

Bogotá, 08 de agosto del 2016.

Doctor
Gregorio Eljach Pacheco
Secretario General
H. SENADO DE LA REPÚBLICA
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Ciudad.

Respectado Doctor Eljach Pacheco,

Ante el Honorable Senado de la República, me permito presentar a consideración el siguiente Proyecto de Ley, ***“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”***, con el fin de que este sea radicado en la Secretaría General del Senado de la República.

En este sentido, y con la finalidad de que inicie su trámite correspondiente, adjunto un original del proyecto, tres copias (3) del documento y una copia en medio magnético (cd).

Cordialmente,

JORGE EDUARDO ROJAS GIRALDO
MINISTRO DE TRANSPORTE

**PROYECTO DE REFORMA AL ESTATUTO DE
CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

CONTENIDO

Artículo 1. Determinación legal de facultades al Gobierno Nacional, para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo con carácter obligatorio en la contratación estatal, incluida la facultad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional.

Artículo 2. Acotación de las inhabilidades de los interventores para contratar con una misma entidad estatal.

Artículos 3 y 4. Acotación de la responsabilidad de los interventores frente a los hechos y omisiones imputables a los contratistas supervisados.

Artículo 5. Prohibición a las entidades estatales para contratar, consultorías de estudios y diseños de obra e interventorías de obra, bajo modalidad de selección de contratación directa a través de convenios interadministrativos o contratos interadministrativos con instituciones de educación superior públicas.

Artículo 6. Conformación de las propuestas que se presenten en licitaciones públicas, incluyendo por separado los documentos que acrediten los requisitos habilitantes, y la oferta económica.

Artículo 7. Plazos para la subsanación de las propuestas y firmeza del informe final de evaluación de requisitos habilitantes.

Artículo 8. Factores para la escogencia y calificación de las propuestas y obligatoriedad de la entrega de la garantía de seriedad junto con las ofertas.

Artículo 9. Validación y acreditación de experiencia adquirida por los proponentes a través de la celebración y ejecución de contratos de derecho privado, debidamente inscritos en el RUP.

LEY ---- DE ---

“Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Adiciónese y modifíquese el artículo 3 del Decreto – Ley 4170 de 2011, el cual quedará así:

“12. Desarrollar, implementar y expedir los estándares y documentos tipo de carácter obligatorio para las diferentes etapas de la gestión contractual pública, incluyendo los pliegos y minuta, en materia de contratación de obras, servicios de interventoría de obras, consultoría en ingeniería para obras y provisión de bienes, en los términos que fije el Gobierno Nacional. Tales documentos serán de uso obligatorio para las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 o la norma que la modifique o sustituya.

Parágrafo: *El Gobierno Nacional reglamentará la materia, incluyendo la metodología para la elaboración de los documentos tipo definitivos. Para tal efecto, el Gobierno Nacional podrá contar con la colaboración de las entidades que él estime y de los distintos representantes del sector privado que agrupan a los contratistas del Estado.*

13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la entidad”

Artículo 2. Modifíquese el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

“Artículo 5. *Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrá ser, por sí o por interpuesta persona, interventor de dicho contrato.”*

Artículo 3. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

“Artículo 53. Responsabilidad de los consultores, asesores e interventores. *Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, y por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la ejecución del respectivo contrato de consultoría o asesoría.*

Por su parte, los Interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, por el cumplimiento de las actividades de interventoría a su cargo, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen perjuicio a la Entidad Estatal como resultado de sus actividades únicamente en el marco del contrato de interventoría.”

Artículo 4. Modifíquese el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedara así:

“Artículo 33. Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías. *La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.*

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, por el cumplimiento de las actividades de interventoría a su cargo, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen perjuicio a la Entidad Estatal como resultado de sus actividades únicamente en el marco del contrato de interventoría.”

Artículo 5. Modifíquese el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedara así:

“C) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, interventoría de obra, consultoría en ingeniería para obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública, cuando las instituciones de educación superior públicas, por sí o por interpuesta persona, sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.”

Artículo 6. Modifíquese el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

“6o. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Las propuestas se conformarán de la siguiente manera:

La oferta estará compuesta por dos sobres. Un primer sobre en el cual se deberán incluir únicamente los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes. El segundo sobre, deberá incluir la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

Parágrafo. *Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.”*

Artículo 7. Modifíquese el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

“Las entidades estatales publicarán un informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes incluidos en el primer sobre dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

El informe permanecerá publicado en el SECOP durante cinco (5) días hábiles, término en el que los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal.

Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes dentro del término de cinco (5) días hábiles. Una vez publicado el informe final de evaluación, este quedará en firme y no se recibirán documentos o información adicional de los proponentes.

El segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia de adjudicación. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica, se establecerá el orden de elegibilidad y se correrá traslado a los proponentes habilitados en el mismo momento. A continuación, en esta misma audiencia los proponentes podrán presentar observaciones a la oferta económica, las cuales deberán ser respondidas por la entidad estatal en el mismo acto”.

