largo de la subasta inversa electrónica.

La norma da prevalencia a la subasta electrónica, a menos que la entidad demuestre que no puede adelantar el proceso electrónicamente, en ese caso, las entidades deberán certificar que no poseen la plataforma tecnológica para tal fin, situación que será verificada por el Ministerio del ramo.

Tanto en la subasta inversa electrónica como en la presencial, serán los pliegos de condiciones los que especifiquen el periodo de tiempo asignado para cada etapa del proceso de subasta, así como un lapso de tiempo

de alargue, determinando claramente en los pliegos cuanto y cuantas rondas pueden efectuarse, en la subasta inversa electrónica no es posible conocer quien hace las posturas, solamente se conoce una clave que identifica al oferente.

**1.4.3.2 Compras en Bolsas de Productos.** La compra en bolsas de productos, es otra forma de acceder a aquellos bienes de condiciones técnicas uniformes y de común utilización en el mercado; en términos generales el procedimiento y el manejo interno de las bolsas de productos se rige por el reglamento que ellas posean y por las normas que regulan éstos mercados.

Las bolsas de productos, están en la obligación de estandarizar y mantener un listado de bienes de características técnicas uniformes, el cual debe permanecer a disposición del público y requieren también publicarse en la pagina web y en cualquier otro medio que consideren conveniente; ya que las entidades estatales solo podrán adquirir en la bolsa los productos que ella tenga publicado en su listado de bienes.

Al interior de la bolsa de productos también se realiza una subasta inversa a la cual, tanto la entidad como los contratistas deben acudir por medio de comisionista. Como mecanismo de garantía, si los productos no son entregados dentro de los plazos o en la fecha estipulada la cámara de compensación podrá indemnizar a la entidad ante el incumplimiento. Por tal motivo, dentro de los estudios previos realizados por la entidad para éste tipo de contratación, se debe consignar el valor máximo de la comisión que la entidad pagará y el presupuesto máximo establecido para la adquisición de los productos, valores que deberán estar respaldados con la correspondiente disponibilidad presupuestal previa.

Por su parte las personas que deseen actuar como comisionistas en representación de las entidades estatales deberán inscribirse en el SICE e igualmente deberán registrar el valor a cobrar por su comisión en el RUPR; la entidad estatal contratante podrá exigir a los comisionistas los requisitos adicionales que considere necesarios, para ello puede hacer uso de su discrecionalidad, pero apegándose al principio de proporcionalidad de la norma: Según el código contencioso administrativo y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se debe tener en cuenta la complejidad, a mayor complejidad, mayor cantidad de exigencias, requisitos y garantías, es decir, al respecto hay discrecionalidad de la administración en cuanto a garantías y requisitos que exige dependiendo y en proporcionalidad con el objeto del contrato.

La entidad estatal interesada en contratar, presentará la correspondiente solicitud a la bolsa de productos, con fundamento en ello, la bolsa de productos procederá a efectuar una rueda de negocios donde se escogerá el comisionista que represente a la entidad, la escogencia se hará bajo criterios de objetividad. El comisionista elegido deberá suscribir un contrato de comisión con la entidad que representará, de acuerdo con el presupuesto y disponibilidad que ésta tenga

asignado para la comisión. El comisionista deberá constituir póliza a favor de la entidad contratante.

Tanto la entidad estatal comitente, como el comitente vendedor deberán constituir pólizas a efectos de asegurar el cumplimiento de la negociación realizada.

Las bolsas de productos, podrán por su propia cuenta organizar ruedas de negociación, donde pueden invitar tanto a los oferentes como a las entidades estatales compradores de los bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y común utilización en el mercado, utilizando como medio publicitario los avisos en cualquier medio de comunicación. A través del aviso indicarán los productos ofertados, fechas y plazos; una vez se tenga las manifestaciones de interés de las entidades estatales, la bolsa procederá a efectuar la rueda de negocios para la escogencia del comisionista.

La obligación de publicar en el SICE los contratos efectuados por ésta modalidad, corre a cargo de la bolsa que efectuó la negociación.

Es importante solicitar el acompañamiento de las personerías y procuraduría al proceso contractual, quienes conforme con el Código Disciplinario tienen la facultad de suspender el proceso en caso de presentarse inconsistencias.

De acuerdo con el artículo 86 del Decreto 2474 de 2008, la excepción del SICE trata de armonizar con el Decreto 3512 de 2004 Artículo 13, hay obligaciones explícitas e imperativas, por tanto se crea una excepción frente al Decreto 3512 en cuanto a la consulta al SICE y CUBS la cual siempre es obligatoria en una subasta, si el proveedor se baja del precio debe inmediatamente actualizar ésta disminución del precio en el SICE.

Este mecanismo, es de utilización obligatoria para los eventos en que la entidad busque adquirir bienes de origen o destinación agropecuaria, conforme lo establece el artículo 50 del Decreto 2474 de 2008, éstos productos se definen como "...los bienes y servicios de carácter homogéneo, que provienen de recursos agrícolas, pecuarios, forestales y pesqueros, que no hayan sufrido procesos ulteriores que modifiquen sustancialmente sus características físicas y/o, químicas, o que, no obstante haberlos sufrido, conservan su homogeneidad así como aquellos cuya finalidad es la de ser utilizados en las actividades propias del sector agropecuario. También se consideran productos de origen o destinación agropecuaria los documentos representativos de los mismos."

"Se entiende que son productos homogéneos aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor y que tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por especificaciones usuales del mercado, de tal manera que el único factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio por el cual se transan."

**1.4.3.3 Selección Abreviada de Mínima Cuantía.** En cuanto a la contratación de mínima cuantía, consagrada en el artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, encontramos que el Decreto Nacional 2025 de 2009, hace una modificación y establece que cuando el valor del contrato a celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que sea necesario obtener previamente varias ofertas, pero debe dejarse constancia escrita a cerca del análisis que haya efectuado la entidad, sobre las condiciones del mercado.

Además establece que para aquellos eventos en que la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de “Gran Almacén”, conforme lo define la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que la entidad ha adquirido a precios de mercado.

Faculta a la entidad para que éste tipo de contratos se consignen en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la presentación de factura por parte del proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, en órdenes de trabajo, en órdenes de compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico celebrado.

De otro lado, exonera a éste tipo de contratación de las exigencias del título I del Decreto 2474 relacionado con la etapa precontractual, sin perjuicio de que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, señala además que éstas estipulaciones deberán aplicarse a las demás causales de selección abreviada cuando la cuantía del contrato sea inferior al 10% de la menor cuantía.

En cuanto a los servicios de salud, el Decreto 2025 de 2009, modifica el artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, en el siguiente sentido: Las entidades que requieran la prestación de servicios de salud, seleccionarán a su contratista haciendo uso del procedimiento previsto para la selección abreviada de menor cuantía y exige a las personas que presten éstos servicios, estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de acuerdo con la Ley 10 de 1990.

El artículo 52 del mismo Decreto, también sufre modificación en cuanto al procedimiento de la contratación y establece que aquellos contratos que estén directamente relacionados con el desarrollo o ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, población desplazada, protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación,

resocialización y preparación para el trabajo; deberán adelantarse por la entidad, conforme con el siguiente procedimiento:

- La entidad formulará invitación a presentar oferta a un mínimo de tres (3) personas naturales o jurídicas.
- La invitación a ofertar expresará los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas teniendo en cuenta el ofrecimiento mas favorable consagrado en el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.
- Del informe de evaluación se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación, tiempo durante el cual podrán formular sus observaciones al mismo, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.

Estos procesos de selección, no se someterán a convocatoria pública con el fin de preservar la seguridad de los beneficiarios de los mencionados programas.

**1.4.3.4 Selección Abreviada de Menor Cuantía.** Esta modalidad de contratación se modificó mediante el Artículo 9 del Decreto 2025 de 2009, que consagra el procedimiento a seguir dentro de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, el cual se aplicará sin perjuicio de las reglas generales aplicables a las diferentes modalidades de contratación. El trámite es el siguiente:

- Convocatoria y publicación del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo, conforme con las reglas del Decreto 2474 de 2008.
- El pliego de condiciones señalará el término para presentar propuestas, de acuerdo con la naturaleza y el objeto a contratar, éste término, no podrá ser inferior a 5 días hábiles.
- Dentro de los 3 días hábiles siguientes al acto de apertura del proceso, los posibles oferentes deberán manifestar su interés con el fin de que se conforme la lista de posibles oferentes, ésta manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y debe contener tanto la expresión clara del interés en participar como la indicación de la forma de comunicación para que la entidad pueda informar directamente a los interesados sobre la fecha y hora de la audiencia pública de sorteo, si se requiere.
- El decreto en comento, establece como requisito habilitante para presentar la oferta, la manifestación de interés en participar.
- Si el número de posibles oferentes supera la cantidad de diez (10), la entidad podrá efectuar el sorteo de consolidación de oferentes de que trata el artículo 45 del Decreto 2474 de 2008, para escoger los 10 oferentes que podrán presentar oferta en el proceso de selección, pero si el número de oferentes no sobrepasa ésta cifra, la entidad no estará facultada para realizar el sorteo.

- En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.
- Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad deberá evaluarlas conforme con las condiciones señaladas en el pliego de condiciones.
- El resultado de la evaluación se publicará en el SECOP durante 3 días hábiles, término durante el cual, los oferentes podrán presentar observaciones a la misma, las cuales serán resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de selección.
- Acto seguido, y teniendo en cuenta el plazo previsto en el pliego de condiciones procederá a adjudicar el contrato con la debida motivación, al oferente que haya presentado la oferta mas favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008.
- La norma faculta a la entidad para extender por una sola vez el plazo previsto para evaluación, hasta por un término equivalente a la mitad del inicialmente establecido, para ello, deberá proferir un acto administrativo motivado.

El acto administrativo donde conste la adjudicación debe publicarse en el SECOP como garantía de publicidad y con el fin de enterar de su contenido a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección y serán parte integral de éste documento las respuestas que la entidad haya dado a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación.

De otra parte, el Decreto 2025 de 2009, consagra que la entidad podrá establecer en el pliego de condiciones que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante subasta inversa, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 2474 de 2008.

Finalmente, establece un mecanismo de transición y consagra que aquellas entidades que se encontrasen adelantando procesos contractuales bajo la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, siempre que no hayan realizado la adjudicación del contrato y no hubieren previsto dentro del Pliego de Condiciones el traslado informe de evaluación a los proponentes, deberán dar traslado a través de la publicación en el SECOP durante 3 días hábiles, para lo cual podrán ajustar el cronograma del proceso.

Cuando se ha declarado desierto la licitación, la entidad contará con cuatro meses para proceder a aperturar nuevamente el proceso de selección ahora mediante la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, conforme lo establece el Decreto 2025 de 2009 y 3576 del mismo año, modificando únicamente aquellos elementos que condujeron a que el proceso hubiese sido declarado desierto, pero manteniendo el objeto del mismo.



**1.4.4 Concurso de Méritos.** Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o para la elaboración de proyectos de arquitectura, en la que se podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. Para adelantar éste último, la conformación de la lista de precalificación se hará a través de una lista corta o de una lista multiusos, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes considerando, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. Sin embargo, para la elaboración de proyectos de arquitectura únicamente se podrá utilizar el sistema de concurso abierto.

El concurso de méritos, es aplicable en los siguientes casos:

- Para la selección de consultores o proyectos
- Sistemas de concurso abierto o por precalificación: El sistema de precalificación consiste en la conformación de listas mediante convocatoria pública, listas limitadas de oferentes utilizando criterios de experiencia, capacidad intelectual y organizacional.

Lo más importante es determinar el objeto, ya que el concurso de méritos es la modalidad de contratación aplicable a las Consultorías, debe diferenciarse por tanto, de la prestación de servicios profesionales, aunque ambos tipos de contratación se refiere a la prestación de servicios de tipo intelectual. Pero el numeral 2 del Artículo 32 de la Ley 80, establece que la diferencia radica en que la consultoría se refiere a la realización de los estudios necesarios o de asesorías técnicas, y que todos los demás serán servicios profesionales, así:

“Contrato de Consultoría. Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

Cuando se trate de contratos con doble prestación, como es el caso del diseño y construcción de una obra, la normatividad establece que deberá adelantarse mediante las modalidades de licitación pública, selección abreviada o contratación directa”

Por su parte el Decreto 2474 define las labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión así: "...las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riego, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993."

