

Bogotá, 21 de septiembre de 2018

Doctora
ÁNGELA MARÍA OROZCO
Ministra
Ministerio de Transporte

Ciudad

MINISTERIO DE TRANSPORTE Tel: 3240800



No.20183210591122

Fecha Radicado: 2018-09-21 15:21:49

Destino: 600

RTE:Camara Colombiana De La Infrae

Anexos: Anexos: SN



Ref.: Observaciones generales a los documentos tipo para procesos de licitación de obra pública del sector transporte.-

Apreciada ministra y amiga:

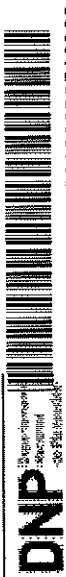
Para la Cámara Colombiana de la Infraestructura, CCI, y la Sociedad Colombiana de Ingenieros, SCI, es trascendental la participación en las mesas de trabajo lideradas por la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente, particularmente las realizadas durante el primer semestre de este año, las cuales contaron además con la participación de las entidades cabeza del sector transporte, y que tuvieron como objetivo principal, la materialización de los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obra pública, en el marco de las disposiciones del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018.

Es así como una vez revisados los documentos puestos a nuestra consideración por parte de Colombia Compra Eficiente, queremos reiterar nuestra preocupación por la indeterminación de algunos aspectos, que en nuestro criterio son esenciales y determinantes para la adecuada implementación del pliego tipo. A continuación, puntualizamos los aspectos más relevantes de nuestro análisis:

1. Sobre los requisitos contenidos en los documentos tipo:

- Indefinición de las reglas de subsanabilidad: hemos sido enfáticos e insistentes en señalar la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y correcta interpretación de los artículos 1 y 5 de la Ley 1882, en concordancia con la exposición de motivos de la misma y ante la realidad conflictiva que actualmente caracteriza los procesos de selección con ocasión de la indeterminación de carácter legal frente al alcance y término para subsanar propuestas.

Por lo tanto, consideramos esencial la adecuada y precisa definición de las reglas de subsanabilidad prevaleciendo el criterio de perentoriedad y preclusividad de los términos, en aras de generar seguridad jurídica para los escenarios que regularmente se presentan durante el desarrollo de los procesos de selección, situación que hoy no se refleja en los



Rad No.: 20186630516962

Fecha: 2018-09-24 11:20:42 Usr: Rad.: ILUQUE

Asunto: ENVIA COPIA DEL OFICIO DIRIGIDO A LA DRA. ANGELA MARIA OF

Destino: DIRECCION GENERAL DEL DEPARTAMENTO

documentos tipo. La CCI presentó una propuesta para atender esta preocupación, la cual esperamos sea acogida.

- Causales de rechazo: a lo largo de las mesas de trabajo hemos manifestado la necesidad de definir pautas precisas, evitando referencias abstractas o traídas de tipologías o modelos contractuales distintos a la obra pública o la consultoría para obra pública. En este sentido, consideramos necesario revisar la redacción de algunas causales de rechazo con el fin de armonizar su contenido a la modalidad de obra pública, así como al conocimiento de las entidades públicas que en Colombia contratan dicha tipología. Consideramos que los procesos de contratación de la ANI tienen una complejidad y alcance distinto al requerido para el ejercicio preciso en materia de obra pública, razón por la cual, para este caso aplicar sus reglas no es oportuno ni conveniente.
- Conflicto de interés: consideramos inconveniente la posibilidad otorgada a las entidades contratantes de definir causales puntuales de conflicto de interés, toda vez que permite la creación de nuevas causales de rechazo por parte de estas. Posibilitar a que sean las entidades quienes las definan, excede el marco de sus competencias y genera inseguridad jurídica. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no existe una definición legal aplicable a la contratación de infraestructura, por lo tanto, el decreto reglamentario o los documentos tipo no pueden exceder el marco y alcance normativo. La ley es clara en determinar las causales taxativas de incompatibilidad e inhabilidad, ese es el marco que debe mantenerse.
- Evaluación de los requisitos habilitantes: encontramos en diferentes apartes del pliego tipo y sus anexos (cronograma), la referencia a que la entidad tendrá la potestad de publicar el informe final de evaluación antes de la audiencia efectiva de adjudicación, o en el desarrollo de la misma. Al respecto, insistimos en la necesidad de blindar al pliego tipo de escenarios inciertos, particularmente en el proceso de evaluación, razón por la cual reiteramos la necesidad de hacer obligatoria la publicación del informe final de evaluación antes de la audiencia efectiva de adjudicación, para que todos los interesados en el proceso lo conozcan con la suficiente antelación y se garantice la transparencia del proceso.
- Experiencia: la definición adecuada y completa de los requisitos habilitantes, en particular los de experiencia, hace parte de la esencia de la estandarización de las reglas de selección, y son un elemento fundamental para evitar direccionamientos en los procesos mediante la interpretación o determinación de requisitos adicionales a los establecidos en la *Matriz 1 – Experiencia*. Es necesario, por lo tanto, realizar una nueva revisión a los alcances allí determinados, y ajustar las definiciones establecidas en el *Anexo 3 – Glosario*, de manera que sean coherentes con toda la estructura del pliego y la matriz.