Artículo 8. Modifíquese el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

“Artículo 5. De la selección objetiva. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como

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

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, los factores técnicos no serán criterio para determinar la oferta más favorable.

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

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

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

Parágrafo 1. *La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades estatales, y deberán ser entregados por los proponentes durante el término de cinco (5) días hábiles en el que el informe de evaluación de los requisitos habilitantes haya sido publicado en el SECOP. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal en el plazo anteriormente señalado.*

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

Parágrafo 3. *La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de las mismas.*

Parágrafo 4. *En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”*

Artículo 9. Acreditación de experiencia mediante contratos de derecho privado. En los procesos de contratación de obras públicas y de consultoría para la elaboración de estudios y diseños de ingeniería para obra, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos de derecho privado en calidad de subcontratistas de: (i) sociedades concesionarias, y (ii) contratistas de obra pública y consultoría en ingeniería, en los términos indicados en los pliegos de condiciones, siempre que los mismos se encuentren debidamente inscritos en el Registro Único de Proponentes – RUP.

Parágrafo 1. En el evento de que en un mismo proceso de selección, presenten propuesta el contratista de la Entidad Estatal y su subcontratista, ya sea de manera individual o como integrantes de estructuras plurales, la experiencia solo podrá ser acreditada por uno de ellos, en los términos señalados en el pliego de condiciones.

JORGE EDUARDO ROJAS GIRALDO
MINISTRO DE TRANSPORTE

Exposición de Motivos al Proyecto de Ley “por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia y se dictan otras disposiciones.”

Honorables Congresistas:

El Gobierno Nacional presenta a consideración del Congreso de la República una iniciativa legislativa de gran importancia para el Estado colombiano, consistente en la modificación de algunas normas de contratación pública, con el objeto de introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país.

La idea de este proyecto surge de la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas. Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado.

Por otra parte, es importante destacar el hecho que el proyecto presentado a continuación, se sometió a consideración de todos los gremios que directa o indirectamente están relacionados con la contratación pública, con el propósito de recoger opiniones, críticas y observaciones en

torno a su contenido, alcance e implicaciones y de efectuar, como en efecto se ha hecho, los ajustes pertinentes.

Así, por ejemplo, son varios los casos en los cuales, basados en una interpretación contraria a los principios de contratación, los contratos resultan adjudicados a proponentes menos idóneos, lo que a la postre genera retrasos en los cronogramas, sobre costos y procesos judiciales, que terminan deslegitimando un mecanismo que a nivel internacional ha arrojado excelentes resultados.

Cabe resaltar entonces, que el presente articulado es el resultado de un amplio proceso de discusión y análisis de las diversas inquietudes y propuestas planteadas por los diferentes actores de la contratación pública.

De otro lado, el Gobierno Nacional estima que, aun cuando surgieron diversas corrientes que propugnaban por una reforma profunda del Estatuto de Contratación, una modificación sustancial a las normas de contratación resultaría inconveniente para la confianza inversionista y pondría en riesgo la estabilidad jurídica de los grandes proyectos que se están ejecutando.

Cabe agregar que el presente proyecto no requiere de un trámite diferente al establecido en la Constitución y en la Ley 5 de 1992 para las leyes ordinarias, teniendo en cuenta que las disposiciones a modificar tienen la misma naturaleza jurídica.

I. Alcance del proyecto

Honorables Congresistas,

En Colombia, la Contratación Estatal constituye el instrumento de ejecución del gasto público por excelencia. A través de este medio se logran satisfacer los cometidos estatales y se alcanza la materialización de los objetivos socio-económicos de la administración. Tan es así que la OCDE estima que la compra y contratación pública representa más del 15% del PIB en Colombia¹, lo que debe llevar a concluir que cualquier medida que impacte tal volumen de recursos, sin duda tendrá una significación mayor en el contexto no sólo de la administración pública, sino en el terreno de lo económico.

Precisamente, durante los últimos años Colombia le ha apostado a la inversión en materia de infraestructura, con la única finalidad de construir un entorno propicio para la competitividad. De esta manera, en el bienio que esta por culminar, se han adjudicado diferentes proyectos viales y aeroportuarios, cuyas inversiones ascienden a más de 50 billones de pesos, cifra record en la historia del país.

Este logro ha sido posible, en gran parte, por los diferentes ajustes que en materia legislativa se han adelantado en los últimos cinco años. Prueba de ello han sido las Leyes 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, que dotó de herramientas a los diferentes estamentos del Estado para adelantar una férrea lucha contra la malversación de fondos destinados a la contratación pública; 1508 de 2012 o Ley de Asociaciones Público Privadas, mediante la cual se creó el marco jurídico para la vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y; 1682 de 2013 o Ley de Infraestructura, norma esencial para resolver los conflictos prediales,

¹ <http://occp.co/que-es-el-occp>

ambientales y de redes, obstáculos tradicionales para la ejecución de los grandes proyectos de infraestructura.