El punto en común entre la Ley 1150 y en el Decreto 2474, es que el precio no se debe tener en cuenta, a la hora de evaluar las ofertas se busca premiar la calidad de las mismas, además al competir por el precio se sacrifica talento profesional, entonces se deteriora la calidad del servicio para el sector público. La entidad determina el precio máximo que pagará por la contratación en el estudio previo según la disponibilidad presupuestal y escogerá la propuesta de mayor calidad.

De conformidad con el artículo 55 del Decreto 2474 de 2008, la entidad será la encargada de establecer dentro del pliego de condiciones el tipo o clase de propuesta que los oferentes deberán presentar, así:

**“Artículo 55. Tipos de propuesta técnica.** Para la selección de consultores o de proyectos, la entidad definirá en el pliego de condiciones el tipo de propuesta técnica que se le solicitará a los posibles proponentes según se define en el presente artículo.”

En la propuesta técnica simplificada: La entidad sabe lo que quiere contratar y señala la metodología, indicando y especificando las variables, el plan y cargas de trabajo, por ejemplo los equipos que deben utilizarse, los tiempos, etc, en éste caso debe prevalecer el criterio de la experiencia.

En la propuesta técnica detallada: Es aplicable cuando la entidad no conoce la metodología a utilizar, entonces requiere que el proponente indique en su oferta qué es lo que va a hacer y cómo, con qué recursos y de qué forma, por lo tanto, se realiza la selección teniendo en cuenta tanto la experiencia como la metodología propuesta.

El estudio previo debe determinar el techo del valor a pagar el cual se calcula con un costo estimado para la disponibilidad presupuestal. Según el Decreto 2474 de 2008, en la propuesta técnica simplificada el presupuesto es inamovible, en

cambio en la propuesta técnica detallada es posible que dentro de un rango determinado y fijado por la entidad el valor del contrato a celebrar puede ser variado, es decir, la entidad deberá estimar los costos de la consultoría, y puede emitir una disponibilidad presupuestal ligeramente superior al presupuesto estimado para tener un margen de discrecionalidad.

En la propuesta técnica simplificada se puede utilizar la lista abierta, lista corta o lista multiusos con precalificación. En la propuesta técnica detallada solo se puede utilizar el sistema de precalificación por lista corta debido a que la entidad no sabe la metodología, no conoce el estado del arte ni los procesos, por ejemplo busca una consultoría que piense como hacer el trabajo. Al evaluar se deben valorar las diferentes soluciones, es decir, el fin es conocido pero no los mecanismos. Se le pide al oferente que estudie los aspectos y elementos que configuran la necesidad, esto implica costos y tiempo, por eso se utiliza la lista corta para que tenga más probabilidades quienes estudiaron e hicieron una buena propuesta (no más de 6 proponentes).

La lista multiusos es una lista de proponentes que podrá utilizarse para diferentes convocatorias durante un periodo de seis meses, se tiene en cuenta la experiencia del oferente, la estructura organizacional y otros aspectos que determine la entidad.

El artículo 58 del Decreto 2474 de 2008, al referirse al comité asesor determina que estará conformado por personas expertas con respecto al objeto a contratar y que pueden estar vinculados a la entidad o se los puede contratar, deben tener idoneidad intelectual e idoneidad moral. La evaluación debe basarse en el equipo de trabajo, éste debe ser ponderado por encima del 60% y en la propuesta técnica debe ser detallada por encima del 51% y al menos el 10% debe atribuirse a la propuesta metodológica y al plan con cargas de trabajo.

La función del comité es hacer una recomendación al ordenador del gasto, si este desea puede apartarse de ésta opinión con motivación en aspectos técnicos, etc. El comité deberá actuar siempre en defensa de los intereses de la entidad brindando asesoramiento competente, objetivo e imparcial, otorgando en todo momento la máxima importancia a los intereses de la entidad, asegurándose de no incurrir en conflictos de intereses.

Para ello, junto con la propuesta, el oferente deberá declarar que no se encuentra incurso en conflicto de intereses.

Con antelación a la apertura se hace una precalificación y se saca una lista corta o una multiusos y se cierra la precalificación antes de recibir ofertas, los excluidos pueden interponer recursos antes de que se de apertura al concurso.

#### **1.4.4.1 Tipos de Concurso de Méritos. El concurso de méritos puede ser**

- **Abierto:** Todos los participantes pueden ofertar.
- **Con Precalificación:** Todos pueden presentar manifestaciones de interés, pero solo pueden ofertar quienes aparezcan en lista multiusos.

Dentro de ésta modalidad y para evaluar la experiencia cuando se trate de una persona jurídica, se podrá acumular la experiencia de cada uno de los socios, cuando su constitución se haya efectuado hace menos de 5 años, para ello se tendrá en cuenta la participación dentro de la sociedad.

Este caso es aplicable tanto a los consorcios como a las uniones temporales, donde la experiencia se obtendrá de la sumatoria de las experiencias de los integrantes, de conformidad con su participación, sin embargo, de acuerdo con el objeto a contratar, será el pliego de condiciones el que señale las condiciones.

De igual manera, cuando se hable de sociedades que se han disuelto, la experiencia certificada para la persona jurídica se podrá trasladar a cada uno de los socios que la conformaban, y se contabilizará según se disponga en los respectivos pliegos de condiciones del proceso.

El sistema de precalificación consiste en la conformación o elaboración de una lista de oferentes, existen dos tipos de listas así: lista multiusos es aquella que se utilizará para varios procesos contractuales, y la lista corta, que será aplicable a un solo proceso de selección.

**1.4.4.2 Procedimiento para Conformación de Listas.** Con el fin de conformar las listas, la entidad estatal interesada en la contratación, publicará en el SECOP un aviso de convocatoria, el cual debe contener los siguientes requisitos descritos en el artículo 63 del Decreto 2474 de 2008:

- La fecha límite para presentar la expresión de interés.
- Los criterios que se tendrán en cuenta para conformar la lista limitada de oferentes.
- La indicación de si se trata de una lista corta o de una lista multiusos.
- La indicación de los requisitos habilitantes mínimos y proporcionales que se exigen a los integrantes de la lista limitada de oferentes.

Dentro de los plazos señalados en el aviso, el proponente deberá allegar su manifestación de interés y adjuntar la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad en el aviso publicado en el SECOP.

Seguidamente, el comité asesor procederá a verificar los requisitos habilitantes y la información que se haya solicitado en el aviso prenombrado de conformidad con el artículo 64 del Decreto 2474, establece los criterios de valoración de la información en atención a dos aspectos, a saber: a) Experiencia general, relevante y suficiente en las áreas requeridas en el objeto a contratar que asegure la

idoneidad del futuro proponente para su ejecución; b) Estructura y organización del interesado en cuanto a los recursos técnicos, humanos y físicos de que dispone.

De ésta manera la entidad conformará la Lista Corta, así: Cuando se trate de presentar una propuesta técnica simplificada, no podrá ser superior a 6 miembros, mientras que para una propuesta técnica detallada, la cantidad podrá ser como máximo de 10 proponentes.

En aquellos eventos en que la entidad no logre acopiar una pluralidad de oferentes, deberá volver a publicar el aviso, efectuando los ajustes que considere necesario, si aún así solamente se cuenta con un oferente, la entidad estatal podrá proceder a efectuar la contratación siempre que el oferente cumpla con los requisitos que la normatividad contractual exige y teniendo en consideración el objeto y características del contrato a celebrar.

Una vez conformada la lista deberá ser notificada a los interesados quienes podrán interponer recurso de reposición, adicionalmente en aras del principio de transparencia, la lista se publicará en el SECOP.

Para el caso de la lista multiusos, esta deberá conformarse únicamente en los eventos en que se requiera la presentación de una propuesta técnica simplificada, y ésta lista estará conformada por máximo 25 integrantes, al igual que la lista corta, ésta debe publicarse en el SECOP y deberá notificarse a los interesados a fin de que puedan interponer recurso de reposición.

En cuanto al trámite del Concurso de Méritos, el Decreto 2474, establece las siguientes etapas:

“1. Acto administrativo de apertura, el cual, en los eventos en que se haga uso de precalificación, sólo procederá una vez se encuentre en firme la conformación de la lista corta o la lista multiusos.

2. Publicación del pliego de condiciones.

3. Invitación a presentar propuestas, en los concursos en los que se haga uso de precalificación, la invitación a ofertar que efectúe la entidad deberá contener como mínimo los siguientes aspectos: nombre de la entidad contratante, lugar, fecha y hora límite para presentar propuestas y el lugar físico donde pueden consultarse los estudios previos y pliegos de condiciones del proceso contractual.

4. Presentación de las ofertas.

5. Verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas.

6. Elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas.
7. Traslado del informe de evaluación por un término no superior a tres (3) días hábiles.
8. Apertura de la propuesta económica del primer elegible.
9. Verificación de la consistencia de la propuesta económica.
10. Adjudicación del contrato o declaratoria de desierta.”

**1.4.4.3 Evaluación.** Factores de evaluación de las propuestas: Con el fin de efectuar la evaluación a las propuestas presentadas dentro de ésta modalidad de contratación, la entidad deberá analizar tres criterios concretos, de conformidad con el artículo 68 del Decreto 2474, así:

“1. Experiencia específica del proponente en relación directa con los servicios previstos en los requerimientos técnicos, y proporcional al alcance y tipo de los mismos, cuya exigencia se valorará en relación con la realización de proyectos de naturaleza e impacto similares.

2. Propuesta metodológica y plan con cargas de trabajo para la ejecución de la consultoría.

3. Formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo.”

Finalmente, el mismo artículos estipula, los valores porcentuales que se deberán dar a cada uno de los factores motivo de evaluación dentro de un concurso de méritos, dando prioridad con una mayor peso porcentual a la experiencia del personal que hace parte del equipo de trabajo, mientras que con menor importancia, deben ser consideradas la experiencia específica y la propuesta metodológica con el plan de cargas de trabajo:

“Para la ponderación de las Propuestas Técnicas Detalladas (PTD), la entidad asignará un porcentaje no inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo y la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referida en el numeral 2 ídem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y que, en ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%). Para la ponderación de las Propuestas Técnicas Simplificadas (PTS) solo se tendrán como criterios calificables los contenidos en los numerales 1 y 3. El porcentaje asignado al

numeral 3 no será inferior al sesenta por ciento (60%) en ningún caso.”

Dentro de los pliegos de condiciones deberá establecerse con claridad cuáles son las condiciones mínimas y máximas que deben acreditar los proponentes, con estos fundamentos, el Comité asesor efectuará la evaluación y otorgará el primer lugar a la propuesta que tenga el mejor puntaje, esta evaluación deberá constar en un acta la cual deberá suscribirse por cada uno de los miembros del comité.

En cuanto a la evaluación económica, ésta deberá tener en cuenta que la propuesta económica debe contener los ítems suficientes y necesarios para costear el objeto contratado incluyendo los imprevistos y gastos del consultor y todo valor deberá ser desglosado por producto y actividad, en la evaluación debe tenerse en cuenta la concordancia de la propuesta técnica con la propuesta económica, teniendo en cuenta que las actividades a las cuales no se les haya asignado costo, se considerará que se costean con el valor total que se haya ofertado.

Para la apertura y revisión de la propuesta económica y para efectuar la evaluación de la misma, se debe seguir las siguientes reglas establecidas en el Decreto:

“1. Una vez concluida la evaluación técnica, la entidad, en audiencia pública, dará a conocer el orden de calificación de las propuestas técnicas.

2. En presencia del proponente ubicado en el primer lugar en el orden de calificación, la entidad procederá a abrir el sobre que contiene la propuesta económica del proponente.

3. Si el valor de la propuesta excede la disponibilidad presupuestal, la misma será rechazada y se procederá a abrir la propuesta económica del siguiente oferente según el orden de calificación, y así sucesivamente.

4. La entidad verificará la consistencia de la propuesta económica respecto de las actividades descritas en la propuesta técnica, con el fin de efectuar las clarificaciones y ajustes que sean necesarios. Como resultado de estos ajustes no podrán modificarse los requerimientos técnicos mínimos.

5. Si de la verificación de la propuesta económica del proponente se identifica que la misma no es consistente con su propuesta técnica, se dará por terminada la revisión, se rechazará y se procederá a abrir el sobre económico de la ubicada en el siguiente orden de elegibilidad, y se repetirá el procedimiento indicado en el numeral anterior.

6. La entidad y el proponente elaborarán un acta de los acuerdos alcanzados en esta revisión, con el fin de que se incluyan en el respectivo contrato.