De igual manera, es importante determinar si la matriz de experiencia debe dar alcance a proyectos orientados a atender la infraestructura de transporte en todos sus modos, por ejemplo, definir si los proyectos de obra pública que hoy contrata la Aerocivil para mantener la infraestructura aeroportuaria a su cargo, finalmente se verán reflejados en el contenido de los documentos tipo, teniendo en cuenta que hoy es el único modo ausente en los pliegos.

- Por otro lado, frente a la afirmación que la *“Entidad tendrá en cuenta la experiencia individual de los accionistas, socios o constituyentes de la sociedad hasta los tres (3) años de constituida”*, consideramos que la misma desconoce principios constitucionales y legales. La norma que regula dicha situación no es clara. Interpretarla en el sentido referido desconocería los derechos constitucionales a la libertad de empresa y libre asociación (art. 333 y 38 C.P.) toda vez que los particulares tienen derecho a definir la forma en la que ejercen las actividades económicas, esto es a través de personas jurídicas o como personas naturales.

La interpretación propuesta en los documentos revisados, implica que una persona jurídica que se encuentra ejecutando un determinado contrato al que accedió por la experiencia de sus socios, no podría presentarse a otros procesos por falta de experiencia, por lo tanto, se llegaría a un escenario donde la empresa que acreditó la experiencia para ejecutar un determinado contrato estatal, concomitantemente no podría participar en otros procesos y ejecutar más proyectos, situación que no tiene ningún sentido.

A nuestro juicio, dicha interpretación es un desincentivo a la formalización empresarial, ya que sería preferible seguir contratando como persona natural que como persona jurídica para poder acreditar la totalidad de la experiencia, o incentivaría la creación indiscriminada de empresas de papel con el objetivo de ganarse los contratos.

- Anticipo y capital de trabajo: la fórmula incorporada en los documentos revisados no corresponde con los acuerdos alcanzados en el marco de la mesa de trabajo para la construcción de los documentos tipo, razón por la cual, desde el gremio reiteramos la propuesta que en su momento presentamos y sustentamos ante todos los participantes de la mesa, y sobre la cual se llegó a un consenso, ya que correlacionaba el requisito de capital de trabajo, con el porcentaje de anticipo que la entidad puede otorgar conforme lo permite la ley.

En este sentido, la propuesta es clara al señalar que en todos los casos se debe asignar un porcentaje de anticipo o pago anticipado, resaltando que estos recursos se emplean en los costos de movilización de personal y equipo al sitio de las obras, la construcción de campamentos, el pago de pólizas exigidas por la entidad contratante y diversos gastos necesarios para iniciar labores. Además, los subcontratistas especializados exigen anticipos una vez se firman los respectivos subcontratos ya sea para suministro de materiales o la ejecución de obras especializadas.