No obstante estos importantes avances, el marco normativo vigente aún requiere de algunos ajustes menores, pero indispensables para dotar de herramientas al aparato estatal en la lucha contra la corrupción, fortalecer las empresas del sector, eliminar medidas de responsabilidad de los interventores que atentan contra el principio de igualdad, organizar la contratación y aprovechar la correcta marcha de los nuevos proyectos de infraestructura de transporte.

En consecuencia, el articulado que se presenta a consideración de los honorables Congresistas tiene como finalidad modificar aspectos puntuales de las normas de contratación, sin los cuales difícilmente se desaprovechará el notable esfuerzo que el Gobierno Nacional está realizando en diversas regiones del país en materia de infraestructura.

En ese orden de ideas, el proyecto se esmera en promover la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. De esta forma, en el articulado se eliminan algunos obstáculos para los interventores y consultores en ingeniería, que hoy constituyen un desincentivo para la celebración de este tipo de contratos y en consecuencia a la desaparición de algunas de estas empresas.

Piedra angular de este proyecto es la búsqueda de mayor transparencia en los procesos de contratación, en especial de los entes territoriales; a partir de la exitosa experiencia internacional, se ha propuesto en el articulado la estandarización de documentos contractuales, medida trascendental para evitar futuros casos de corrupción, como los tan sonados carruseles de la contratación.

Aspecto central del reto asumido en el proyecto de ley es la aceptación de experiencia obtenida en contratos entre privados, la cual ha sido tradicionalmente rechazada por las entidades contratantes. Con este cambio se espera aumentar el número de proponentes en los procesos de selección, a la vez que se busca disminuir la concentración de la contratación en contadas empresas.

Como se puede observar, el proyecto de ley que hoy se presenta no tiene por objeto la creación de un nuevo estatuto general de contratación, sino introducir medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados.

II. Marco Constitucional

2.1 Trámite de Ley Ordinaria

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Carta, le corresponde al Congreso de la República *"expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional"*.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-897 de 1999 se refirió a la facultad que tiene el Congreso de la República para expedir normas de contratación mediante una Ley Ordinaria:

"La contratación administrativa es materia de ley ordinaria. Es así como el estatuto de contratación vigente no tiene rango superior y puede ser modificado por otras leyes ordinarias que regulen aspectos relacionados con contratos estatales. "

Conforme a lo expresado, resulta evidente que la competencia del Congreso para expedir el estatuto general de la contratación estatal debe ser ejercida por el legislativo mediante ley ordinaria.

2.2. Unidad de Materia

De acuerdo con el artículo 158 de la Constitución Nacional, *"Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella."* De igual manera, el artículo 169 ibídem, establece que *"el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido."* Estos dos preceptos constitucionales constituyen el fundamento del principio de unidad de materia de los cuerpos normativos, según el cual las disposiciones que conforman un ordenamiento legal deben contar con un eje temático, el cual puede precisarse, entre otros, con lo establecido en su título.

Ahora bien, aun cuando el articulado modifica normas contenidas en el Estatuto de Contratación Administrativa, también se incluyen normas tendientes a modificar disposiciones no incluidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, pero cuyo contenido se encuentra estrechamente relacionado con las normas que regulan aspectos relacionados con la contratación de las entidades públicas, tal y como se desprende del título del proyecto de ley.

*"La unidad temática no se desconoce cuándo el contenido de una disposición se relaciona objetivamente – directa o indirectamente - con el tema central del cuerpo normativo. En efecto, mal podría aplicarse, en este campo, un criterio estrictamente formal, pues ello no solo impondría límites irrazonables a la labor del órgano Legislativo, sino que desconocería la existencia de relaciones esenciales entre normas que, aparentemente, se refieren a materias diferentes, pero que guardan una conexión objetiva y razonable."*²

Esta posición fue reiterada posteriormente mediante sentencia C-261 de 2015 en los siguientes términos:

"Esta Corporación ha estimado que para la determinación del núcleo temático con el cual debe estar relacionada la norma demandada se puede acudir, entre otros, a los

² Corte Constitucional, Sentencia C-897 de 1999.

antecedentes legislativos -exposición de motivos y debates en comisiones y plenarias- o al título de la ley. En relación con la conexidad teleológica, se ha considerado que estos mismos instrumentos permiten buscar los fines perseguidos por el legislador al expedir el cuerpo normativo y determinar, si ellos se acompasan con la disposición acusada. Finalmente, a través del criterio sistemático se realiza un análisis en conjunto de la normatividad. En relación con el nivel de escrutinio, se ha estimado que en respeto a la libertad de configuración del legislador, el análisis de constitucionalidad no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano. Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley.”

Por lo tanto, en la medida en que el texto normativo que se propone a consideración del honorable Congreso de la República, versa sobre la misma materia - normas sobre contratación pública - no existe obstáculo constitucional para que la corporación aborde su estudio.