7. La entidad adjudicará el contrato al consultor seleccionado, por medio de acto administrativo motivado.”

Una vez se cuente con el equipo de consultores, y dentro de la etapa de ejecución contractual, solamente podrá sustituirse un miembro del grupo previa autorización de la entidad estatal contratante, siempre y cuando el nuevo integrante posea iguales o mejores condiciones de experiencia e idoneidad que la persona a quien reemplaza. El concurso de méritos, también es aplicable para los eventos de la escogencia de intermediarios de seguros, la evaluación en éste caso deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en el artículo 75 del Decreto 2474 de 2008, que consagra:

“1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

2. La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 68 del presente Decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en este los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.;

b) Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido este como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a la que se refiere el numeral 3 del artículo 68 del presente Decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).



4. Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corredor ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.” Como se observa, para la selección de intermediarios de seguros, a través del concurso de méritos, la entidad deberá tener en cuenta además de los criterios de experiencia del oferente, la propuesta metodológica que debe contener la especificación clara de la cobertura del seguro, las condiciones del amparo así como un programa de prevención de pérdidas, consistente en una serie de recomendaciones para la ejecución de actividades encaminadas a evitar la ocurrencia de siniestros en la entidad asegurada. Es importante tener en cuenta que la evaluación solamente podrá dar valor a aquellas actividades que tengan relación directa con el objeto contractual, por tal motivo, al entidad no podrá tener en cuenta dentro de la evaluación la entrega de equipos, capacitaciones, instalación de elementos en comodato, etc.

Para la evaluación de las propuestas, se debe asignar un peso porcentual superior al 40% a las propuestas técnicas mientras que la propuesta metodológica, el plan de cargas de trabajo y la oferta de soporte técnico, deberá asignárseles una ponderación en estricto orden descendente, sin que el último, es decir la oferta de soporte técnico, tenga un peso inferior al 10%.

La reglamentación faculta a la entidad para poder adjudicar a diferentes intermediarios de seguros cada uno de los ramos o grupos asegurados, pero ésta situación debe corresponder con las necesidades reales de la entidad estatal contratante, caso contrario deberá adjudicarse a un solo intermediario de seguros, el cual deberá escogerse antes de determinar la entidad aseguradora y estará vinculado con la entidad hasta el vencimiento de los seguros.

**1.4.3 Regímenes Exceptuados.** La normatividad contractual, establece como las principales actividades exceptuadas las siguientes:

1. Entidades exceptuadas en el sector defensa excluidas de la Ley de contratación. Artículo 16.
2. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, incluidas en la ley de contratación. Artículo 10.
3. Régimen contractual de las CAR, incluidas en la ley de contratación. Artículo 24.
4. el Fondo Nacional de Desarrollo FONADE, incluidas en la ley de contratación. Artículo 26
5. Contratación con organismos internacionales, incluidas en la ley de contratación cuando la cooperación no supere el 50% de la contrapartida nacional, excluidos cuando las sumas sean iguales o superiores al 50%.
6. En cuanto a la mínima cuantía, que corresponde al 10% de la menor cuantía, se derogó el contrato sin formalidades (Parágrafo del artículo 39 de la ley 80 de 1993), no aplica para el RUP, Artículo 6 y no aplica para pólizas Artículo 7. Este tipo de contratación, de mínima cuantía, será materia de

7. reglamentación y está sometido a los principios del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

La Ley 1150, mantiene algunas excepciones que no son incorporadas a la Ley 80 de 1993, como sucede con las Sociedades de Economía Mixta, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Empresas Sociales del Estado, el Sector Defensa Nacional, Sector Salud, las Universidades, Empresas de servicios públicos domiciliarios, las cuales tiene un régimen diferente.

Sin embargo, pese a ser exceptuados, en cuanto a los principios, deben someterse al Artículo 209 de la Constitución Nacional, ya que tienen la obligación de cumplir los principios de transparencia, selección objetiva, etc, en todo tipo de contratación.

### **1.5 ETAPA POST CONTRACTUAL**

Esta es la etapa en la cual se debe efectuar la liquidación de los contratos, actividad que se puede desarrollar de dos maneras, por acuerdo de voluntades que podrá efectuarse dentro de los cuatro meses siguientes, o en caso contrario, es decir si no se logra el acuerdo de voluntades la administración queda facultada para efectuar la liquidación de manera unilateral, teniendo para ello un plazo inicial de seis meses, y de no lograrse en éste tiempo cuenta con 2 años que es el plazo de caducidad de la acción contractual.

La liquidación es un corte de cuentas entre la entidad y el contratista que permite terminar definitivamente con el vínculo contractual.

Al respecto, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 establece que la liquidación de los contratos podrá hacerse por mutuo acuerdo en el plazo que se haya establecido dentro del pliego de condiciones o en aquel término que hayan fijado las partes para efectuarlo, y si nada se ha pactado, retoma lo consagrado en la Ley 80 de 1993 estableciendo que deberá efectuarse dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación de la ejecución del contrato.

Si no es posible llegar a efectuar una liquidación dentro de éste plazo, por diferentes motivos, tales como la ausencia del contratista o por falta de acuerdo entre las partes, la entidad estatal contratante está facultada para efectuar la liquidación de manera unilateral dentro de los dos meses siguientes al plazo enunciado anteriormente.

Pese a lo anterior, la norma otorga mas facultades a la entidad estatal y establece que en los eventos en que no se haya podido liquidar dentro de los plazos prenombrados, será posible que la entidad liquide dentro de los dos (2) años siguientes de mutuo acuerdo o unilateralmente, haciendo remisión directa al Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que en su numeral 10,

establece los plazos para la caducidad de la acción contractual.

Consagra además que los términos de caducidad se deben cuantificar así: Para contratos de ejecución instantánea, el plazo será de dos años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato, los que se encuentren liquidados por mutuo acuerdo, la caducidad de la acción se contará a partir de la firma del acta, cuando se liquide unilateralmente, el plazo se contará desde el momento en que queda ejecutoriado el acto administrativo que lo liquida.

Además señala, que si la administración no liquida el contrato dentro de los términos establecidos inicialmente, el interesado podrá acudir a la liquidación en sede judicial dentro de los dos años siguientes a la terminación.

Los contratistas pueden hacer salvedades frente a la liquidación que se haga de mutuo acuerdo.

## **2. OTRAS REGLAMENTACIONES**

### **2.1 DECRETO 2025 DE 2009**

El Decreto 2474 de 2008, es modificado en algunos aspectos por el Decreto 2025 de junio de 2009, del cual es importante resaltar algunos otros aspectos además de los señalado en los capítulos anteriores, algunos aspectos que es importante hacer claridad de manera independiente.

El Decreto adiciona el artículo 5 del Decreto 2474 en el sentido de exigir para el caso de las licitaciones públicas que el cronograma deba señalar de manera precisa el plazo del establecido en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y consagra la obligación de realizar en audiencia la revisión de asignación de riesgos.

También establece que las modificaciones al pliego de condiciones se efectuarán mediante adendas y es obligación de la entidad fijar el plazo durante el cual podrá expedirse adendas, no lo hace, señalará éste plazo al adoptar las mencionadas adendas, a efectos de que los proponentes puedan ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas por la entidad.

Así mismo prohíbe la expedición de adendas el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para adicionarle tiempo al mismo, salvo la excepción consagrada en el artículo 30 de la ley 80 de 1993 respecto a la licitación pública

Aclara además los numerales 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, estableciendo que se entenderá retirado el pliego de condiciones del proceso licitatorio para quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones y para quienes hayan asistido a la audiencia de reparto del riesgo.

El Decreto 2025 de 2009, también regula lo concerniente a la contratación de mínima cuantía y determina que cuando el valor del contrato a celebrar sea igual al 10% de la menor cuantía, la entidad podrá contratar teniendo en cuenta únicamente las condiciones de mercado, sin que se haga necesario contar con varias propuestas, sin embargo es necesario que la entidad deje constancia del estudio de mercado que realice.

Así mismo, cuando la entidad adquiera bienes o servicios en los establecimientos clasificados como gran almacén, se presume que ha adquirido a precios de mercado. Este tipo de contrato puede constar en un documento firmado por las partes, mediante factura presentada por el proveedor y aceptada por la entidad, o por cualquier otro documento que cumpla con las condiciones de validez del negocio jurídico.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios de salud se aplicará el procedimiento establecido para la selección abreviada de menor cuantía y establece la obligación para los proponentes, de inscribirse en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección social.

Establece el procedimiento aplicable para la celebración de los contratos de menor cuantía establecidos en el literal h numeral 2 artículo 2 de la ley 1150 de 2007 referente a la protección de personas amenazadas y desplazadas, así:

1. La entidad deberá invitar a ofertar, por lo menos a 3 oferentes.
2. La invitación a contratar deberá contener los criterios de habilitación, selección y ponderación de las ofertas.
3. De la evaluación de la oferta que se efectúe, se dará traslado a los proponentes por el término establecido en la invitación a ofertar, quienes podrán efectuar sus observaciones las cuales se resolverán en la adjudicación del proceso.

También hace una modificación al artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, y consagra que cuando el monto del contrato de consultoría sea inferior al 10% de la menor cuantía deberá extenderse invitación a contratar mínimo a 3 personas y la selección del consultor se hará según los criterios que la entidad establezca en la mencionada invitación, basándose en la experiencia del proponente o de su equipo de trabajo, conforme con las necesidades de la entidad.

De otro lado, define las listas multiusos como aquellas que resultan de la precalificación que haga una entidad de los interesados en participar en varios concursos de méritos determinados, cuyo objeto sea similar, que requiera la presentación de propuestas técnicas simplificadas. Estas listas tendrán una duración máxima de 6 meses y deberá estar conformada por lo menos, con 25 personas.

La conformación de las listas multiusos, se efectuará mediante convocatoria pública a través del SECOP, indicando en ella las condiciones y requisitos que deben cumplir los interesados.

En el momento de conformar las listas, la entidad deberá verificar el cumplimiento de los requisitos, los cuales podrán actualizarse durante la vigencia de las listas, las cuales una vez elaboradas serán publicadas en el SECOP con el fin de comunicarlas a los interesados. Igualmente deben ser notificadas a las personas que demuestren interés en ellas, y procederá el recurso de reposición. Seguidamente modifica el parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y establece que la audiencia deberá efectuarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de licitación pública, pero antes de que inicie el plazo

para presentar propuestas.

**2.1.1 Selección Abreviada de Menor Cuantía.** Para la Selección Abreviada de Menor Cuantía, el Decreto 2025 de 2009, establece el siguiente procedimiento:

1. La convocatoria y publicación del pliego de condiciones deberá surtirse conforme lo establece el Decreto 2474 de 2008.
2. En el pliego de condiciones se debe señalar el plazo para la presentación de propuestas.
3. los interesados tendrán un término de 3 días hábiles al acto de apertura del proceso, para que manifiesten su interés y la entidad pueda conformar una lista de posibles oferentes. Esta manifestación deberá efectuarse conforme el mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener la expresión clara del interés en participar y la forma de comunicación, a efectos de que la entidad pueda informarle directamente acerca de la audiencia pública si es necesario efectuarla. La manifestación de interés, es requisito habilitante para la presentación de la oferta, si no existe manifestaciones de interés, el proceso será declarado desierto.
4. En caso de que el número de posibles oferentes sea superior a 10, la entidad podrá efectuar un sorteo para continuar el proceso con una cantidad no inferior a 10. En éste caso el plazo para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día en que se llevó a cabo el sorteo.
5. una vez vencido el plazo para presentar propuestas, la entidad procederá a evaluarlas en un plazo que no puede ser superior al plazo establecido para presentar dichas propuestas, sin embargo puede prorrogarse por medio de acto administrativo motivado, hasta por un término igual al inicial.
6. El informe que contenga la evaluación deberá publicarse en el SECOP por un término de 3 días hábiles, durante los cuales, los oferentes podrán presentar observaciones que se resolverán en la adjudicación.
7. Una vez surtido el trámite anterior, la entidad procederá a adjudicar el contrato mediante acto administrativo motivado, al oferente que haya presentado la propuesta mas favorable. El plazo para la adjudicación podrá ampliarse hasta la mitad del inicialmente fijado, con la expedición de un acto administrativo motivado, el cual debe publicarse en el SECOP con el fin de comunicarlo a todos los oferentes.

El decreto establece como innovación, que la entidad puede determinar que la oferta sea presentada de manera dinámica mediante Subasta Inversa.

De otro lado, en caso de que se declare desierto el proceso de selección abreviada de menor cuantía, la entidad podrá iniciar un nuevo proceso sin que requiera publicar nuevamente el proyecto de pliego de condiciones, pueden ser ajustados los aspectos que hayan conllevado a la declaratoria de desierto, sin que

sea posible modificar el objeto de la contratación, sin embargo permite efectuar ajustes en el presupuesto y cantidades.