De igual manera, no se puede desconocer que existe la obligación por parte del contratista de constituir una póliza de buen manejo del anticipo expedida por una compañía de seguros aprobada por la entidad contratante del proyecto. Además, todos los contratos contienen cláusulas especiales encaminadas a proteger los recursos asociados al proyecto, que incluyen limitaciones al uso de ese dinero, con la aprobación previa de un plan de inversión del anticipo, manejado en la fiducia que la propia Ley 1474 estableció para su administración.

- Criterios de evaluación: en la última versión del documento, se modifican los valores determinados como puntaje máximo para cada uno de los conceptos a evaluar (oferta económica, apoyo a la industria nacional, factor de calidad, etc.) y se establecen en términos de porcentaje. Consideramos que el pliego tipo debe fijar valores absolutos, con el propósito de establecer reglas claras y uniformes en todos los procesos de selección para obra pública, y guardar total coherencia con los demás apartes del pliego.
- Determinación del método para la ponderación de la propuesta económica: reiteramos la inconveniencia de incorporar el “menor valor” como método para la evaluación de la oferta económica, debido a que puede llevar a la presentación de ofertas artificialmente bajas, poniendo en grave riesgo la ejecución de los contratos. Este hecho podría agravarse en aquellos procesos donde las entidades contratantes no realizan la adecuada maduración de los proyectos y estiman presupuestos con un muy alto nivel de incertidumbre, que de ninguna manera se compadecen con el alcance de las obras a ejecutar.

De igual forma, encontramos una preocupante modificación en las reglas para establecer el método de ponderación de la oferta económica, ya que no se determinará con la TRM que rija el día previsto para la instalación de la audiencia efectiva de adjudicación como insistimos en las mesas de trabajo, sino que por el contrario se anticipó al día anterior a la fecha prevista para la audiencia de adjudicación, procedimiento que en el pasado demostró pocas garantías de transparencia en los procesos de licitación pública.

- Factor de calidad: en términos generales es necesario fortalecer el menú de opciones e incorporar otras propuestas que garanticen la mayor objetividad al momento de asignar este puntaje.

En este sentido, queremos proponer como nueva opción, la suscripción de un compromiso por parte del representante legal de cada uno de los oferentes, de entregar un plan de calidad para la obra a ejecutar en cumplimiento con los estándares de calidad vigentes previo a la firma del contrato en caso de resultar adjudicatario del mismo. De esta manera, se podrá obtener el máximo puntaje con la suscripción de ese compromiso, y al oferente que no lo suscriba, se le asignará cero puntos.

- Vinculación de personal local: desconocemos la justificación de los porcentajes propuestos. Se llama la atención sobre la incidencia que estos pueden tener cuando los proyectos se ejecutan en regiones apartadas donde existen otras actividades más lucrativas para el personal local ej. minería. La vinculación de personal local debe tenerse en cuenta como obligación contractual y no como factor puntuable.
- Porcentaje de imprevistos: para el gremio resulta esencial que los pliegos para obra pública reconozcan la realidad del sector con la inclusión de los conceptos de Administración (A), Utilidad (U) e Imprevistos (I). En relación con los imprevistos, se propuso definir un valor como porcentaje mínimo, atendiendo experiencias del pasado donde entidades contratantes desconocen esta partida, situación que conlleva al desequilibrio económico del contrato. Razón por la cual, recalamos la importancia de incluir un porcentaje mínimo

fijo en los pliegos tipo. Debemos entender la complejidad y naturaleza de los contratos de obra pública, donde estos aspectos son ordinarios, razón por la cual deben incluirse.

- Anexo técnico: este documento refiere aspectos que nunca fueron discutidos en la mesa de trabajo y que nos generan gran preocupación, particularmente los contenidos de los numerales 6 y 7, razón por la cual consideramos necesario reevaluar estas disposiciones.
- Glosario: se evidenciaron ajustes significativos sobre el documento base analizado, los cuales tienen implicaciones relevantes en la coherencia y armonía de todo el esquema propuesto. Así las cosas, se considera necesario revisar y ajustar los conceptos que no corresponden con infraestructura de transporte y que hoy generan gran confusión al incluirlos dentro de este anexo.

