



CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

PRSCI No. 20-0669
CCI No. 20188

Bogotá D.C., 25 de agosto de 2020

Doctor

JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA

Director General

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Ciudad

Ref.: Versión 2 pliegos tipo de obra pública – respuesta a su comunicación del 14 de agosto de 2020.-

Respetado Sr. Director,

La Sociedad Colombiana de Ingenieros y la Cámara Colombiana de la Infraestructura, en reiteradas oportunidades, se han pronunciado sobre la inconveniencia de la versión 2 de los documentos tipo para la contratación de obras públicas de infraestructura de transporte. Las razones que han respaldado nuestros argumentos son los principios que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han fijado para la actividad contractual de la administración pública; así como el respeto por las reglas para una participación equitativa de las micro, pequeñas y medianas empresas de ingeniería en los procesos licitatorios.

En procura de garantizar la libertad de empresa, hemos señalado la importancia de que los documentos tipo no incluyan condiciones que, a mediano y largo plazo, se constituyan en factores que restrinjan la participación de las aludidas compañías de ingeniería en el sistema de compras públicas.

En este orden de ideas, los factores de calidad establecidos en la versión 2 de los pliegos tipo, sin contar con soporte técnico-financiero alguno, y desconociendo el deber de planeación, imponen la presentación de ofertas incluyendo compromisos que muy seguramente no estarán reflejados en los presupuestos oficiales de las entidades públicas. De esta forma, la utilidad de los contratos en muchos casos llegará a valores negativos. Todo esto impacta no solamente la estabilidad empresarial, sino el interés general, la responsabilidad de las interventorías, y el control por parte de las entidades contratantes.

En consecuencia, esta comunicación se fundamenta en dos consideraciones principales, a partir de su respuesta del 14 de agosto de 2020: i) los factores de calidad establecidos en la versión 2 de los documentos tipo, y ii) la visita técnica al sitio de las obras como requisito habilitante.

I. Los factores de calidad en la versión 2 de los documentos tipo

La Agencia Nacional de Contratación ha señalado que la calidad, en la contratación pública, *está relacionada con: (i) la conformidad del producto con sus especificaciones o requerimientos y (ii) la satisfacción de la necesidad, por lo cual, es importante que las Entidades Estatales definan adecuadamente las propiedades*

PRSCI No. 20-0669

DOCTOR JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Página 1 de 7

Bogotá D. C., sede Julio Garavito • carrera 4 # 10 - 41 • conmutador: (571) 5550520

E-mail: presidencia@sci.org.co • www.sci.org.co



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

que debe tener el producto final y la forma en que deben ser medidas o comprobadas. Cualquier criterio de calidad del que la Entidad Estatal haga uso debe ser referido al producto ofrecido y no al proponente, por lo tanto, los criterios deben ser objetivos, medibles y acordes a la Ley.”

Este acertado concepto de Colombia Compra Eficiente,¹ enfatiza que la calidad se predica de las características del bien o servicio que se contrata, y no de las particularidades de los proponentes y sus ofertas. Es decir, la calidad no tiene relación alguna con criterios de conveniencia.

Analizados los tres factores de calidad establecidos en la Resolución 116 de 2020 –garantía adicional por cuenta del contratista, cuadrillas de trabajo adicionales a costo y riesgo del contratista y mantenimiento rutinario– la conclusión es que corresponden a criterios de conveniencia y no a factores de calidad. Veamos por qué:

a) Garantía suplementaria o adicional por cuenta del contratista

El propósito de la garantía de estabilidad de obra es el de amparar una infraestructura terminada y recibida a satisfacción por parte de la entidad estatal.² En otras palabras, es el aseguramiento sobre un bien respecto del cual su proceso de producción ha culminado. En consecuencia, la garantía de estabilidad no es un factor que incentive mayor calidad de las obras, porque en nada influye en el proceso productivo de la misma.

Por ende, un amparo adicional al mínimo legal, no promueve el mejoramiento de las condiciones de calidad de las obras.

b) Las cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista.

En este caso la única ventaja hipotéticamente medible en la ejecución de una obra podría ser que el contrato se ejecute en menor plazo. Al respecto, no debe perderse de vista que el numeral segundo del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 prohíbe que, en los contratos de obra pública, el menor plazo sea objeto de evaluación.