Este Decreto reglamentario 2025 estipula que en el cronograma de las licitaciones públicas se señalará con precisión el plazo a que se refiere el primer inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que de manera previa al inicio del mismo se deberá realizar la audiencia de asignación de riesgos establecida en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

También modifica el artículo 7, relacionado con la modificación al pliego de condiciones y al respecto establece que la modificación al pliego de condiciones se realizará a través de adendas y debe establecerse dentro del pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual pueden expedirse adendas, si nada se ha estipulado, al adoptar las adendas se debe especificar la extensión del término de cierre para que los proponentes cuenten con tiempo suficiente para ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas.

Excepto el evento previsto en el segundo inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, correspondiente a la licitación pública, en ningún otro caso es posible expedirse o publicarse adendas el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para adición del término previsto para ello.

Consagra además que si se modifican los plazos y términos del proceso de selección, la adenda respectiva deberá incluir el nuevo cronograma estableciendo los cambios que ello implique en el contenido del acto de apertura del proceso.

Para el cumplimiento a lo dispuesto en los numerarles 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entenderá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones, o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

Seguidamente modifica el tercer inciso del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008 y consagra que cuando el valor del contrato de consultoría a celebrarse no supere el 10% de la menor cuantía de la entidad contratante, la selección del consultor o del proyecto se hará de conformidad con los criterios que la entidad haya establecido en la invitación respectiva con base en la experiencia del proponente o en el equipo de trabajo, según se satisfagan las condiciones requeridas en la ejecución de la consultoría de que se trate. Establece como obligación que la invitación debe formularse a un mínimo de tres (3) personas y deberá incluir los criterios de habilitación y selección que la entidad considere necesarios. De igual manera, se modifica el Artículo 65 del Decreto 2474 en cuanto a la conformación de las listas multiusos, define la lista multiusos como aquella que resulta de la precalificación que haga una entidad de los interesados en participar en varios concursos de

méritos determinados o determinables, que tengan objeto común o similar, en los que se exija la presentación de propuestas técnicas simplificadas PTS. La vigencia de las listas multiusos no podrá exceder de seis (6) meses y deberán contener un mínimo de 25 integrantes.

A efectos de conformar las listas multiusos la entidad deberá realizar una convocatoria pública a través del SECOP; dentro de la convocatoria se señalará las condiciones, criterios y requisitos que deben cumplir los interesados para su inclusión en las listas, se determinarán también las reglas básicas de su funcionamiento que eviten la concentración de las adjudicaciones en alguno o algunos de sus integrantes.

Dentro del párrafo estipula que las condiciones de habilitación de los interesados serán verificadas al momento de elaboración de las listas multiusos sin perjuicio de la posibilidad de actualizar el soporte de las mismas durante su vigencia.

A efectos de comunicar a los interesados, las listas multiusos serán publicadas en el SECOP de conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra ésta decisión procede el recurso de reposición, previa notificación a los interesados.

El párrafo del Artículo 88 del Decreto 2474 se modifica y se establece que las la audiencia a la que se refiere este asunto deberá realizarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

Finalmente el decreto deroga el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008.

## **2.2 NUEVO REGIMEN DE GARANTIAS: DECRETO 4828 DE 2008**

Esta materia está regulada por el Decreto 4828 expedido el 24 de diciembre de 2008, establece el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, es decir, regula los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, garantizando el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los siguientes aspectos:

1. La presentación de los ofrecimientos
2. Los contratos y su liquidación
3. Los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos y omisiones de los contratistas o subcontratistas.

El Decreto define los Mecanismos de Cobertura del Riesgo como el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante a



favor de ésta o a favor de terceros, con el objeto de garantizar:

1. La seriedad del ofrecimiento
2. El cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación
3. La responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas.
4. Los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

Se establece que el mecanismo de cobertura del riesgo será indivisible, salvo aquellos eventos expresamente consagrados por el legislador, cuando la garantía podrá dividirse por etapas contractuales. De otro lado, cuando el ofrecimiento sea presentado por un proponente plural como Unión temporal, consorcio o contrato de asociación futura, la garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del proponente plural.

Clases de garantías: Los mecanismos de cobertura del riesgo son los siguientes:

1. Póliza de seguros
2. Fiducia mercantil en garantía
3. Garantía bancaria a primer requerimiento
4. Endoso en garantía de títulos valores
5. Depósito de dinero en garantía.

Pese a la existencia de las diferentes clases de garantías, cuando se trata de responsabilidad civil extracontractual de la administración derivada de actuaciones, hechos u omisiones de contratistas o subcontratistas, deberán ser amparadas mediante póliza de seguros.

El objeto, la naturaleza y las características de cada contrato, son las variables que determinan el monto, vigencia, amparos y coberturas de las garantías, además para los procesos contractuales adelantados con personas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia, podrán ser garantizados a través de cartas de crédito stand by expedidas en el exterior.

Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de las obligaciones:

1. Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento: La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento en los siguientes eventos:
  - La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

- La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando éstas prorrogas no excedan de 3 meses.
- La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de propuestas.
- La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Unico de contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

2. Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, en el siguiente sentido:

a . Buen manejo y correcta inversión de anticipo: Esta garantía cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos en los siguientes casos:

- La no inversión
- El uso indebido
- La apropiación indebida de que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato; cuando se trate de bienes entregados como anticipo, éstos deberán ser valorados en dinero para efectos del contrato.

b. Devolución del pago anticipado, en éste caso cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos en caso de la no devolución total o parcial de los mismos, por parte del contratista en caso a que a ello hubiese lugar.

c. Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo aquellas en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria si se han pactado. Esta garantía también cubrirá a la entidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, de su cumplimiento tardío o defectuoso si éste hecho es imputable al contratista.

d. Pago de salarios y prestaciones sociales o indemnizaciones laborales: Cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista, cuando ha contratado personal para la ejecución del contrato.

e. Estabilidad y calidad de la obra, que cubre a la entidad estatal de los perjuicios que se le ocasionen por cualquier tipo de daño o deterioro en la obra entregada, y que sean imputables al contratista sin importar su causa.

f. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, esta clase de garantía cubre a la entidad estatal de los perjuicios imputables al contratista, garantizando los siguientes aspectos:

- La mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados, teniendo como punto de partida las especificaciones técnicas establecidas en el contrato.
- Incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para los bienes a suministrar.

g. Calidad del servicio: Ampara a la entidad de los perjuicios causados por el contratista que se originen con posterioridad a la terminación del contrato y que sean originados por:

- La mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría.
- La mala calidad del servicio prestado teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

h. Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere que deban ser amparados.

El párrafo único del artículo cuarto, remite a la Ley 610 de 200 y en concordancia con ella, establece que la garantía debe cubrir los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa o de la responsabilidad imputable a los particulares como resultado de un proceso de responsabilidad fiscal, con la condición de que los perjuicios causados deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado.

Cubrimiento de otros riesgos: La entidad estatal además deberá exigir en los contratos que lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos y omisiones del contratista.

**2.2.1. Cláusula de Indemnidad.** Cuando el contrato autorice la posibilidad de subcontratar, también deberá exigirse que la póliza de responsabilidad extracontractual ampare los perjuicios derivados de los daños que pudieren ocasionar los subcontratistas en contra de terceros, en virtud de la ejecución del contrato a menos que el subcontratista cuente con su propia póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Adicionalmente la entidad deberá evaluar todos los riesgos a que puede estar expuesta, y para ello deberá exigir al contratista las demás garantías de manera que se mantenga indemne frente a los eventuales daños. Como resultado de ello, en todos los contratos deberá incluirse la cláusula de indemnidad que establece la

obligación del contratista de mantenerlas indemnes de cualquier reclamación proveniente de terceros con ocasión del accionar del contratista.

Al respecto, el Decreto 931 del 18 de marzo de 2009, en su articulado establece la obligación de las entidades estatales de incluir en sus contratos la cláusula de indemnidad según la cual se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener a la entidad libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros que se puedan derivar sus actuaciones o de subcontratistas, la eliminación de ésta cláusula deberá ser debidamente justificada en los estudio previos.

**2.2.2 Suficiencia de la Garantía.** A efectos de evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas.

**Seriedad del ofrecimiento.** Esta garantía deberá ser como mínimo equivalente al 10% del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, esto dependerá de lo establecido en los pliegos de condiciones y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos de la ejecución del contrato.

La norma establece algunas excepciones puntuales, así: En licitaciones para la concesión de espacios de televisión el monto de la garantía será del 1.5% del valor estimado del espacio licitado.

La entidad estatal contratante deberá verificar la suficiencia de las garantías dentro de la evaluación de propuestas.

En caso de que el proponente no allegue la póliza en forma simultánea con la oferta, será causal de rechazo de la misma.

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El valor de ésta garantía debe ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie para la ejecución del contrato, con una vigencia que deberá extenderse hasta la liquidación del contrato.
2. Pago Anticipado. Esta garantía deberá tener iguales condiciones que la de buen manejo del anticipo, es decir, deberá constituirse por el 100% del monto recibido como pago con vigencia hasta la liquidación del contrato.
3. Cumplimiento. El valor de ésta garantía no podrá ser inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria y tampoco puede ser inferior al 10% del valor del contrato. Debe constituirse garantizando el plazo del contrato y el plazo para la liquidación, bien sea el plazo estipulado para contractualmente para ello o el plazo de liquidación señalado por la ley.
4. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Esta garantía debe tener un valor superior al 5% del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de duración del contrato y tres años mas.

5. Estabilidad y Calidad de la Obra. En cuanto a ésta garantía, el Decreto otorga a la entidad contratante la facultad de determinarla de acuerdo con las condiciones del contrato, es decir, según el objeto, valor, naturaleza y obligaciones, pero impone como condición que la vigencia no sea inferior a cinco años, a menos que exista una justificación técnica suficiente para pactar una vigencia inferior.
6. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. Para ésta garantía, se faculta a la entidad que determine el valor de acuerdo con el objeto, valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato, igual situación ocurre con la vigencia de la misma. Establece como condición que la garantía cubra el lapso establecido por la legislación civil o comercial; además establece que el contratista debe responder por la garantía mínima presunta y por vicios ocultos.
7. Calidad del servicio. En cuanto a ésta garantía faculta ampliamente a la administración contratante para que sea ella quien determine en cada caso concreto las condiciones de la garantía de acuerdo con el objeto, valor, naturaleza y obligaciones de cada contrato.
8. Responsabilidad Extracontractual. Esta garantía se refiere al amparo por la responsabilidad extracontractual que pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; establece el Decreto de la materia que ésta garantía no puede ser inferior al 5% del valor del contrato y en ningún caso inferior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de expedir la garantía y deberá otorgarse por todo el periodo de ejecución del contrato.

**Excepciones.** La norma establece algunas excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura de riesgo, esto significa que se puede prescindir de garantías, previa consideración de la naturaleza del contrato, el objeto y la forma de pago, en los siguientes casos:

- contratos de empréstito
- contratos interadministrativos
- contratos de seguro
- contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía establecida según el presupuesto de cada entidad.

En cuanto a la garantía de seriedad de la oferta, igualmente la entidad podrá prescindir de ellas en los siguientes casos:

- Procesos para la enajenación de bienes
- Procesos de subasta inversa para adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en el mercado
- Concursos de méritos con la presentación de propuesta técnica simplificada

**2.2.2 Excepciones al principio de indivisibilidad de las garantías.** Por regla general las garantías son indivisibles, sin embargo el artículo 9 del Decreto, consagra una excepción, la cual se configura cuando el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiera de su subdivisión en etapas, en éstos casos el contratista podrá otorgar garantías individuales para cada una de las etapas a ejecutar, pero además, la norma define como requisito para tal división, que el plazo del contrato sea superior a 5 años.

En estos casos, la garantía deberá tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la etapa correspondiente y si se hace necesario prorrogar el plazo también deberá ampliarse la garantía por el mismo lapso de tiempo.

Para éstos eventos, la garantía deberá amparar los riesgos correspondientes al incumplimiento de las obligaciones que nacen y son exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente de modo que la garantía sea suficiente.

El monto de la garantía se calculará con base en el costo estimado de las obligaciones a ejecutar en la etapa respectiva y para la etapa de operación y mantenimiento el valor base de los amparos será el valor anual estimado de las prestaciones del contratista durante dicha etapa.