III. El proyecto de ley

Con base en las consideraciones expuestas, a continuación se presentan los principales temas desarrollados en el proyecto de ley:

3.1. Determinación legal de la competencia en cabeza del Gobierno Nacional para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo en la contratación estatal.

El artículo 1 establece la competencia en cabeza del Gobierno Nacional para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo en la contratación estatal.

Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de estandarizar los pliegos de condiciones en los procesos de contratación del Estado, con el fin de lograr un sistema de compras más transparente. Para cumplir este propósito, se hace necesario adoptar una disposición de origen legal que faculte a la Subdirección de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública para expedir documentos de contratación estándar de obligatorio cumplimiento para todas las entidades contratantes.

Para cumplir este cometido, la Agencia Colombia Compra Eficiente deberá a la Superintendencia de Industria y Comercio, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, los Ministerios respectivos y a los distintos representantes del sector privado que agrupan a los contratistas del Estado, para que participen en la redacción tanto de la metodología como de los documentos definitivos, de acuerdo con la metodología que, vía reglamento, adopte el Gobierno Nacional.

A través de este mecanismo, se busca facilitar el control fiscal, la optimización de los procesos de selección, se garantiza el uso eficiente de los recursos públicos y se elimina el direccionamiento de los procesos de selección, en especial en las regiones, tal y como lo ha sustentado Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

“Los documentos tipo reducen el tiempo que requieren las Entidades Estatales en la preparación de los Documentos del Proceso y permiten a los interesados y proponentes

conocer las condiciones generales de los mismos de forma anticipada pues definen condiciones generales para ser adoptadas uniformemente por las Entidades Estatales.

Finalmente, los documentos tipo también contribuyen a la transparencia en los Procesos de Contratación porque, entre otras, tienen cláusulas diseñadas para promover la libre competencia y participación de la mayor cantidad posible de proponentes en los Procesos de Contratación.”³

3.1.1. La estandarización en el escenario internacional.

Es necesario destacar que este proceso de estandarización no es nuevo en los sistemas de compras públicas foráneos. En el mundo, varios países han optado por la obligatoriedad en el uso de documentos estándar en los procesos de contratación pública, siendo así un deber de las autoridades contratantes implementar dichos documentos.

Un claro ejemplo de esta tendencia mundial es el caso de los “*Documentos Estándar de Licitación Pública (LPN)*” en la contratación de obras menores o adquisición de bienes, exigido por el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) y el Banco Mundial (en adelante BIRF) para aquellos proyectos financiados total o parcialmente por estos organismos internacionales.

Esta práctica consistente en la aplicación de documentos estándar para procesos de contratación pública financiados por el BID, responde a una política de transparencia y anticorrupción que exigen los organismos en la financiación de obras o adquisición de bienes para la elección de los contratistas.

En iguales términos tanto el BID como el BIRF junto con la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, como resultado de los acuerdos de estas autoridades para la definición de documentos únicos armonizados, fijaron en el año 2013 parámetros similares en los documentos estándar para Colombia, exigiéndose su uso en procedimientos de contratación realizados por los ejecutores con recursos de cualquiera de estos bancos.

Así lo establece el prefacio de los “*Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional para Colombia*” al indicar expresamente que “*El uso de estos Documentos Estándar para Colombia es obligatorio para todos los procesos sujetos a Licitación Pública Nacional de conformidad con los procedimientos acordados en el Contrato de Préstamo y el Plan de Adquisiciones*”

Estos documentos estándar para aquellas licitaciones de obra pública, financiados por cualquiera de estos organismos internacionales, obedecen ciertamente a una política de transparencia a nivel mundial, que pretenden hacer de la contratación un asunto meramente objetivo.

Colombia, en atención a dichos requerimientos internacionales, debe propender por hacer de los documentos de contratación pública nacional un estándar de eficiencia y objetividad atendiendo a las necesidades contractuales de cada caso.

Ahora bien, los documentos tipo o estándar en la contratación pública no solo atienden a un componente de transparencia en la selección, también se dirigen a la eficiencia en los

³ Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente <http://www.colombiacompra.gov.co/es/reducir-tiempos-y-recursos-en-los-procesos-de-contratacion-es-posible-conozca-y-use-los-documentos>.

procedimientos de elección de un contratista, en tanto que la fijación previa de parámetros acelera el procedimiento de selección una vez identificada la necesidad de contratar, consolidando así un sistema de compras y contratación regulado, objetivo y eficaz.

En la región, países como República Dominicana (Decreto No. 543-12 del 6 de septiembre de 2012) sancionan con nulidad del procedimiento de selección, la inobservancia de los documentos estándar que integran el Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (expedidos por la Dirección General de Contrataciones Públicas) por la relevancia que le dan a la armonización de dichos documentos de cara a las mejores prácticas internacionales y nacionales en materia de compras y contratación pública.⁴

En Perú, de acuerdo con lo estipulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su recién expedido reglamento, y la directiva aprobada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado OSCE, prevén igualmente bases estándar de licitación pública para la contratación de bienes, bases que resultan de obligatorio cumplimiento.

