

Bogotá D.C., 17 de marzo de 2020

Señor
Ciudadano Anónimo
Ciudad.

Temas: Documentos tipo — Versión 2— Observaciones
Radicación: Respuesta a consulta # 4202013000001399

Estimado señor Ciudadano,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde la petición anónima No. 284992020, remitida mediante radicado No. 4202013000001399 de 25 de febrero de 2020, por la Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

En la petición de la referencia se formulan una serie de reparos sobre la Versión 2 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte, implementados por esta Agencia a través de la Resolución No. 045 del 14 de febrero de 2020. Dichos reparos giran principalmente en torno a las modificaciones realizadas en la versión final de los mismos respecto del borrador publicado para observaciones entre el 21 de diciembre de 2019 y el 20 de enero de 2020, de conformidad con el artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011. A continuación, se abordan cada uno de los puntos de la petición:

1. Regulación de anticipos

El párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 se refiere a la posibilidad de pactar anticipos y pagos anticipados en los contratos que celebren las entidades estatales, estableciendo una limitación en cuanto a su monto, el cual «no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato».

Por su parte, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 trae una regulación específica para los *anticipos* que se pacten en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, estableciendo que para estos contratos el contratista «deberá



constituir una fiducias o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía».

El Decreto 1082 de 2015, en el numeral 7 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, hace referencia a «la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo» como uno de los aspectos que debe ser determinado en el pliego de condiciones. Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.4.1, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, regula la constitución de patrimonios autónomos para el manejo de anticipos, estableciendo que es obligación del contratista celebrar un contrato de fiducias mercantil con una sociedad fiduciaria autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a quien se le entregará el valor del anticipo.

En armonía con estas disposiciones, en la Versión 1 de los Documentos Tipo para procesos de licitación de obra pública para infraestructura de transporte, adoptados por la Resolución No. 1798 de 2019, no se incluyó ninguna restricción o regla específica respecto del pago de anticipos, más allá de ser referidos en el capítulo VIII del «Documento Base o Pliego Tipo» y en la cláusula 6 del «Anexo 5—Minuta del contrato», como una de las condiciones a ser acotadas en este último documento.

Ahora bien, en la Versión 2 de estos Documentos Tipo, implementados por la Resolución No. 045 de 2020, tampoco se incluyeron restricciones respecto de la posibilidad de pactar anticipos o pagos anticipados; sin embargo, se incluyeron algunas reglas a través de las cuales las entidades pueden regular en sus pliegos de condiciones el manejo de los anticipos, las cuales están previstas en el numeral «8.3. ANTICIPO Y/O PAGO ANTICIPADO» del «Documento Base o Pliego Tipo» y en la cláusula 6 del «Anexo 5 — Minuta del contrato».

Entre estas reglas encontramos la relativa a que «La iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no están supeditadas en ningún caso a la entrega del [anticipo y/o pago anticipado]», así como la que hace referencia a que «Los rendimientos financieros que genere el anticipo entregado por la Entidad serán reintegrados mensualmente en la cuenta que para el efecto se indique», o la que indica que «El [anticipo y/o pago anticipado] se tramitará previa solicitud del Contratista y aceptación de las condiciones de la Entidad para su entrega. En todo caso el [anticipo y/o pago anticipado] estará sujeto a la disponibilidad de cupo en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC)», entre otras.

La razón de la inclusión de estas reglas no es otra que brindar a las entidades estatales mecanismos que le permitan realizar un eficiente manejo de sus anticipos y pagos anticipados, posibilitando que el mismo se encuentre acorde con las disposiciones legales

y reglamentarias que lo regulan, sirviendo, además, para evitar inconvenientes durante la ejecución del contrato.

En ese sentido, las reglas para el manejo anticipos y pagos anticipados, establecidas en la cláusula 6 del «Anexo 5 — Minuta del contrato», de la Versión 2 de los Documentos Tipo, constituyen alternativas entre las que pueden escoger las entidades estatales, optando por las que estimen más convenientes para regular sus contratos, siempre y cuando las mismas se encuentren en armonía con las restricciones establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011, al igual que lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015.

2. Visita al sitio de la obra

Usted expresa que no está de acuerdo con que los documentos exijan este requisito como obligatorio, dado que para usted esto constituye un retroceso al volverse a un mecanismo de «amarre».

Consideramos que, como resultado de las observaciones recibidas de la ciudadanía, entre el 21 de diciembre de 2019 y el 20 de enero de 2020, se modificó la exigencia inicialmente propuesta en el «Documento Base o Pliego Tipo» y se incluyó la visita de la obra como potestativa de la entidad, quien de acuerdo con la complejidad del objeto contractual debe evaluar si la requiere o no y su obligatoriedad. De requerirla, la entidad lo justificará en los estudios previos, y debe ceñirse a las reglas objetivas que prevén los Documentos Tipo, donde se establecen reglas para su realización, mediante las cuales se evita su utilización para prácticas indebidas.