Estos amparos podrán otorgarse por periodos sucesivos de 1 a 5 años, siempre con la obligación de prorrogar u obtener una nueva póliza con anticipación a su vencimiento, es decir antes del vencimiento de cada etapa contractual el contratista está en la obligación de mantener vigente la garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente, en otras palabras, la garantía deberá estar vigente durante la ejecución y liquidación del contrato.

Cuando el garante decida no seguir garantizando la etapa siguiente, deberá informarlo con 6 meses de anticipación, de lo contrario quedará obligado a garantizar la etapa siguiente. Cuando el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener una nueva garantía para alguna de las etapas, la entidad deberá prever en el contrato el mecanismo que se utilizará para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa.

El párrafo del artículo noveno señala que cuando se trate de contratos cuyo objeto corresponda a bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional y la contratación del sector defensa DAS, se dará aplicación a la división de las garantías solamente cuando el contrato tenga una duración superior a 3 años. Las entidades estatales contratantes están facultadas para combinar cualquiera de las modalidades de garantías admisibles señaladas en el Artículo 3 del Decreto

4828 de 2008. La entidad contratante además deberá aprobar la garantía, una vez haya efectuado la comprobación de que cumple con las condiciones legales y reglamentarias necesarias para cada tipo de contrato en particular y será obligación a cargo del contratista, restablecer el valor de la garantía cuando éste se haya reducido a causa de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante.

Igual situación acontece en el evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, es decir, el contratista está en la obligación de ampliar el valor o la vigencia de la garantía otorgada.

En caso de que el contratista incumpla la obligación de mantener la suficiencia de la garantía, es decir, en caso de que el contratista no efectúe la ampliación de la garantía o la renovación o restablecer su valor u otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, en éstos eventos, la entidad estatal está facultada para declarar la caducidad del contrato.

En cuanto a la efectividad de las garantías, el Decreto motivo de estudio, establece que cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubierto por las garantías descritas, se aplicará el siguiente procedimiento para hacerlas efectivas.

1. En caso de caducidad, en primer lugar, se debe agotar el debido proceso garantizando los derechos de defensa y contradicción del contratista y su garante. En segundo lugar, se debe proferir el acto administrativo correspondiente el cual debe declarar la caducidad y hacer efectiva la cláusula penal o en su defecto deberá cuantificar el monto del perjuicio y ordenar el pago del mismo, tanto al contratista como al garante. En éste caso, el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguros
2. Para efectos de la aplicación de multas, también se requiere en primera instancia el agotamiento del debido proceso del derecho de defensa y contradicción del contratista y su garante, se proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual se impondrá la multa y se ordenará el pago. Aquí también, el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.
3. Para los demás casos de incumplimiento se debe agotar igualmente el debido proceso para con posterioridad proceder a declarar el incumplimiento y cuantificarlo o en su defecto, hacer efectiva la cláusula penal y ordenar su pago, en éste evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

**2.2.3 Poliza de Seguro.** En concordancia con el artículo 7 de Ley 1150 de 2007, la Ley 4828 de 2008, en su artículo 15, establece las condiciones mínimas

aplicables teniendo en cuenta el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto. Esas condiciones son:

- **Amparos.** El objeto de cada uno de los amparos deberá corresponde a aquel definido en el artículo 4 del Decreto 3828

Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros respecto de sus riesgos y valores asegurados, pero la entidad estatal asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar otro ya que estos no son acumulables y son excluyentes entre sí.

- **Exclusiones:** En la póliza única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas, la norma taxativamente admite las siguientes exclusiones:

- Causa extraña, esto es
  - fuerza mayor
  - caso fortuito
  - el hecho de un tercero
  - la culpa exclusiva de la víctima
- Daños casados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato durante la ejecución de éste
- El uso indebido e inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.
- El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

La enumeración de exclusiones que hace la norma es taxativa, esto significa que cualquier estipulación contractual que establezca de manera expresa o tácita, exclusiones distintas a las que señala el Decreto, no producirá efecto alguno.

**2.2.4 Cláusula de Proporcionalidad.** En la garantía única de cumplimiento no podrá incluirse la Cláusula de Proporcionalidad, la cual estipula que el valor asegurado ampara los perjuicios derivados del incumplimiento total del contrato garantizado y de presentarse incumplimiento parcial del mismo, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción de valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada.

Igualmente, la norma consagra, que ésta cláusula dentro de un contrato no producirá efecto alguno.

**2.2.5 Cesión del Contrato.** La norma estipula que la condiciones generales de la garantía única de cumplimiento deberán señalar que en el evento en que por incumplimiento del contratista garantizado, el asegurador resolviera continuar, como cesionario con la ejecución del contrato y la entidad estatal contratante estuviese de acuerdo con ello, el contratista garantizado aceptará desde el



momento de la contratación de la póliza la cesión del contrato a favor del asegurador.

En este caso el asegurador cesionario deberá constituir una nueva garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido por virtud de la cesión.

De otro lado, la garantía única de cumplimiento expedida a favor de entidades públicas no expirará por falta de pago de la prima ni podrá ser revocada unilateralmente.

Además, a la entidad estatal no le serán oponibles por parte del asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incumplido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

**2.2.6 Requisitos de las Pólizas de Responsabilidad Extracontractual.** Las pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Modalidad e intervinientes: En las pólizas de responsabilidad extracontractual que se contraten, la delimitación temporal de la cobertura deberá hacerse bajo la ocurrencia, pero no es posible establecer plazos dentro de los cuales deba presentarse la reclamación del damnificado al asegurado inferiores a los términos de prescripción previstos en la ley para la acción de responsabilidad correspondiente.

En éste caso, se tiene como asegurados, al Estado como entidad contratante y al contratista, para aquellos daños que se producen por el contratista con motivo de la ejecución del contrato a efectos de ser beneficiados la entidad contratante o los terceros cuando resulten afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o los subcontratistas.

Amparos: La póliza de responsabilidad extracontractual debe contener como mínimo los siguientes amparos:

- Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado en cuanto al daño emergente como al lucro cesante.
- Cobertura expresa de perjuicios extramatrimoniales
- Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas
- Cobertura expresa del amparo patronal
- Cobertura expresa de vehículos propios y no propios
- Mecanismos de participación en la pérdida por parte de la entidad

asegurada. La norma sobre la materia, establece que el tope máximo para los deducibles será el 10% del valor de la cobertura y determina como limitante que no puede superar los 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por tanto, todas las estipulaciones contractuales que conlleven a la entidad asegurada el asumir las pérdidas, se tendrán por no escritas.

En concordancia con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante deberá evaluar si con la ejecución del contrato surge la posibilidad de causar daño a sus bienes. Si llegase a determinar que existe riesgo para los bienes, deberá exigir al contratista dentro de la póliza de responsabilidad extracontractual, un anexo de responsabilidad contractual que cubra los posibles daños a los bienes.

**2.2.7 Fiducia Mercantil.** La fiducia mercantil puede ser utilizada como garante siempre que represente un respaldo idóneo y suficiente de manera que pueda cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento o de las obligaciones contractuales, a favor de la entidad estatal contratante.

Para tal fin, la sociedad fiduciaria debe expedir el respectivo certificado de garantía, que debe contener como mínimo los siguientes requisitos:

- Nombre de la entidad pública beneficiaria de la garantía
- Duración del contrato de fiducia
- Valor de la garantía
- Vigencia de la garantía
- El valor de los bienes y derechos fideicomitidos según el último estado financiero y una descripción detallada de los mismos.
- Procedimiento a seguir en caso de hacerse exigible la garantía
- Los riesgos garantizados
- La prelación que tenga la entidad contratante para el pago
- Los mecanismos por medio de los cuales la fiduciaria hará efectiva la garantía sin afectar la suficiencia

El parágrafo único del artículo 17 del Decreto 4828, establece de manera expresa que la fiduciaria no podrá proponer la excepción de contrato no cumplido frente a la entidad contratante.

El Decreto establece también en forma taxativa los bienes admisibles como objeto de la fiducia, así:

1. Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero o la participación individual en estas carteras.

2. Inmuebles siempre que se encuentren libres de todo gravamen con valor superior a los 2.000 smlmv al momento de constituir la garantía, siempre que generen rentas con pagos en periodos inferiores a una año, rentas que deben ser como mínimo del 0.75% del valor del avalúo del inmueble, además estas rentas deben ser parte del patrimonio autónomo y no deben estar a cargo del contratista. El inmueble dado en garantía deberá ser avaluado cada año y en caso de que el bien pierda mas del 30% de su valor en un plazo de 12 meses, el contratista deberá aportar nuevos bienes hasta cubrir el valor de la garantía exigida, para lo cual establece un plazo máximo de 30 días calendario contados a partir de la fecha del requerimiento escrito.

En cuanto a los bienes inmuebles, servirán como garantía sobre el 70% del valor del avalúo y los valores sobre el 90% efectivo anual.

De otro lado, establece la norma que de las rentas producidas por los bienes y derechos que conforman el patrimonio autónomo deberá retenerse el 1% mensual hasta obtener un monto equivalente al 3% del avalúo del bien o valor, éstos dineros serán invertidos en una cartera colectiva y se destinarán a la conservación y recuperación de los bienes fideicomitidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía.

El avalúo de éstos bienes debe emitirse conforme con el criterio de valor de realización de corto plazo y debe ser efectuado por una entidad colegiada autorizada para efectuar avalúos, y los evaluadores a su vez, deberán estar inscritos en el registro nacional de evaluadores, los costos en que se incurra por éste concepto, serán pagados por la fiduciaria con cargo a los recursos del fideicomiso.

**2.2.8 Procedimiento para la Constitución de Fiducia Mercantil.** Los oferentes o contratistas deberán acreditar la constitución de la garantía allegando copia del contrato y certificado de garantía proveniente de la sociedad fiduciaria. El mencionado contrato de fiducia mercantil debe contener por lo menos los siguientes requisitos:

1. Las partes del contrato fiduciario: constituyente y fiduciaria
2. Beneficiario: Entidad pública contratante
3. Conservación de los bienes: la cual debe estar a cargo del fiduciario
4. Idoneidad de la garantía: que implica incluir a obligación a cargo del fiduciario, de realizar continuamente valoraciones y avalúos sobre los bienes, así mismo, la obligación de informar a la entidad estatal contratante en un plazo de 3 días en el evento en que conozca que los bienes no resultan suficientes para el pago de las obligaciones garantizadas.
5. Reposición y ampliación de la garantía: El contrato deberá establecer la obligación a cargo del fiduciario de reemplazar o aumentar un plazo máximo de

- 30 días calendario siguientes al requerimiento del fiduciario los bienes cuyo valor se haya disminuido.
6. Debe establecerse el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de las obligaciones del oferente o contratista.
  7. Las obligaciones del fiduciario, entre las cuales debe estipularse el procedimiento para la realización de los bienes en garantía, el aviso para la renovación y reemplazo, la obligación de rendir cuentas periódicas sobre su gestión.
  8. Rendición de cuentas: obligación a cargo del fiduciario, quien deberá rendir cuentas de su gestión tanto al fideicomitente como a la entidad contratante.
  9. Liquidación del contrato: Establecer claramente la fecha de liquidación del contrato de fiducia mercantil y también del contrato que se garantiza.
  10. Admisibilidad de la dación en pago: El contrato debe establecer que la dación en pago sólo es factible cuando la entidad estatal lo autorice, con el requisito previo de que haya transcurrido más de un año sin que haya sido posible realizar el bien; en tal caso, la entidad contratante lo aceptará por el 50% del valor estipulado en el avalúo siempre y cuando ésta suma cubra el valor del perjuicio reclamado.

**2.2.9 Garantías Bancarias a Primer Requerimiento.** Por medio de éste tipo de garantía una entidad financiera asume el compromiso de pagar a la entidad contratante, a primer requerimiento, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por la entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contrato garantizado.

Para que sea aceptado éste tipo de garantía requiere cumplir con los siguientes requisitos:

1. Constar en un documento privado donde conste en forma expresa, autónoma e irrevocable la obligación de la entidad financiera reconocer las obligaciones a favor de la entidad contratante en caso de incumplimiento.
2. La garantía deberá ser efectiva al primer requerimiento una vez se encuentre en firme el acto administrativo que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Las clases de garantías bancarias a primer requerimiento que pueden ser admisibles por las entidades estatales, son:

- a. Contrato de garantía bancaria
- b. La carta de crédito stand by.