2. Sobre la implementación del decreto reglamentario:

- Comisión asesora permanente: teniendo en cuenta el reto que implica la adecuada implementación del pliego tipo, así como su cardinal importancia para que surta los efectos deseados, desde el gremio reiteramos la propuesta referente a la instalación de una Comisión Asesora que de manera permanente acompañe la implementación del pliego tipo, para que a través de un trabajo mancomunado entre el sector público y el sector privado se capitalice la experiencia técnica, jurídica y financiera de cada uno de los actores mencionados.
- Desarticulación con la Circular Externa Única expedida por Colombia Compra Eficiente: observamos con preocupación que la inminente reglamentación del pliego tipo no se articuló con lo dispuesto en la recién expedida Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente.

Se evidenciaron disposiciones que incluso son contrarias a lo dispuesto en los documentos tipo, las cuales fueron observadas en la oportunidad definida para ello. Así las cosas, sugerimos una revisión de dicho documento en aras de garantizar la articulación adecuada entre las reglas definidas por Colombia Compra Eficiente tanto en la Circular Externa Única, como en la reglamentación del pliego tipo.

- Documentos tipo aplicables a la plataforma del SECOP II: reconociendo las dinámicas de la contratación pública actual, consideramos de la mayor importancia estructurar un pliego tipo que se adecúe a la operación del SECOP II, por cuanto es una plataforma transaccional que permite realizar todo el proceso de contratación en línea, garantizando entre muchos otros beneficios, la total transparencia en su desarrollo hasta el momento de la adjudicación.
- Es necesario establecer un periodo de socialización considerable, el cual permita hacer una pedagogía adecuada tanto al sector público como privado.

- Deben considerarse herramientas que permitan ajustar de manera flexible y oportuna los documentos tipo, contar con personal disponible y capacitado para atender los requerimientos e inquietudes de las entidades y del sector privado. Debemos hacer todo lo que esté a nuestro alcance para que la implementación del pliego tipo sea adecuada, oportuna y eficaz.

Apreciada ministra:

Para la CCI y la SCI, la lucha contra la corrupción es un pilar fundamental de nuestra actividad gremial. Los últimos resultados de nuestros observatorios evidenciaron que, en la vigencia 2017, los municipios del país entregaron contratos a únicos oferentes en el 85% de sus procesos de selección. No es sustancial la diferencia en las gobernaciones, donde en el 64% de los casos, sus procesos de selección llegaron con un único oferente habilitado a la adjudicación.

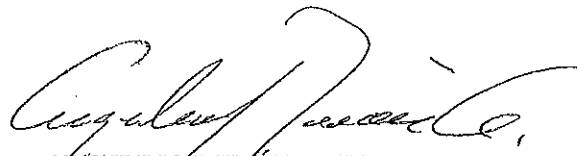
Es nuestra responsabilidad manifestar la gran preocupación que nos atañe, en cuanto al lento proceso de concertación, consolidación, socialización y expedición del decreto reglamentario y sus documentos tipo, teniendo en cuenta que la Ley 1882 fue sancionada el pasado 15 de enero de 2018. Lamentablemente nos enfrentamos a una situación donde, la única posibilidad de detener el desangre de las finanzas públicas en el sector de la infraestructura, es la pronta expedición de esta reglamentación, que impedirá el direccionamiento de los contratos. Es un clamor general de los empresarios de la ingeniería, a quienes esta problemática les imposibilita participar en franca competencia por la obtención de los negocios, no solo frenando su fortalecimiento y crecimiento, sino aún peor, llevándolos al cierre de sus empresas y de su actividad profesional.

El país no da espera en esta materia, y es por estas razones que acudimos a usted y a sus buenos oficios, para que fijemos en conjunto un cronograma de trabajo que garantice esta reglamentación a la brevedad posible. Ponemos a su disposición toda nuestra capacidad organizacional, en materia técnica, financiera y jurídica para cumplir con este objetivo.

Cordialmente,



JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo CCI



ARGELINO DURÁN ARIZA
Presidente SCI

C.C. Directora General del Departamento Nacional de Planeación – Gloria Amparo Alonso
Calle 26 # 13-19, Edificio Fonade, Bogotá D.C.