Desde la experiencia ingenieril, es posible afirmar que mayores cuadrillas de trabajo no ofrecen como resultado el mejoramiento de las especificaciones técnicas que determinan la calidad de la obra a ejecutar.

c) Mantenimiento rutinario

El mantenimiento rutinario es una actividad posterior al proceso constructivo de las obras. Ciertamente, actividades de limpieza, verificación de cunetas, correcciones menores de los componentes estructurales, entre otros, son posteriores a la ejecución de las obras, y obedecen al deber de cuidado que se predica del propietario de estas, y no al mejoramiento de la calidad de los bienes que se ejecutan a través de contratos de obra pública.

¹ Concepto número 4201814000008205.

² Artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015.



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

Por otra parte, analizando los términos de su respuesta, es necesario mencionar que el establecimiento de factores de calidad en poco o nada se relaciona con el principio de igualdad de participación de los oferentes en un proceso público de selección de contratistas.

Desconocemos los argumentos o razonamientos de tipo jurídico por los que Colombia Compra Eficiente considera que las exigencias adicionales materializan el principio de igualdad en la contratación, toda vez que estos nuevos criterios no promueven un tratamiento igualitario entre los proponentes.

Por el contrario, la exigencia de los “factores de calidad” aludidos, a costo y riesgo de los futuros contratistas, imponen una carga económica sin que exista la correlativa contraprestación por parte del Estado, asunto sobre el cual profundizaremos más adelante. En este sentido, lo que incentiva Colombia Compra Eficiente es que las empresas con mayor músculo financiero puedan obtener los puntos otorgados por el factor de calidad, en desmedro de las micro, pequeñas y medianas empresas que trabajan a lo largo y ancho del territorio nacional, en obras municipales y departamentales, y que no cuentan con el flujo de caja para comprometerse, sin recibir la remuneración correspondiente, a realizar mantenimientos rutinarios o implementar cuadrillas de trabajo adicionales o asumir el costo del aseguramiento de la calidad de obras por un plazo superior al establecido en la legislación vigente.

Sea esta la oportunidad para señalar la grave situación que causó al sistema de compra de obras públicas la agencia nacional de contratación que usted dirige, cuando, a través de la Resolución 0045 de 2020, estableció la exigencia de ofrecimientos a título de factores de calidad, sin limitación razonable, relacionados con cuadrillas de trabajo adicionales, mantenimientos rutinarios y aseguramientos adicionales a los exigidos por las disposiciones legales. Durante la vigencia de dicha resolución, el mercado estuvo forzado a comprometerse con una cantidad desproporcionada de obligaciones sin contraprestación por parte del comprador (entidades estatales).

En la referida resolución, la asignación del puntaje por ofrecer el factor de calidad era evaluado con una fórmula donde se asignaba el puntaje máximo en función del ofrecimiento más alto propuesto a la entidad contratante, sin que se delimitara de manera alguna la magnitud que pudieran alcanzar estos compromisos, lo cual causaba una falla en el mercado, habida cuenta de la exorbitancia en los ofrecimientos de los proponentes para obtener el máximo puntaje.

Esta situación tampoco resultaba coherente con el criterio de la agencia de contratación en la respuesta a una consulta elevada el 22 de junio de 2017, según la cual los “ofrecimientos de extensión ilimitada, hace referencia a que los proponentes y futuros contratistas no se obliguen a realizar actividades que sean imposibles de cumplir”.³

Lo anteriormente expuesto se traduce en que los pliegos tipo elaborados por Colombia Compra Eficiente, en punto de los factores de calidad, vulneraron, de manera flagrante, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“[En los pliegos de condiciones]

³ Respuesta a consulta número 4201714000003066.



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

*Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas **y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada** o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.” (Énfasis añadido).*

Ahora bien, la nueva Resolución 116 de 2020, tampoco corrige el incumplimiento de las directrices normativas contenidas en el estatuto de contratación de la administración pública, como detallamos a continuación.