**2.2.9 Endoso en Garantía de Títulos Valores.** La entidad estatal podrá admitir como garantía el endoso de títulos valores de contenido crediticio, tales como los siguientes:

- Certificados de depósito a término
- pagarés
- Títulos de tesorería TES

Siempre que sean expedidos por una entidad financiera sometida a la vigilancia de la Superintendencia financiera y que el oferente sea el endosatario exclusivo del título valor. En éste caso, los títulos valores serán aceptados sobre el 70% de su valor teniendo en cuenta que deben cubrir los montos exigidos por la entidad contratante para la garantía de seriedad de la oferta, es decir, deberá cumplir con los requisitos de suficiencia exigidos por la norma. La custodia de los títulos valores otorgados en garantía, estará a cargo de la entidad contratante o de un depósito de valores autorizado.

**2.2.10 Procedimiento para hacer efectivos los títulos valores dados en garantía.** Cuando se produzca el incumplimiento la entidad estatal deberá proferir el correspondiente acto administrativo, el cual será presentado al vencimiento del título para cobrarlo. En caso de que el monto de la indemnización sea menor al valor del título, la entidad pública asegurada cuenta con 30 días hábiles para hacer la devolución del excedente al oferente.

Si el incumplimiento de las obligaciones se produce en fecha anterior al vencimiento del título valor, la entidad estatal deberá esperar hasta la fecha de redención del título, pero si el vencimiento del título valor es anterior al a fecha de exigibilidad de la obligación, la entidad procederá a cobrar el título y dejar un depósito a su nombre en una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Financiera, hasta que cesen los riesgos para la entidad. Si vencido el plazo no se presenta ningún tipo de incumplimiento, la entidad estatal contratante procederá a efectuar la devolución del depósito o el título valor, con antelación a éste plazo, los títulos valores dados en garantía no podrán ser objeto de negociación alguna.

**2.2.11 Deposito de Dinero en Garantía.** El Decreto 4828 de 2008, establece también que un depósito de dinero puede ser admitido como garantía, siempre que se constituya ante una entidad financiera vigilada por la Superintendencia financiera y que se otorgue a favor de la entidad contratante por el monto que ésta exija y conforme con los porcentajes establecidos por la norma.

### **2.3 DECRETO 2493 DEL 3 DE JULIO DE 2009**

Mediante el Decreto 2493 expedido el 3 de julio de 2009, el Gobierno Nacional reglamentó lo concerniente a las garantías contractuales y modificó el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.

En primer lugar, modifica el Artículo siete del Decreto 4828 de 2008, en cuanto a la suficiencia de la garantía, e impone la aplicación de las siguientes reglas:

- **Seriedad del Ofrecimiento.** El valor de ésta garantía no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según lo definan los pliegos de condiciones y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos en la etapa contractual.

Durante la etapa de evolución de las propuestas, la entidad deberá verificar la suficiencia de éstas garantías.

El párrafo del artículo mencionado, estipula que para el caso de licitaciones que busquen la concesión de espacios de televisión, el monto mínimo de la garantía ascenderá al 1.5% del valor total estimado del espacio licitado.

La norma retoma además otros tipos de garantías así:

- **Buen manejo y correcta inversión del Anticipo.** Establece que debe ser equivalente al 100% del valor del anticipo y debe extenderse durante la vigencia del contrato hasta su liquidación.
- **Pago Anticipado.** Tiene las mismas condiciones que el anticipo, debe ser por el 100% del monto recibido como pago anticipado, bien sea en dinero o en especie y la garantía se extenderá hasta la liquidación del contrato.
- **Cumplimiento.** Establece que el monto de ésta garantía no puede ser inferior a aquel establecido en la cláusula penal pecuniaria y tampoco puede ser menor al 10% del valor total del contrato.
- **Pago de salarios prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.** Establece como monto mínimo para ésta garantía el 5% del valor del contrato y fija como plazo de la misma, el término del contrato y 3 años mas.
- **Estabilidad y calidad de la obra:** esta garantía deberá sujetarse a las características del contrato, teniendo en cuenta para ello, el objeto, valor, naturaleza y las obligaciones del mismo, tendrá una vigencia de cinco años contados a partir de la entrega a satisfacción de la obra, éste plazo podrá ser modificado siempre que la entidad demuestre técnicamente la necesidad de una vigencia inferior a 5 años.
- **Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.** El valor de ésta garantía dependerá de las condiciones del contrato en cada caso concreto, teniendo en cuenta para ello el objeto, valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada uno de ellos. Pero en todo caso, deberá sujetarse a los términos establecidos en la legislación civil y comercial, para que el contratista responda por la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.

- **Calidad del Servicio.** Esta garantía estará sujeta a las condiciones del contrato tales como el objeto, valor y naturaleza de las obligaciones del mismo.
- **Responsabilidad Extracontractual.** El valor que asegura la responsabilidad de se pudiera atribuir a la administración por las actuaciones, hechos u omisiones del contratista o subcontratista no podrá ser inferior al 5% del valor del contrato y en ningún caso podrá ser inferior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de expedición de la póliza y deberá cubrir todo el plazo de ejecución del contrato.

Para los contratos cuyo valor exceda un millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes no podrá ser inferior a 35.000 smlmv pero nunca podrá exceder los 75.000 smlmv.

Si se requiere amparar otros riesgos, tanto el objeto como la suficiencia de la garantía deberán ser determinados por la entidad, conforme con el objeto y la naturaleza del contrato. El parágrafo del numeral 7.9 del artículo primero del decreto 2943 de 2009, estipula que para aquellos contratos cuya cuantía exceda un millón de salarios mínimos los porcentajes correspondientes a coberturas podrán disminuirse por la entidad contratante en el pliego de condiciones, pero establece como requisito que se debe justificar adecuadamente en los estudios previos, pero en ningún caso los valores amparados pueden ser inferiores a los mínimos enunciados cuando la cuantía del contrato sea de 1.000.000 de smlmv.

De igual manera, con éste Decreto se modifica el artículo 9 del Decreto 4828 de 2008, en el siguiente sentido:

Para los contratos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle en etapas subsiguientes y diferenciadas o para cuya ejecución en el tiempo se requiera de su división en etapas, la entidad está facultada para dividir la garantía, teniendo como condición que el plazo del contrato exceda los 5 años, caso en el cual, el contratista deberá otorgar garantías individuales para cada una de las etapas a ejecutar.

Para el efecto, la garantía deberá tener como mínimo, la misma vigencia del plazo establecido para la etapa que ampara, si el plazo de ejecución se adiciona, lo propio deberá hacerse con la garantía. En cuanto a los riesgos cubiertos serán los correspondientes al incumplimiento de las obligaciones correspondientes y exigibles en cada etapa incluso si el cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente, de manera que la garantía tenga suficiencia cubriendo las obligaciones de la respectiva etapa; en cuanto al monto, éste se calculará de acuerdo con el costo estimado de la obligaciones a ejecutar en la etapa que se encuentre amparando.

Este tipo de garantía deberá prorrogarse o reemplazarse antes del cumplimiento

de cada una de las etapas contractuales y en todo caso, el contratista está obligado a mantener vigente, durante todo el plazo de ejecución del contrato, la garantía de cumplimiento, si el garante manifiesta que no desea garantizar la etapa siguiente, debe informar por escrito a la entidad contratante con un plazo mínimo de 6 meses de anticipación al vencimiento de la garantía vigente, de lo contrario, el garante estará obligado a continuar garantizando la etapa siguiente.

Cuando el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá determinar en el mismo, el mecanismo que se implementará para restablecer la garantía sin que afecte la garantía expedida para esa etapa.

Cuando se trate de contratos correspondientes a bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional y la contratación reservada al sector defensa, DAS, será posible dar aplicación a ésta excepción, siempre y cuando el contrato tenga una duración mínima de 3 años, para ello, mediante justificación motivada en los pliegos de condiciones del proceso de selección se podrá establecer las reglas aplicables para ajustar, disminuir o aumentar correlativamente los valores garantizados.

El párrafo de la reforma, afirma que en los contratos en los cuales la etapa de ejecución excede los 5 años, se podrá dividir en etapas de 1 a 5 años, y el valor de la garantía en cada etapa deberá estar fijado y debidamente sustentado en los estudios previos e iguales condiciones se aplicarán a las etapas de ejecución y mantenimiento.

El numeral 16.3 del artículo 16 del Decreto 4828 de 2008, también sufre modificaciones en cuanto a la participación de la entidad asegurada en la pérdida, y al respecto manifiesta el Decreto que dentro de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, no se podrán pactar deducibles mayores al 10% del valor de la pérdida, sin que puedan ser superiores a 2.000 smlmv, como consecuencia no será admisible ninguna estipulación que implique la adopción de parte de la pérdida por la entidad asegurada.

También modifica el párrafo del mismo artículo 16, en el sentido de que los amparos adicionales señalados en los numerales 16.2.1 y 16.2.5 operarán en exceso de cualquier otro seguro bajo el cual la pérdida respectiva sea indemnizable.

Finalmente el Decreto en comento, modifica el segundo inciso del numeral 23.1 del artículo 23 del Decreto 4828 de 2008, e impone a la entidad emisora la obligación de efectuar el pago dentro de los 8 días hábiles siguientes a aquel en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se disponga el cobro de la garantía.



### **2.3 DECRETO 3576 DE 2009**

Posteriormente, el Departamento Administrativo Nacional de Planeación emite el Decreto 3576 del 17 de septiembre de 2009, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009.

El mencionado Decreto 3576 de 2009 modifica el párrafo del artículo 17 del Decreto 2474 de 2008, estableciendo que el proceso para la selección para la celebración de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o servicios, cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía, será el de subasta inversa, a efectos de adjudicar el contrato al mejor postor

Para tal fin, establece las siguientes reglas:

1. Justificar la contratación
2. La entidad formulará invitación pública a presentar ofertas, a través de la página web o en un lugar de fácil acceso al público, esto con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento.
3. Debe escogerse la oferta que se encuentre en condiciones del mercado, que satisfaga las necesidades de la entidad y que ofrezca el precio mas bajo.
4. En caso de empate se debe requerir a los oferentes para que ellos presenten una nueva oferta económica.
5. En la invitación, debe establecerse los requisitos mínimos habilitantes, los cuales deberán verificarse únicamente para el oferente con el precio mas bajo.
6. En caso de que el oferente de menor precio, no cumpla con los requisitos habilitantes, la entidad puede contratar con el oferente que haya presentado el segundo menor precio, siempre que cumpla con los requisitos habilitantes.
7. Si el segundo oferente no cumple, se pasará a verificar el tercero, y así sucesivamente hasta obtener un oferente habilitado.
8. En caso de que ningún oferente se encuentre habilitado o que ninguna oferta se encuentre en condiciones de mercado o no satisfaga las necesidades de la entidad, deberá repetirse el proceso de selección.
9. Dentro de éste procedimiento no será necesario contar con ficha técnica, ni se exigirá a los proponentes estar inscritos en el RUP, tampoco requiere aportar garantía de seriedad de la oferta. En cuanto a la garantía única de cumplimiento se dará aplicación al artículo 1 del Decreto 4828 de 2008.
10. El contrato deberá constar por escrito, en cualquiera de las siguientes formas:
  - a. documento firmado por las partes
  - b. intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista
  - c. mediante factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad

- d. en órdenes de trabajo o de compra o de servicio.
  - e. En cualquier otro instrumento siempre que el mismo reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.
11. Para garantizar la publicidad del procedimiento, la entidad deberá dejar constancia escrita de los trámites realizados, aplicando la normatividad sobre archivo a efectos de conservar la información.

De otro lado el artículo 2 del Decreto 3576 de 2009, modifica el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto 2025 y consagra que el procedimiento de selección para la celebración de contratos, y cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía, se realizará con el fin de garantizar la publicidad del procedimiento, mediante una invitación pública formulada a través de la página web de la entidad o, en su defecto, en un lugar de fácil acceso al público. La entidad deberá justificar previamente la contratación, tal como lo establece el párrafo del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

La entidad establecerá en la invitación los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso ponderando factores técnicos y económicos.

Dentro de la invitación que efectúe la entidad, deberá establecerse los requisitos mínimos habilitantes, así como los criterios de selección que aplicará para definir el proceso, ponderando factores técnicos y económicos. Realizada la evaluación de la oferta u ofertas presentadas, se dará traslado por un día a secretaría de la dependencia correspondiente.

En el evento en que se presente una sola propuesta, la misma será aceptada si satisface los requerimientos de la entidad y proviene de un proponente habilitado.

La entidad deberá verificar los requisitos mínimos habilitantes, solamente en el oferente que haya obtenido el mayor puntaje de evaluación, si éste no cumple, puede contratarse con el oferente que se haya ubicado en el segundo lugar, previa verificación de sus calidades habilitantes, y finalmente si éste segundo tampoco cumple, deberá repetirse nuevamente el proceso de selección.