Sobre la capacidad de exigir el examen del sitio de la obra en los pliegos de condiciones como requisito para presentar la oferta, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de junio de 2008, se pronunció sobre su legalidad. Señaló que esta exigencia busca garantizar la consistencia económica de las ofertas, así como la cumplida ejecución del objeto contractual y, por lo tanto, es posible incluirla en los pliegos de condiciones. Además, dispuso que es una medida idónea, necesaria y ponderada para lograr la finalidad propuesta, que es estructurar cabalmente la oferta presentada:

Cosa diversa hubiere sido que el pliego de condiciones hubiere señalado que los oferentes estarían en la obligación de visitar la zona de las obras con el propósito de identificar las fuentes de materiales utilizables, partiendo de que la Administración las desconoce, pues entonces sí la exigencia de los pliegos descargaría de forma manifiestamente desproporcionada e irrazonable en el proponente, la obligación que de realizar los estudios previos respectivos radica en cabeza de la entidad contratante. Pero como no es eso lo que ocurrió en el asunto sub examine y la Administración sí observó los lineamientos trazados por el principio de planeación, si bien se mira, la previsión en torno a la visita a la zona de las obras, en el presente caso se constituye en una exigencia razonable



enderezada a garantizar la consistencia técnica y económica de las ofertas, así como la cumplida ejecución del objeto contractual, con lo cual no se trata de una imposición carente de toda justificación jurídicamente atendible no infringe, por tanto, el principio de interdicción de la arbitrariedad, tampoco resulta desproporcionada es una alternativa idónea, necesaria y ponderada en aras de la consecución de la finalidad propuesta y, habida cuenta de que impone, con carácter general, una carga a los particulares, carga que se orienta a una finalidad constitucional y legalmente prevista, de superior entidad, resulta plenamente razonable (cursiva fuera de texto) ¹.

Por su parte, en la sentencia del 28 de junio de 2019, el Consejo de Estado reconoció que la visita tiene como propósito que quienes quieran proponer conozcan, como parte de las condiciones del negocio, el lugar físico donde el contrato será ejecutado. Determinó sobre su trascendencia que:

[...] no sólo tiene trascendencia durante el procedimiento precontractual, sino que incide en las etapas ulteriores a este, a tal punto que, si el contratista desde esta etapa conocía de las situaciones que presentaba el terreno en donde se construiría la obra o se prestaría el servicio resulta improcedente cualquier reclamación posterior fundada en situaciones de las que, con la visita realizada al sitio de las obras, debía estar informado².

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado reconoce la importancia de establecer en los pliegos de condiciones la exigencia de visitar la obra y la capacidad de las entidades de fijarla como requisito habilitante. Lo anterior, porque garantiza que los oferentes conozcan e inspeccionen la zona para investigar la disponibilidad de los materiales de construcción, mano de obra, transporte y las fuentes de abastecimiento de materiales para su explotación y elaboración de agregados, lo cual permite que cuenten con mejor información sobre sus capacidades reales para ejecutar la obra.

A pesar de lo anterior, tanto el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como los órganos de control han reprochado a las entidades por establecer condiciones arbitrarias al exigir la visita de la obra. Así, en sentencia del 14 de febrero de 2018 el Consejo de Estado reprochó que *solo la pueda realizar el representante legal* de la persona jurídica, por ser una medida desproporcionada que limita la posibilidad que la sociedad actúe a través de un mandato o de representación. De esta forma, se reconoce que si bien la vista de la obra garantiza estructurar ofertas idóneas, en ningún caso se podrá

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Expediente No. 8431. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de junio de 2019. Expediente No. 42.326. Consejero Ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas

utilizar para descalificar una oferta por exigir que la deba realizar el representante legal de la persona jurídica³.

Asimismo, en la sentencia del 28 de junio de 2019, el Consejo de Estado reconoció que la exigencia de la *presentación personal del poder* para participar en la visita de la obra es una exigencia desproporcionada que limita la participación de los oferentes⁴.

Con base en lo anterior, la exigencia de la visita de la obra es viable y útil siempre y cuando se fijen reglas claras y proporcionales que eviten el direccionamiento de los contratos. En este sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, y con el fin de atender las preocupaciones expresadas por la ciudadanía, estableció en la segunda versión de los Documentos Tipo las siguientes reglas, para evitar un uso desproporcionado e irracional:

- i) La entidad incluirá este requisito cuando en los estudios previos se justifique su necesidad.
- ii) Desde la publicación del «proyecto de pliego» de condiciones se debe definir si es obligatorio o no asistir a la visita, esto significa que no es posible incluirla desde el «pliego definitivo».
- iii) Se exige con el propósito de que los proponentes realicen todas las evaluaciones y estimaciones necesarias para presentar la oferta, sobre la base de un examen cuidadoso, de manera tal que tengan en cuenta el cálculo de los aspectos económicos del proyecto, incluyendo todos los costos directos e indirectos que implique cumplir el contrato, con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo, de acuerdo con su estimación y distribución, la Entidad establecerá en el cronograma del proceso la fecha y hora para realizar la visita al sitio de la obra.
- iv) No es necesario que quien asista sea el representante legal de la persona jurídica o la persona natural que presentará la oferta, por lo que se podrá encomendar la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple, suscrita por alguno de aquellos, sin necesidad de autenticaciones o presentación personal ante notario.
- v) Cuando la oferta la presente un proponente plural, la visita debe realizarla al menos uno (1) de los futuros integrantes. En estos casos tampoco es necesario que asista el

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de febrero de 2018. Expediente No. 37.485. Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de junio de 2019. Expediente No. 42.326. Consejero Ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas



representante legal de la persona jurídica o la persona natural miembro del proponente plural, por lo que podrá encomendar la asistencia a cualquier persona que tenga el título de ingeniero, por medio de una autorización simple suscrita por alguno de aquellos, sin necesidad de autenticaciones o presentaciones personales ante notario.

vi) Al momento de establecer la fecha y hora de la visita deberá considerar que: *i)* no es posible modificar la fecha de la visita al sitio de la obra, salvo por razones de fuerza mayor o caso fortuito; *ii)* cuando extraordinariamente se cambie, la decisión se adoptará con mínimo un día hábil de antelación a la fecha que se va a modificar, y la visita se reprogramará para una fecha mínimo 7 días hábiles después de la programada inicialmente; y *iii)* la entidad garantizará las condiciones de seguridad al momento de visitar la zona.

Las condiciones señaladas para la visita fueron analizadas con el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación, y su inclusión fue considerada apropiada para alcanzar los objetivos establecidos por el Consejo de Estado y sobre todo por un buen comprador de bienes, obras y servicios, como lo es el Estado, porque se propende por fortalecer el cumplimiento de los contratos de obra pública del país.

3. Custodia de los sobres contentivos de las ofertas económicas

En su petición manifiesta cierta preocupación sobre la custodia de los sobres que contienen de las ofertas económicas hasta el momento en que se conozca la TRM que regirá para el día siguiente al día que se realizará su apertura, de lo que se colige que se refiere a los procesos de selección adelantados por SECOP I, en donde la presentación de ofertas debe hacerse en medio físico.

Al respecto, esta Agencia le informa que este es un asunto expresamente regulado por el numeral 2.4. de la Versión 2 del «Documento Base o Pliego Tipo», referente al cierre del proceso y la apertura de los sobres de las ofertas, en donde respecto de este tema se establece:

En el lugar y fecha señalada, en un acto público se realizará la apertura del Sobre No. 1 de todas las ofertas y tendrá la responsabilidad de hacerlo la [Dependencia de la Entidad encargada de abrir el sobre]. Una vez realizada la apertura, las propuestas son públicas y cualquier persona podrá consultarlas en el sitio o pedir copias, de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y respetando la reserva de que gozan legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

De lo anterior, se levantará un acta que solo será suscrita por los funcionarios o contratistas de la Entidad que intervengan en la diligencia de cierre, en la cual se relacionará como información del Sobre 1 de cada oferta, el nombre de los Proponentes, si la carta de presentación fue incluida y está firmada; el número de la garantía de seriedad de la oferta que la acompaña; el número de folios y



las observaciones correspondientes, así como los demás aspectos relevantes que considere la Entidad.

Un funcionario o contratista de la Entidad verificará que el Sobre No. 2 de cada oferta esté sellado y requerirá a los asistentes a la diligencia de cierre para que firmen cada uno de ellos. Para generar confianza, al momento del cierre la Entidad guardará en un sobre todos los sobres económicos, y éste lo firmarán quienes asistan al cierre, o los custodiará en una bolsa de seguridad, con el fin de que, al momento de su apertura en la audiencia efectiva de adjudicación se pueda verificar que los mismos no fueron alterados, cambiados o abiertos. La Entidad custodiará en un lugar idóneo este sobre o la bolsa de seguridad para garantizar su seguridad.

En la apertura del Sobre No. 2, la Entidad Estatal permitirá tomar fotos a las ofertas económicas, si así lo solicita cualquier Proponente. (Cursivas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, no resulta cierto que en el «Documento Base o Pliego Tipo» no se haya hecho referencia a la custodia de los sobres contentivos de las ofertas económicas hasta el momento previsto para su apertura, ya que como se aprecia en el apartado transcrito, se establecieron dos alternativas dirigidas a generar confianza al momento del cierre del periodo para la recepción de ofertas: i) una que consiste en depositar todos los sobres económicos —firmados por todos los asistentes— en un mismo sobre firmado nuevamente por todos los asistentes al cierre; y ii) otro que supone depositar todas las ofertas económicas en un sobre de seguridad.