Resulta de especial preocupación la siguiente afirmación hecha en su comunicación: “¿No es de la esencia misma de una licitación... la generosidad de un oferente en beneficio de la Administración para convertirse en adjudicatario? Al respecto, es imperativo señalar que, en la contratación estatal, la generosidad no es un principio, ni un deber, ni un criterio de selección de contratistas.

Por el contrario, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, fundamento del Estado de Derecho, la oferta más favorable para las entidades contratantes se deriva del principio de selección objetiva, el cual, a su vez, se relaciona con la idoneidad del proponente y con la escogencia de la propuesta que mejor pondere factores como el cumplimiento, la experiencia, la organización, el plazo y el precio. También es necesario recordar que, en materia de las prestaciones contractuales, la regla predominante es la conmutatividad y el derecho que tiene el contratista a recibir una remuneración por el bien, obra o servicio ejecutado, de conformidad con el objeto del contrato.

En consecuencia, no es de recibo pretender justificar, bajo la consigna del interés general, el desconocimiento de principios y presupuestos que integran la contratación pública. Los factores de calidad de la versión 2 de los documentos tipo, contrarían el carácter conmutativo de los contratos estatales, al imponerle al mercado, como condicionante para la obtención del puntaje, ofrecer obligaciones que no serán remuneradas por la entidad contratante. El Consejo de Estado ha definido con bastante sencillez el concepto de la conmutatividad: *significa que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte.*⁴

Por lo anterior, obligar al mercado a generar ofrecimientos sin remuneración correlativa por parte de las entidades estatales, se constituye en un incentivo perverso para que los proponentes se comprometan a realizar actividades que no puedan cumplir durante la ejecución del contrato, afectándose así, el interés general. Muy seguramente se presentarán más controversias contractuales por incumplimientos, como consecuencia de la errada instrumentalización por parte de la agencia de contratación de los factores de calidad en los pliegos tipo. La equivalencia justa entre el precio del contrato y las obligaciones a ejecutar por el adjudicatario es de la esencia de la contratación estatal.

II. La visita técnica al sitio de las obras como requisito habilitante

Con ocasión de la publicación para comentarios de la versión 2 de los documentos tipo, señalamos que los lineamientos incluidos por la agencia de contratación sobre la visita técnica al sitio de las obras establecen un nuevo requisito habilitante para los procesos de selección de contratistas de obra pública, situación que se opone al régimen constitucional, por cuanto pretende regular materias que son competencia del legislador, conforme al artículo 150 de la Constitución.

⁴ Sección tercera, subsección B, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, 31 de agosto de 2011, radicado18080.



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

En efecto, Colombia Compra Eficiente defiere a las entidades estatales la decisión de establecer si es obligatoria o no la visita técnica al sitio de las obras, de conformidad con sus propios criterios, durante la fase de planeación de los proyectos. De esta forma, al permitirle a las entidades contratantes definir autónomamente la obligatoriedad de esta actividad, la agencia que usted dirige, convierte a tales entidades en determinadoras de requisitos habilitantes diferentes a los establecidos en la legislación vigente.

En efecto, el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, establece:

“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”.

Como se observa, la visita al sitio de las obras no es un requisito habilitante objeto de verificación, consagrado en las normas aplicables.

Al respecto, los gremios de la infraestructura y de la ingeniería advertimos que fijar la visita técnica al sitio de las obras como un requisito habilitante es abiertamente contrario al artículo 5° de la Ley 1150 y revive malas prácticas que, justamente, los documentos tipo deben corregir.

Para mayor claridad, es importante recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los requisitos habilitantes:

“Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato. Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado. (...) Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación.”⁵

En cuanto a la visita técnica al sitio de las obras, el alto tribunal ha precisado que, en ningún caso, puede ser considerada como un requisito habilitante. A continuación, se transcriben los apartes pertinentes de la más reciente decisión judicial al respecto:

“En este orden de ideas, para la Sala resulta claro que no es posible concebir a la visita técnica como uno de aquellos requisitos que hacen parte de las condiciones habilitantes o relativas al proponente según lo prevé el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues con ella no se acredita ni la experiencia ni la capacidad jurídica o financiera del proponente, ni mucho menos sus condiciones de organización. No se trata, en definitiva, de una exigencia que dé cuenta de la capacidad del contratista para participar en el proceso de

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). 20 de mayo de 2010.