En éste tipo de procesos la entidad no exigirá inscripción en el RUP ni aportar garantía de seriedad de la propuesta, en tanto que la garantía única de cumplimiento se regirá por las estipulaciones del Decreto 4828 de 2008 ya descrito.

El contrato debe constar por escrito en documento firmado por las partes, intercambio de documentos entre las partes o mediante factura presentada por el proveedor y aceptada por la entidad, en órdenes de trabajo, de compra, o en cualquier instrumento que cumpla con los requisitos de existencia y validez del negocio jurídico.

La entidad deberá dejar constancia escrita de los procesos contractuales que adelante con éste procedimiento.

Seguidamente, modifica el artículo 48 del Decreto 2474 de 2008, relacionado con la aplicación de la modalidad de selección abreviada por declaratoria de desierta de la licitación.

Cuando se haya surtido el proceso licitatorio resultando desierto, la entidad, considerando que persiste la necesidad puede iniciar dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de desierta, un proceso de selección abreviada, sujetándose al procedimiento descrito para la selección abreviada de menor cuantía. Sin embargo, manifiesta el Decreto que no es aplicable la manifestación de interés ni el sorteo de consolidación de oferentes señalados en el artículo 9 del Decreto 2025 de 2009.

La entidad estatal contratante podrá hacer ajustes a los elementos de la contratación que hayan influido de manera determinante en la declaratoria de desierta, sin que sea posible cambiar el objeto del contrato.

De otro lado, se hace una modificación al artículo 83 del Decreto 2474 de 2008, en lo que concierne a los contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles. Al respecto señala que con observancia de las normas sobre reforma urbana y reforma agraria, las entidades estatales podrán adquirir bienes inmuebles mediante negociación directa.

Para efectuar la adquisición de inmuebles las entidades deben solicitar un avalúo comercial que servirá como base de la negociación, éste avalúo puede ser adelantado por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica que se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores.

Para éste tipo de contratación, la entidad deberá efectuar un estudio previo que contemple las diferentes alternativas en el sector del municipio de que se trate, para elegir el de menor costo de acuerdo al análisis de las características técnicas de cada uno.

En los contratos de arrendamiento, éstos podrán celebrarse tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, sin embargo, el estudio de mercado debe constar por escrito.

El literal i del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 implica que la entidad estatal pueda hacerse parte de proyectos inmobiliarios, para lo cual podrá prescindir del avalúo comercial siempre que adquiera el bien, en condiciones de mercado. Las entidades estatales sometidas al estatuto general de contratación, deberán contar con un manual de contratación en el que se señalen las funciones

internas en materia contractual, así como las tareas fruto de la delegación o desconcentración de funciones y las de vigilancia y ejecución contractual.

### **3. PRINCIPIOS APLICABLES A LA CONTRATACION**

#### **3.1 SELECCIÓN OBJETIVA**

Se debe justificar los factores de selección que permiten determinar cuál es la oferta mas favorable, es decir, los criterios de SELECCIÓN OBJETIVA, el ofrecimiento mas favorable para la entidad y sus fines.

#### **3.2 TRANSPARENCIA**

Este principio garantiza la imparcialidad y consecuentemente el deber de selección objetiva, también garantiza el principio de contradicción por parte de los interesados o participantes en los procesos contractuales, permitiendo la celebración de audiencias públicas para diferentes eventos en el proceso de selección de contratistas, además éste principio exige que los pliegos de condiciones tengan reglas de juego claras y completas que conduzcan a la selección objetiva del contratista.

#### **3.3 OFRECIMIENTO MAS FAVORABLE**

Son las condiciones más ventajosas para la entidad sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en los pliegos, consiste en determinar cuál propuesta es mas favorable a la entidad comparando las ofertas entre sí y con los estudios previos a fin de determinar si cumple con las condiciones de la favorabilidad. En el evento en que exista una única oferta debe compararse solamente con los estudios previos a efectos de determinar si es o no favorable, debe ser comparada también con los precios de mercado. La Ley 598 de 2000 establece la obligación de consultar los precios indicativos del SICE a fin de cumplir con el deber de selección objetiva. Conforme con la Ley 1150, los certificados de calidad no son documentos habilitantes para participar en licitaciones en función de la naturaleza específica del objeto a contratar, es necesario solicitar los permisos, licencias, etc, requisitos que deben ser exigidos en los pliegos.

#### **3.4 PRINCIPIO DE ECONOMIA**

Las entidades del Estado solo pueden abrir licitaciones o procesos contractuales cuando exista la correspondiente partida o disponibilidad presupuestal, este principio tiene pro finalidad no generar obligaciones que no tengan respaldo en el presupuesto de la entidad, caso contrario, el contrato celebrado sin recursos públicos estaria viciado de nulidad por el incumplimiento a la normatividad, por tanto antes de iniciar una licitación, selección abreviada, concurso de méritos o cualquier tipo de contratación, se debe consultar si existe disponibilidad presupuestal, al tenor de lo consagrado en el Artículo 25 Ley 80 de 1993.

#### 4. JURISPRUDENCIA

Debemos considerar algunos artículos del Decreto 2474 de 2008, fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante Providencia del 27 de mayo de 2009.

Así, con respecto al artículo 7 del mencionado Decreto, cuando señala que no es posible emitir adendas ampliando el plazo durante el día de cierre, la jurisprudencia manifestó:

“Para la Sala la expresión demandada del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: "En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello", es ostensible y evidentemente ilegal; esto es, salta a la vista su infracción a la ley de la mera confrontación del contenido de la misma con el del inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que según el demandante resulta violado. Sin necesidad de efectuar un estudio de fondo, la Sala considera que del simple cotejo de los textos normativos emerge en forma diáfana y palmaria la ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que, como lo acusa el actor, mientras el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 permite prorrogar el plazo de la licitación pública para la presentación de las ofertas, de oficio o a petición de los interesados, antes de su vencimiento y por un término no superior a la mitad del inicialmente previsto, o sea, inclusive hasta el mismo día del cierre del proceso de selección; el precepto reglamentario, en abierta oposición a la norma legal, prohibió la posibilidad de que en ese último día fijado para el cierre del proceso de selección, mediante adenda, se adicionara, ampliara o prorrogara el plazo para la presentación de ofertas, con lo cual, además, restringió indebidamente tanto la facultad que en este sentido atribuyó la norma legal a la entidad pública, como el derecho de solicitarla que detenta la mayoría calificada de los interesados que hubiesen retirado los pliegos. En consecuencia, ante la manifiesta ilegalidad del aparte demandado del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, se ordenará la suspensión provisional de sus efectos.”

Respecto a la Selección abreviada de menor cuantía, el Consejo de Estado manifestó que la entidad estaba en la obligación de dar a conocer a los oferentes el contenido del acta de evaluación como un medio para salvaguardar el principio de transparencia, por tanto se ordena que los procesos en curso deben ajustar sus cronogramas para correr traslado del acta de evaluación a los proponentes, así: “El procedimiento rige para la causal de selección abreviada de contratos de menor cuantía, prevista en la letra b. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que, como se recuerda, antes de la reforma introducida por ésta era uno de los supuestos por los cuales procedía la contratación directa en los eventos de

menor cuantía, de conformidad con el presupuesto anual asignado en las respectivas vigencias fiscales a cada una de las entidades públicas. Esta norma

jurídica (art. 24 No. 2 Ley 80 de 1993), como concepto básico del principio de transparencia, sin ambages, confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos. De la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 ciertamente vulnera de manera flagrante el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como lo ordena esta norma de la ley de contratación pública, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato. Teniendo en cuenta la ilegalidad manifiesta en que incurre el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, al omitir la etapa señalada en la reglamentación del procedimiento de selección abreviada por menor cuantía, contrariando los términos de los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política, que garantizan en los procesos contractuales los derechos de defensa y contradicción corolarios del debido proceso, fuerza concluir que sus efectos deben ser suspendidos provisionalmente por la razón aludida.”

En cuanto a la audiencia de asignación del riesgo, establece que al tenor de lo consagrado en la Ley 1150, debe ser con antelación a la presentación de ofertas, sin embargo el Decreto 2474 da discrecionalidad a la entidad contratante, por tal motivo, también debió hacerse la reglamentación adecuada, conforme se detalló en el capítulo anterior, el Consejo de Estado manifestó al respecto:

“Del paralelo del texto de las disposiciones en conflicto, se observa que el Legislador, en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, nítidamente estableció que el momento para la asignación definitiva de los riesgos debía señalarse "con anterioridad a la presentación de las ofertas", o sea, para que se efectuase en forma previa al comienzo del plazo de la licitación, pues iniciado éste ya es posible para los oferentes formular sus propuestas a la Administración; mientras el Gobierno Nacional, en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, dejó a criterio de la entidad fijar la realización de la audiencia para ese propósito coincidiendo con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, de donde, sin mayores elucubraciones o

razonamientos, surge una modificación y contradicción a lo regulado en la ley. Por consiguiente, la Sala decretará la medida cautelar solicitada, pero sólo respecto de la expresión "A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o..." del parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, y no en relación con la expresión restante del mismo, esto es, "...la audiencia a que se refiere el presente artículo (...) realizarse de manera previa a la apertura del proceso...", pues irrumpe, con meridiana claridad, que únicamente lo contenido en la primera expresión se opone a la norma que se invoca como infringida."

Finalmente es importante resaltar un último aparte de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando manifiesta que al tenor de lo consagrado en nuestra Carta Magna, la facultad de reglamentación de las leyes expedidas por el legislativo, está en cabeza del Presidente de la República y el Gobierno Nacional, por tanto, no es procedente que la reglamentación delegue ésta obligación de origen constitucional, en otro funcionario, tal como lo manifiesta el Decreto 2474 al permitir que los vacíos puedan ser regulados con la expedición del Manual de Contratación de cada entidad. El Consejo de Estado, dijo:

"Es evidente que las expresiones contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, que implican que la escogencia del contratista en los contratos para la prestación de servicios de salud consagrados en la letra c) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 se adelantará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar"; o, en los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada entre otros consagrados en la letra h) ibídem se realizará "haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar", respectivamente, son ostensiblemente violatorias del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del propio artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007. En efecto, si la Constitución Política estableció la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República (art. 189 No. 11), y la Ley 1150 de 2007 (numeral 2 del artículo 2) reiteró la necesidad de su ejercicio para reglamentar el procedimiento que deben cumplir las entidades estatales para cada una de las causales de la modalidad de selección abreviada, no podía el Gobierno Nacional, en verdad, como lo acusa el actor, entregar, transferir o delegarle a otro órgano de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del poder público u órgano independiente o de control la expedición de ese procedimiento. Y, en el sub examen, de la sola lectura de las normas acusadas, se desprende que el Gobierno Nacional ciertamente se sustrajo de la labor de reglamentar dicho procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y, en su lugar, entregó, transfirió y delegó su competencia reglamentaria a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la



Administración Pública a cargo de la celebración de esos contratos, con el fin de que lo adoptaran a través de sus manuales internos de contratación. Es decir, cuando el Gobierno Nacional en las normas atacadas remitió el procedimiento de contratación a seguir en esos precisos eventos de selección abreviada a los Manuales Internos de Contratación de las entidades públicas, renunció a la facultad constitucional reglamentaria que le es propia y la transfirió indebidamente a las entidades públicas sujetas al estatuto general de contratación, lo cual, a todas luces, vicia de ilegalidad esas disposiciones. En tal virtud, para la Sala es claro que el Gobierno Nacional omitió el deber de reglamentar el procedimiento de selección abreviada para estas dos causales y, contrario sensu, lo confió a las entidades públicas, con lo cual, sin que sea menester entrar a un análisis profundo de la situación controvertida, se colige que las normas reglamentarias desconocen y conculcan, en forma manifiesta, las normas superiores invocadas, que le asignan a aquél con carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable la potestad reglamentaria y proclaman su ejercicio para que pueda contratarse bajo esa modalidad en esos eventos. Por lo anterior, se accederá a la suspensión provisional de los efectos de las expresiones censuradas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008”.

## CONCLUSIONES

La reforma a la Ley 80 de 1993 es mas procedimental que sustantiva, no por ello poco importante, los procedimientos y las buenas prácticas son también asuntos esenciales. No se puede soslayar que se están creando una serie de pautas, especificaciones y trámites que si bien es cierto buscan la eficiencia de la función pública y el cumplimiento de los fines del Estado, también es cierto que harán mas compleja y riesgosa la actividad contractual.