Lo propio sucede en Costa Rica a través de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, entidad que, de conformidad con el Plan Estratégico para la Modernización de las Compras Públicas y en ejercicio de las atribuciones conferidas a dicha entidad por la Ley de Contratación Administrativa de dicho país, implementó la estandarización como respuesta a la improvisación, garantizando la transparencia y minimizando la ineficiencia y los riesgos de corrupción.

Adicionalmente, es pertinente señalar que la OCDE, en el documento titulado *“Directorate for Public Governance and Territorial Development”*, recomendó la estandarización de documentos de licitación, con requisitos proporcionales a la necesidades a satisfacer, de tal suerte que con ello se fomente una amplia participación de competidores potenciales, incluidos los nuevos participantes y las pequeñas y medianas empresas.

Como se puede observar, la elaboración de documentos estándar que permitan el adecuado y objetivo curso de la contratación pública, no solo garantiza la transparencia en las actuaciones, también permite el acceso de la mayoría de proponentes de un mercado en libre competencia, en la medida en que las cláusulas, exigencias y demás componentes del proceso de selección, parten de condiciones objetivas previamente determinadas para el sector que corresponda, disminuyendo el grado de discrecionalidad, y en algunos casos arbitrariedad, que se presenta en la elección de los contratistas o en el contrato mismo a adjudicar.

3.1.2. La estandarización a la luz de la autonomía de los entes territoriales.

Por otro lado, cabe resaltar que esta norma resulta coherente con el principio de autonomía de los entes territoriales. De acuerdo con el artículo 1 de la Carta Política, *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales” (...).*

Por otra parte, el artículo 287 de la norma superior establece que *“las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

1. Gobernarse por autoridades propias.

⁴ Artículo 82. Decreto No. 543-12 del 6 de septiembre de 2012.

2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales”

De igual manera se establece en el artículo 228 de la Carta que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, se ejercerán conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Por lo anterior, se evidencia que la autonomía consagrada en la Constitución en favor de las entidades territoriales no es absoluta, ya que ésta se encuentra enmarcada dentro de los límites de la Ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que *“el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo (...). El límite máximo de la autonomía territorial tiene una frontera política entendida como aquel extremo que al ser superado rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales. En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1 de la Constitución al establecer que Colombia es una república unitaria”*⁵.

Por lo expuesto, resulta claro que la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, sino que por el contrario, está delimitada por los alcances que fije el legislador, dentro de los límites mínimos y máximos consagrados en la Constitución Política.

Por tanto, y de conformidad con el ordenamiento constitucional y legislativo expuesto, la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación pública, está determinada por las normas del orden nacional, incluyendo el artículo 1 que se propone en el presente proyecto de Ley, por el cual se faculta al Gobierno Nacional para que estandarice los documentos que han de aplicarse en los procesos de contratación pública en todo el país.

3.2. Acotación de las inhabilidades de los interventores para contratar con una misma entidad estatal

La modificación propuesta en el artículo 2 del proyecto de ley, busca corregir una distorsión del mercado creada mediante una reforma legal del año 2011. La Ley 1474 inhabilitó a las empresas para celebrar contratos de interventoría con entidades con las cuales previamente haya celebrado previamente un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos.

Esta norma restringe de forma injustificada el acceso a la contratación pública a un grupo específico de profesionales, hecho que constituye un desincentivo para la actividad empresarial de consultoría e interventoría.

Cabe resaltar por demás, que la disposición objeto de análisis, si bien no ha sido objeto de un juicio de constitucionalidad, crea un trato desigual en materia de contratación para interventores, diferente a los demás participantes del sistema general de compras públicas,

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-889 de 2002.

situación que afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, como lo es el derecho a la igualdad.

Por este motivo, se propone modificar el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, de tal suerte que se acote la inhabilidad al caso específico de realizar interventoría a un contrato de obra o concesión donde la empresa consultora tenga alguna participación en calidad de socio o asesoría.

3.3. Acotación de la responsabilidad de los interventores frente a los hechos y omisiones imputables a los contratistas supervisados.

Las modificaciones contenidas en los artículos tercero y cuarto del proyecto de ley, tienen como finalidad eliminar el régimen de responsabilidad que recae sobre los asesores, consultores e interventores, por los daños derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan estas actividades.

Actualmente, estas normas obligan a los consultores, asesores e interventores, a responder no solo por las obligaciones derivadas de la ejecución de su contrato, sino también por los demás contratos que en el marco de su actividad se adelanten. Esta redacción crea un trato desigual para este grupo de profesionales, diferente a la de los demás participantes del sistema general de compras públicas, situación que afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, como lo es el derecho a la igualdad.

En consecuencia, resulta un fin contrario a la Carta admitir un supuesto de responsabilidad en cabeza de determinado grupo, pues no se daría una correcta aplicación del derecho a la igualdad, en el entendido que se crearía un trato discriminatorio hacia ciertos agentes de la contratación al establecerse diferencias en cuanto a la forma de responsabilidad, sin una justificación constitucionalmente válida.