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

*selección. Además, no es un requisito que pueda ser verificado mediante consulta del registro único de proponentes.*⁶

Este precedente es de la mayor relevancia, toda vez que alude al punto central de la discusión, esto es, qué debe entenderse como requisito habilitante y, en sentido negativo, qué no debe entenderse como tal. El análisis es fundamental para dar claridad al sentido del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, independientemente del tipo de proceso de selección respecto del cual se refirió el Consejo de Estado.

En la misma línea del alto tribunal, las recomendaciones de la Procuraduría General de la Nación para la elaboración de estudios previos señalan:

“El artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 prevé que los requisitos de verificación o habilitantes deben acreditar la capacidad de los oferentes para ejecutar de forma satisfactoria, al mejor precio y con la mayor calidad posible, la necesidad de la entidad. En este sentido no resulta comprensible ni ajustado a la ley que las entidades públicas establezcan “visitas técnicas obligatorias” al lugar de ejecución del contrato.

*Se debe recordar que la no asistencia de un interesado a la visita programada no compromete su capacidad para efectuar un ofrecimiento.”*⁷

A lo anterior, ha de agregarse que la visita técnica al sitio de las obras tampoco guarda coherencia con las definiciones previstas en los manuales de Colombia Compra Eficiente donde establece que: “...los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia...Los requisitos habilitantes siempre se refieren a las condiciones de un oferente y nunca de la oferta.”.

Vale la pena recordar que programas de infraestructura tan importantes para el país, como la cuarta generación de concesiones viales o las vías de la prosperidad, se contrataron sin que la Agencia Nacional de Infraestructura o el Instituto Nacional de Vías, dispusieran en sus pliegos de condiciones la visita técnica al sitio de las obras como un requisito obligatorio.

Por lo anterior, vemos con extrañeza que se descalifiquen los argumentos expuestos por los gremios que representan a la ingeniería y sus empresas, particularmente, las pequeñas y medianas. Las asociaciones que presidimos son organizaciones con experiencia calificada en materia de construcción de infraestructura en el país, y el propósito de nuestras observaciones, ha sido el de contribuir a la elaboración de documentos tipo técnicos, objetivos, pertinentes y respetuosos de la normatividad, que promuevan las buenas prácticas y eviten las fallas de mercado que se puedan derivar de actividades de competencia desleal entre los actores de la contratación de obras.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Magistrado Ponente Jaime Enrique Rodríguez. Sentencia del 31 de mayo de 2019, radicación 11001-03-26-000-2011-00065-00(42282).

⁷ Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>



CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA



Sociedad Colombiana de Ingenieros
Presidencia

Agradecemos de antemano que se proceda a analizar de manera objetiva y constructiva esta comunicación, y a entender que las solicitudes de estos y otros gremios están sustentadas en la experiencia, la pertinencia y la normatividad; finalmente, reiteramos nuestra disposición a continuar trabajando en defensa de la transparencia, la pluralidad de oferentes y la selección objetiva en la contratación de bienes y servicios públicos.

En síntesis, Dr. O'Meara, por estas consideraciones y otras anteriormente expuestas, reiteramos nuestra respetuosa solicitud para reformular integralmente los criterios de calidad incluidos en la versión 2 de los documentos tipo, por cuanto se está causando un daño irreparable a las micro, pequeñas y medianas empresas de ingeniería, las cuales son esenciales para la reactivación económica del país en momentos de gran dificultad.

De no corregirse esta situación, asistiremos al cierre masivo de las empresas y sus funestas consecuencias: desaparición de empleos, truncamiento del talento empresarial y decrecimiento económico regional como consecuencia de políticas contractuales equivocadas que, a todas luces, desnaturalizan la actividad de la contratación de obra pública y el ejercicio de la ingeniería.

Confiamos, en esta ocasión, obtener de su Despacho una respuesta favorable.

Con todo comedimiento,

GERMÁN PARDO ALBARRACÍN
Presidente
Sociedad Colombiana de Ingenieros

JUAN MARTÍN CAICEDO FERRER
Presidente Ejecutivo
Cámara Colombiana de la Infraestructura