Es muy conveniente y necesario que paralelo a los Decretos reglamentarios y a la Ley 1150, Ley 80, y Decretos reglamentarios, las entidades emitan un manual de contratación que especifique con técnica jurídica y de manera integral los aspectos de la contratación, de lo contrario, subsistirían espacios de incertidumbre poco convenientes para la transparencia y la eficacia en la contratación pública.

La Ley 1150 de 2007, da amplio margen de discrecionalidad a la reglamentación, por tanto los decretos reglamentarios y especialmente el manual de contratación, debe ser la oportunidad para establecer una brecha profunda con la incertidumbre, de modo que se convierta en una oportunidad para defensa del patrimonio público y la probidad, ya que la contratación, es la materia en la cual debe cuidarse con mas esmero que el principio de eficiencia no menoscabe otros principios esenciales como la publicidad, la economía, moralidad y efectividad.

La reforma a la Ley 80 de 1993 si bien ha generado cambios e impactos importantes en las prácticas contractuales, también es necesario que éstos procesos conlleven la formación ética de contratistas y funcionarios a efectos de contar con una mayor cultura de respeto a los bienes públicos como un bien colectivo de las futuras generaciones.

La reforma, somete a toda entidad que no tenga un régimen especial o excepcional, a la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión en los artículos 209 y 267 de la Constitución: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, equidad y valoración de los costos ambientales.

Se impone a entidades estatales que poseen regímenes exceptuados, la aplicación de inhabilidades e incompatibilidades previstas para la contratación estatal. Este constituye un avance muy importante en aplicación del principio de selección objetiva y probidad en la contratación.

La Ley 1150 de 2007 establece los tres campos de contratación, planteados por el doctrinante Iván Darío Gómez Lee: a) Contratación estatal en sentido estricto, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 y demás normas que la complementan; b)

Contratación Estatal en sentido amplio, sometida a regímenes especiales, para lo cual se emplea un criterio orgánico funcional; c) Contratación pública fiscal, en aplicación del artículo 267 de la Carta, para lo cual se toma como criterio el manejo de dineros/bienes públicos.

Dentro de la Ley 80, para definir la modalidad de contratación, debía responderse a la pregunta: Cuánto vale?, Dentro de la Ley 1150 para definir la modalidad de contratación debe responderse a la pregunta: Qué tipo de bien o servicio voy a comprar?

## RECOMENDACIONES

Al hablar de contratación estatal, es necesario tener en cuenta que ésta no es un fin en si mismo, sino que tiene un carácter meramente instrumental que es aquel de servir como mecanismo para la ejecución de los fines y funciones estatales. Aquí se hace necesario recordar que la normatividad, el derecho como un conjunto sistemático de normas, están establecidos o tienen el fin de regular los conflictos sociales, es decir el fin último del derecho es regular la problemática social a través de reglas y normas jurídicas.

Es por ello que las normas jurídicas o el derecho, deben corresponder o deben tener concordancia con la problemática social y con el entorno socioeconómico del grupo social al cual va dirigido. Así las cosas, pienso que las recientes normas sobre contratación no están acordes con la realidad social de nuestro país y de nuestros municipios, así que la principal recomendación, es que la producción legislativa al respecto debe ser ajustada a los requerimientos tanto de la sociedad como del estado dentro de los procesos contractuales.

Para nadie es desconocido que en nuestro medio y principalmente en nuestra región, el Estado, o las entidades estatales son las principales generadoras de empleo y de ingresos para la comunidad, de tal manera, que la contratación con el estado es una alternativa que tienen las personas para mejorar su nivel de ingresos y por ende su calidad de vida.

Pero la realidad económica es que en nuestro Departamento y en general en Colombia, la mayoría de empresas y de oferentes se presentan en la forma de micro, pequeñas y medianas empresas, las cuales por sus características y condiciones se dedican al trabajo artesanal, producción a pequeña escala y con escasa capacidad financiera.

Sin embargo, la contratación estatal coloca serias limitantes a la negociación con pequeñas empresas, tal es el caso de las subastas inversas, donde el oferente debe cumplir requisitos como la capacidad financiera, inscripción en el SICE y en RUP, requisitos que en muchas ocasiones no cumplen los proveedores pequeños, además para adelantar un proceso de subasta donde el proponente debe efectuar lances con tendencia a la baja del precio inicial, implica una gran exigencia de competitividad y conocimiento del mercado, por lo tanto las grandes compras que ha realizado el estado con la nueva normatividad, ha ocasionado que las subastas se desarrollen entre dos o tres multinacionales quienes por su envergadura y capacidad se quedan con la mayoría de contratos, mientras que los pequeños tienen un acceso cada vez mas restringido dentro de la contratación pública, ya que los requisitos de tipo legal y su nivel de apalancamiento financiero no les permite ser competitivos frente a la productividad que ofrecen los grandes empresarios que incluso cuentan con capitales nacionales y extranjeros que les

permiten una producción a escala y con mayor margen de beneficio que los hacen más competitivos en el mercado, así que los pequeños empresarios no pueden acceder a éstos contratos que podrían contribuir a fortalecer de su productividad y mantener su oferta en el mercado.

El argumento bajo el cual se sustenta ésta problemática, es que los recursos públicos deben ser salvaguardados y en ningún momento puede ponerse en riesgo los dineros del Estado debido a la función pública o social que ellos cumplen, con ésta justificación que si bien tiene asidero y concordancia con los principios de la contratación estatal, no es del todo cierta, ya que sería más benéfico o más ajustado a nuestra realidad, por ejemplo, flexibilizar los mecanismos para hacer efectivas las garantías, generar espacios que propicien al Estado la facultad de cobrar las pólizas de garantía cuando ocurran los siniestros amparados.

Sin embargo, éste es el reto que debe afrontar el legislativo al ejercer su función de producción legislativa, el de concretar su actuar en la elaboración de normas que no solamente sean legales y legítimas, sino que vayan más allá, que sirvan como instrumento para el desarrollo social, económico y cultural de la población a la cual van dirigidas.

Así las cosas, las normas contractuales, son claramente una respuesta a las actuales tendencias económicas mundiales, como una apología a la globalización de la economía Estatal y al reto de insertar al Estado dentro de los mercados internacionales, esto se observa por ejemplo en la subasta inversa electrónica, porque la utilización de una red como la Internet, permite acortar distancias y nos acerca a aquellos lugares que antes parecían remotos, así la entidad estatal contratista podrá negociar con oferentes que se encuentren en cualquier lugar del mundo. Esto puede ser una ventaja para el Estado en el momento en que pueda adquirir bienes o servicios a bajos precios siempre que sea de buena calidad, pero también podrá poner en desventaja al estado frente a un proveedor de un país lejano si es que los productos adquiridos con esta modalidad no cumplen con los plazos, condiciones o calidades requeridas por la entidad, porque deberá incurrir en trámites engorrosos para efectuar su reclamación o hacer efectiva la póliza de garantía.

Frente a éstos fenómenos es necesario preguntarnos si nuestra economía interna está preparada para asumir estos retos de internacionalización, teniendo en cuenta que nuestro Estado Colombiano está representado no solamente por el nivel nacional sino también por los pequeños municipios, por ejemplo los de Nariño difícilmente tienen acceso a una plataforma informática como la requerida para efectuar éste tipo de procesos, además, la apertura de la economía del Estado hacia mercados internacionales exige que los proveedores internos sean competitivos frente a los extranjeros para poder participar en igualdad de condiciones, caso contrario veremos que nuestra economía doméstica difícilmente

tendrá acceso a la contratación con el estado.

De otro lado, al hablar de la compra en bolsas de productos, vemos como a pesar de que la norma describe un proceso teóricamente perfecto, en la realidad, las entidades estatales no lo observan de igual manera, en primer lugar porque al comprar bajo ésta modalidad la entidad pone el negocio jurídico totalmente en manos de la bolsa de productos, debiendo ajustarse a los tiempos y condiciones que ella imponga lo cual en muchas ocasiones trastocan los cronogramas establecidos por la entidad para cumplir con sus planes, programas y proyectos, adicionalmente, la entidad no tiene contacto directo con el proveedor sino con el corredor de bolsa, quien actúa a nombre de la contratante y puede acontecer que no necesariamente las exigencias o requerimientos que haga el intermediario estén en absoluta correspondencia con los requerimientos de la entidad, ocasionando que los bienes adquiridos no suplan del todo las necesidades del estado.

En la contratación directa, se crea la obligación de proferir un acto administrativo que la justifique como un requisito previo para la celebración del contrato, este formalismo es de poca trascendencia puesto que los requisitos y documentos previos son los que deben justificar y señalar claramente cual es la modalidad aplicada y cuáles son las razones que la motivan, por lo tanto la emisión de un acto administrativo para cada contrato que se celebre por medio de ésta modalidad, se ha convertido simplemente un acto mecánico que se remite a recopilar los fundamentos establecidos en los documentos y estudios previos que justifican la contratación de que se trate.

Esta normatividad y sus efectos deben ser entendidos dentro del marco constitucional del Estado social de Derecho que gira en torno de los derechos fundamentales de los individuos, uno de ellos el derecho a la igualdad, es decir, el Estado tiene la obligación de cumplir con los fines y funciones a él encomendadas pero bajo la observancia de la dignidad humana, bienestar general e interés colectivo.

Así las cosas, el derecho a la igualdad, se concreta en el principio de transparencia que rige a la contratación estatal porque éste principio prevé dentro de sus presupuestos, el garantizar la igualdad de oportunidades a los posibles oferentes o contratistas, al respecto, si bien es cierto que las normas contractuales en parte fortalecieron éste principio al exigir la publicación de los documentos en el SECOP, irrigando transparencia a los procesos, también es cierto que éstas normas, no propician la igualdad de oportunidades a los oferentes, tal como se describió por lo tanto, el legislativo al desarrollar su tarea de producción normativa, debe asumir el reto de hacer que las normas puedan hacer efectivos los principios de la contratación estatal, garantizando una concordancia y correspondencia con las necesidades y con la situación socioeconómica de la sociedad a la cual van dirigidas.

## BIBLIOGRAFIA

ESAP, Nuevo régimen de Contratación Administrativa, Bogotá 1993, 279 pg.

SANDOVAL Rojas, Marlene. Nuevo régimen de Contratación Estatal. Ley 80 de 1993. Comentarios, concordancias, doctrina y práctica. Santafé de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1994, 294 pg.

MOJICA Cortes, Clara María. Regimen de la Contratación Administrativa. Compilada y concordada. Legis Editores Bogotá 1997.

SOLANO Sierra, jairo Enrique. Contratación Administrativa Ediciones Librería del Profesional. Santa fe de Bogotá , 1993.

GONZALEZ García, Rodolfo y otro. Contratación Administrativa. Contraloría General de la República, 1989.

CGR. Control Ciudadano a la Contratación Estatal. Contraloría General de la República. Bogotá, 2000.

DAVILA Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal: Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993. Bogotá Editorial Legis 2003.

DIAZ GRANADOS Ortiz, Juan Manuel. Los seguros en el nuevo Régimen de contratación administrativa. Santa fe de Bogotá Colombo Editores 1995.

GAMEZ Vizcaíno, Javier Miguel. Manual de Procedimiento de la Contratación Estatal. Bogotá, Editorial Legis, 2001.

GOMEZ Montes, José Lázaro. Principios Fundamentales de la contratación Estatal. Librería Jurídica Sanchez, Medellín, 2007.

ARRIETA Padilla, Carlos Gustavo. Contratación Estatal. Aspectos Controversiales. Universidad de Los Andes. Bogotá 2006.

LAFURIE Rivera, José Félix. Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal. Contraloría General de la República, Bogotá 2003.

MESA Nieves, Luis Eduardo. La actividad contractual y la Responsabilidad en la Administración Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2002.

SOLARTE Jiménez, Franco. Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2007.

MEJIA Mejía, Alvaro y Otro. Nuevo Régimen Legal de la Contratación Estatal ley 1150 de 2008, Decreto 066 de 2008. Editorial Ave Viajera. Bogotá 2008.

Contratación Administrativa Estatal y Local, Editorial Civitas, Madrid 1991.

BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991

EXPOSITO, Juan Carlos. Teoría de la Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995

PINO Ricci, Jorge. Estudios de Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999.

MORALES Restrepo, Didier. Regimen de la Contratación Estatal Anotado. Editorial Leyer, Bogotá 2009.

MATALLANA, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2005.

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de 2007

Decreto 2474 del 7 de julio de 2008

Decreto 2025 de 2009

Decreto 4828 de 2009

Decreto 3576 de 2009

Decreto 931 de 2009