Adicionalmente, estas normas son contrarias a la teoría de la responsabilidad civil. De acuerdo con los preceptos constitucionales, se reconoce que *“la teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista”*⁶, por lo cual, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina identifica como culpa, daño y relación de causalidad.

Por lo tanto, es claro entonces que el ordenamiento jurídico colombiano establece un carácter subjetivo para la responsabilidad de las personas naturales y jurídicas, situación que cubre la actuación de los contratistas, asesores e interventores, en el marco de su relación contractual, lo cual de ninguna manera se encuentra en discusión. Sin embargo, del contenido de las normas que se pretenden modificar, es posible inferir que dichos sujetos no sólo responderán por aquellas obligaciones derivadas directamente de sus contratos, sino que responderán de igual manera por aquellas actuaciones u omisiones derivadas de la ejecución contractual del contratista principal, con lo cual se crea una medida desproporcionada violatoria del principio de igualdad.

De igual manera, la expresión *“que ejerzan o hayan ejercido”*, hace extensivos los efectos de la responsabilidad en el tiempo, generando así un desincentivo para el ejercicio de actividades de interventoría, asesoría y consultoría en el marco de la contratación pública.

⁶ Ibídem.

Ahora bien, la finalidad de la modificación que se propone, en ningún momento se plantea desconocer la responsabilidad que pesa sobre los interventores en el ejercicio de su actividad de control y vigilancia de un contrato estatal, como objetivo para identificar y verificar el cumplimiento integral de las obligaciones pactadas en él. Por el contrario, se trata de rechazar la imputación de responsabilidad por la acción u omisión de obligaciones que van más allá del alcance del contrato de interventoría y que no corresponden a un supuesto de responsabilidad basado en la culpa *in vigilando*, que se predica de aquellas actuaciones establecidas en el contrato principal que han de ser supervisadas por el interventor.

Por lo tanto, en la modificación propuesta se acota la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinar de los interventores, únicamente a los daños que se produzcan dentro del desarrollo del objeto contractual, como sucede para los demás contratistas del Estado.

3.4. Prohibición a las entidades estatales para contratar consultorías de estudios y diseños e interventorías en ingeniería a través de contratos interadministrativos con las Universidades Públicas.

A través del artículo 92 de la Ley 1474 se dio la oportunidad a las Universidades Públicas, vía contratos interadministrativos, de realizar actividades de consultoría en ingeniería e interventoría, por si o por interpuesta persona, disposición que fomenta la competencia desleal.

Si bien las Universidades Públicas han argumentado que esta modalidad de selección les permite ser sostenibles financieramente, lo cierto es que a través del presupuesto asignado por el Gobierno Nacional y de los entes territoriales, se garantiza dicha sostenibilidad financiera. Es más, en materia presupuestal, los recursos destinados en los últimos años han presentado un incremento, a tal punto que en el Presupuesto General de la Nación para el año 2015, se indicó que: *“tendrá como gran logro histórico que los recursos para la educación (por \$28,9 billones) superarán por primera vez a los del sector defensa (\$28,2 billones).”*⁷

Por otra parte, nada resulta más alejado de la búsqueda de los fines de la educación, que perseguir la obtención de lucro a través del sistema de compras públicas, cuando a través de la contratación debe buscar la forma de desarrollar los objetivos consagrados en la Ley 30 de 1992.

Adicionalmente, en los últimos años se han aprobado diferentes estampillas para buscar recursos destinados exclusivamente la inversión en infraestructura de las Universidades Públicas, cuya principal fuente de recursos es precisamente la suscripción de contratos de obra pública y conexos.

Por otra parte, son diversos los casos documentados sobre la deficiencia de los servicios de ingeniería de consultoría y de interventoría, además de que este mecanismo de selección se ha venido utilizando para eludir el estatuto general de contratación y por esta vía se adjudiquen cuantiosos contratos sin el cumplimiento de los requisitos de la contratación pública.

Por las consideraciones precedentes, en el artículo 5 se elimina la posibilidad que tienen las Universidades Públicas, vía contratos interadministrativos, de realizar actividades de consultoría e interventoría en ingeniería (estudios, diseños e interventorías).

⁷ <http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/27766604.PDF>

3.5. Normas para el fortalecimiento, eficiencia y transparencia de la contratación pública.

Las reformas comprendidas en los artículos 6, 7 y 8, tienen como finalidad principal fortalecer el sistema de compras públicas, para hacer frente a cuatro factores que han sido determinantes en los más sonados escándalos de corrupción:

1. El conocimiento previo a la audiencia de adjudicación, por parte de los oferentes, de las propuestas económicas de los demás proponentes, por una interpretación del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
2. La escogencia aleatoria de la fórmula de evaluación el día antes de la audiencia de adjudicación.
3. Subsana los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje por parte de los proponentes el día de la adjudicación.
4. La modificación del orden de elegibilidad.

Para hacer frente a estas nefastas prácticas, en el texto que se somete a consideración se establece, en primer lugar, el contenido de las propuestas; en el sobre No 1. se deberán presentar los documentos relacionados con el cumplimiento de aspectos técnicos, financieros y jurídicos (requisitos habilitantes); y el sobre No 2. En el cual se deberá incluir la propuesta económica debidamente diligenciada, de conformidad con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la entidad estatal

En segundo lugar, es necesario resolver una interpretación que ha hecho carrera en diferentes estamentos del Estado sobre la imposibilidad de dar apertura del sobre económico en la audiencia de adjudicación, y la obligatoriedad de dar traslado por cinco días al informe de evaluación de la propuesta económica, mala práctica que promueve actuaciones colusorias en los procesos de contratación.

En este orden de ideas, en el artículo 7 se propone lo siguiente:

- Obligar a las Entidades a publicar y dar traslado, de forma previa, únicamente al informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes;
- El sobre 2 que contiene la oferta económica se mantendrá cerrado hasta el día de la audiencia de adjudicación;
- En esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica, se establecerá el orden de elegibilidad y se correrá traslado a los proponentes habilitados.

Nótese como a través de esta propuesta en un solo instante se realiza la apertura del sobre económico, se realizará la evaluación de la oferta económica y se publicará el orden de elegibilidad, de forma tal que no existe conocimiento previo de estos elementos trascendentales para la adjudicación del contrato y en consecuencia, el margen de maniobra para hacer uso de prácticas colusorias es casi nulo.

No obstante, la anterior propuesta carecería de la fuerza suficiente sin la reforma contenida en el artículo 8.

Como se mencionó previamente, ha tomado fuerza una corriente interpretativa según la cual los proponentes pueden subsanar aquellos requisitos de la oferta que no afectan la asignación

de puntaje hasta el día de la adjudicación, aun cuando el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, claramente dispone que la entidad contratante será quien solicite la subsanación.

Esta nefasta aseveración genera que, una vez conocidas las propuestas económicas y el orden de elegibilidad, los oferentes subsanen los ofrecimientos de acuerdo con sus propios intereses, de forma tal que se modifica el orden de elegibilidad, en detrimento de la eficiencia y transparencia de los procesos de contratación.

Sobre este particular es necesario precisar que de conformidad con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, el plazo para que los proponentes entreguen los documentos y la información subsanable es aquel que de manera perentoria y preclusiva fije la entidad pública antes de la adjudicación, en los siguientes términos:

“Además de las ideas que se viene citando de la sentencia del 12 de noviembre de 2014 - exp. 27.986-, la misma providencia expresó que en vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación. Sin embargo, la Sala insistirá hará la siguiente precisión:

La expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “preclusivos y perentorios” es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno.

(...)

*En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. **No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen.** De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla – sin exceder el día de la adjudicación-. **Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede,** salvo que ella misma se lo amplíe, y con tal de que no afecte el procedimiento, lo cual seguramente valorará en términos de la ausencia de afectación al desenvolvimiento normal del proceso de selección.”⁸ (Resaltado propio)*

⁸ Consejo de Estado. Sentencia de 3 de junio de 2015 Exp. 31211. C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, el plazo para que los oferentes puedan subsanar los requisitos de las propuestas que no afectan la asignación de puntaje, no es hasta el momento de la adjudicación, ni a discreción del proponente, sino por el contrario, es dentro del plazo que la entidad pública determine, bien sea en los pliegos de condiciones o en un acto administrativo posterior y que en todo caso de ser anterior a la audiencia de adjudicación.

Como se puede observar, no existe en principio una razón de peso para realizar esta modificación, toda vez que la norma vigente es suficientemente clara en este aspecto. Sin embargo, en la medida en que existe una interpretación contraria que está siendo aplicada de forma generalizada, es necesario eliminar cualquier tipo de interpretación que afecte los principios de eficiencia y transparencia, por lo cual se propone modificar el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, obligando a los proponentes a entregar la información susceptible de subsanación dentro de un plazo perentorio, antes de la audiencia de adjudicación y únicamente a solicitud de la entidad contratante.

Finalmente, en el artículo 8 también se propone eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad de la oferta.

Aunque resulte extraña la anterior proposición, hoy en Colombia impera la posición según la cual, en la medida en que de la garantía de seriedad de la oferta no afecta de asignación de puntaje, su presentación, así como y la corrección de errores contenidos en esta, son susceptibles de subsanación hasta antes de la adjudicación de la oferta.

Esto ha generado, además de las precitadas prácticas colusivas, una desprotección del patrimonio público, por cuanto no existe un amparo del riesgo de retiro de la oferta por parte de los proponentes después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

En otras palabras, si la garantía de seriedad de la oferta no es presentada concomitantemente con la oferta y esta es retirada por el proponente, la entidad pública no contará con la póliza que le permita reclamarle al asegurador los perjuicios a ella generados, y por consiguiente, tanto el normal desarrollo del proceso de selección como los intereses de la se verán afectados negativamente.

Con fundamento en lo anterior, y con el fin de evitar malas prácticas por parte de los oferentes, en el parágrafo 3 del artículo 8 propuesto, se prohíbe la subsanación de la garantía de seriedad de la oferta, y su no presentación acarreará el rechazo de la propuesta.

Por último, en el artículo 8 también se opta por la eliminación del factor de calidad como elemento de escogencia del oferente.

Esta propuesta se fundamente principalmente por el uso indebido que se otorgó a este factor en los procesos de selección. Lastimosamente, han sido varios los procesos de selección en los cuales las entidades han utilizado este elemento para direccionar los procesos de selección, mediante la exigencia de requisitos desmedidos que únicamente pueden ser cumplidos por unos cuantos oferentes.

Por ello, en el numeral 2 de la norma en comento, se establece que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta el factor económico de escogencia y la ponderación precisa y

detallada del mismo contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad.

3.6. Validación y acreditación de experiencia adquirida por los proponentes a través de la celebración y ejecución de contratos de derecho privado, debidamente inscritos en el RUP.

El artículo final del proyecto de reforma, tiene por objeto crear un incentivo para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas de ingeniería.

Actualmente, no existe norma que obligue a las entidades contratantes a aceptar la experiencia que acrediten los proponentes, como resultado de la ejecución de contratos entre privados. La falta de este tipo de políticas, condena a las Pymes de ingeniería a cumplir un rol secundario en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura, por cuanto “carecen” de la experiencia solicitada por las entidades contratantes.

Para ser frente a esta situación, y en procura del fortalecimiento de estas empresas, desde la academia y desde el propio sector empresarial se han escuchado voces de aliento a favor de una política que promueva la aceptación de este tipo de experiencia en los procesos de selección.

Tanto es así que un estudio elaborado por la CCI y ANIF en 2014, denominado “*Las pymes de ingeniería y su papel en el sector transporte*”, concluye que el no reconocimiento de la experiencia adquirida como subcontratista es un factor definitivo para desincentivar la participación de pymes en proyectos de infraestructura en Colombia, por ello hace la siguiente recomendación:

“Conviene ajustar los mecanismos de subcontratación, de tal manera que dichas Mipymes puedan acreditar hacia el futuro la experiencia que han tenido en los diferentes proyectos, pues hasta la fecha tal experiencia ha quedado es en cabeza de quien las contratan;”⁹

En este mismo estudio, la CCI y ANIF encuentran que en el ámbito internacional este tipo de políticas son bastante comunes. Así, por ejemplo, en Estados Unidos “*en contratos superiores a US\$500.000 o mayores a US\$1.000.000, si se trata de la construcción de un bien público, los contratistas están obligados a desarrollar un plan de subcontratación que involucre, entre otras cosas, a empresas pequeñas. Este plan además debe contener métodos que aseguren que las empresas pequeñas pueden competir de manera equitativa con los demás subcontratistas (Federal Deposit Insurance Corporation, 2012).*”¹⁰

Como se puede observar, este artículo no es un mero capricho en favor de un sector específico, sino que por el contrario se trata la implementación de una política para el fortalecimiento empresarial que ya ha dado muy buenos resultados en otros países.

Es necesario tener en cuenta además, que contrario al pensamiento colectivo, el sector de la ingeniería se caracteriza por tener empresas de pequeño y mediano tamaño en un porcentaje

⁹ Las Pymes de Ingeniería y su Papel en el Sector Transporte. CCI-ANIF. 2013. Pág. 82.

¹⁰ Ibidem. Pág. 45.

superior al 90%¹¹. Por lo tanto, de no implementarse este tipo de medidas, en el mediano plazo las grandes empresas de ingeniería no darán abasto para suplir la demanda de ofrecimientos públicos, por lo cual, el rol de las Pymes de infraestructura será fundamental para superar el rezago que se presenta en el sector, pero ello sólo será posible si se acepta la experiencia de los subcontratistas adquirida en la celebración de contratos entre privados.

En los anteriores términos, el Gobierno Nacional presenta a consideración del honorable Congreso de la República el proyecto de ley a través del cual se dictan normas orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia y se dictan otras disposiciones, proyecto de especial importancia para el desarrollo del país y ruega a esa corporación iniciar su debate.

Cordialmente,

JORGE EDUARDO ROJAS GIRALDO
MINISTRO DE TRANSPORTE

¹¹ “En Colombia existen más de 845.000 empresas registradas en las Cámaras de Comercio. Si a éstas le sumamos 1.9 millones de personas naturales registradas, encontramos que el número total de empresas asciende a 2.7 millones. El 94.9% de estas empresas son micro, un 4.8% son Pymes y las grandes empresas sólo representan el 0.3% de la estructura empresarial” Ibídem. Pág. 19.