Ambas opciones implican que la entidad contratante se encargue de la custodia de las ofertas económicas hasta el momento que se realice su apertura. No obstante, la implementación de alguno de estos mecanismos constituye una herramienta que garantiza la transparencia, al permitir que los interesados puedan verificar que los sobres no fueron alterados, cambiados o abiertos.

Esta situación se presenta de manera distinta en los procesos adelantados en SECOP II, donde la presentación y recepción de ofertas tiene lugar a través de dicha plataforma, constituyéndose además en un mecanismo de custodia que garantiza la transparencia.

4. Métodos para la ponderación de la propuesta económica

Dentro de la petición se hace referencia a las cuatro fórmulas de ponderación de las ofertas económicas consignadas en la Versión 2 del «Documento Base o Pliego Tipo», las cuales fueron objeto de variación con respecto de las cinco en principio contempladas dentro de la Versión 1.

En el primer documento se incluían: i) mediana con valor absoluto, ii) media geométrica con presupuesto oficial, iii) media aritmética alta, iv) media aritmética baja y v) menor valor. Por su parte, en la Versión 2 se consignaron: i) media aritmética con valor absoluto, ii) media geométrica, iii) media aritmética baja y iv) menor valor.

La inclusión de estos métodos de ponderación en el «Documento Base o Pliego Tipo» obedece a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que al regular el deber de selección objetiva establece que:

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:
[...]

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

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. [...]

Así pues, la implementación de estos métodos de ponderación constituye un mandato derivado del deber de selección objetiva, que no solo implica que las entidades realicen la escogencia de la oferta más favorables sin atención a factores subjetivos, de afecto o interés particular, sino que la selección se haga conforme a unas reglas de juego previamente construidas con el fin de que las mismas sirvan a determinar, dentro del proceso de selección, cuál es la oferta que representa la mejor relación calidad-precio para la entidad, para lo cual la propia ley establece la posibilidad de establecer puntajes o fórmulas en ese sentido.



En el marco del proceso de actualización de la Versión 1 de los Documentos Tipo, se determinó que era posible mejorar los métodos de ponderación incluidos en el «Documento Base o Pliego Tipo» en aras de que la aplicación de los mismos pudiera redundar en la escogencia de ofertas que representen una mejor relación calidad-precio, para lo que se suprimió el método de ponderación de media aritmética alta, se mantuvo la media aritmética baja y el menor valor, se cambió la mediana con valor absoluto por la media con valor absoluto y se insistió en la media geométrica, pero prescindiendo del presupuesto oficial de la entidad como un factor para el cálculo de la misma.

En ese sentido, la implementación de estos métodos de ponderación, de conformidad con las reglas establecidas en el «Documento Base o Pliego Tipo», permite la escogencia de las ofertas que resulten más competitivas, garantizando el cumplimiento del deber de selección objetiva al procurar la selección de ofertas con una mejor relación calidad-precio que la permitida por la aplicación de los métodos de ponderación incluidos en la Versión 1 del «Documento Base o Pliego Tipo».

5. La garantía suplementaria, las cuadrillas de trabajo adicional y el mantenimiento rutinario adicional como nuevos criterios del Factor de Calidad

En relación con las consideraciones expresadas sobre el «factor de calidad», es preciso aclarar que los Documentos Tipo conservan los tres factores existentes en la Versión 1 de licitación pública, e incluyen como nuevas opciones que podrá exigir la Entidad para su acreditación: i) la presentación de una garantía adicional o suplementaria, ii) cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista y iii) el mantenimiento rutinario adicional por cuenta del contratista.

Frente a los nuevos factores, es importante resaltar que los Documentos señalan que «De acuerdo con las características del objeto a contratar y con el principio de proporcionalidad y razonabilidad la Entidad debe elegir una o varias de las opciones previstas para otorgar el puntaje del factor de calidad». En este sentido, la entidad debe valorar, frente a su necesidad y a los principios mencionados, cuándo este factor resulta pertinente para asegurar mejor calidad en la obra pública contratada y, en todo caso, únicamente podrá exigir la acreditación de máximo tres de ellos, lo cual conserva el tope establecido en la versión 1 de los Documentos.

Frente a la garantía adicional, en la versión publicada para observaciones se establecía que la entidad podía discrecionalmente establecer la vigencia de la garantía adicional y el valor asegurado. Igualmente, no se aclaraba cómo debía ofrecerla el proponente. Al respecto, la ciudadanía observó la falta de claridad sobre este último aspecto y dio a



conocer su preocupación por las dificultades que implicaba que la aseguradora se negara a conceder la garantía en los términos inicialmente planteados.

Adicionalmente, esta versión de los Documentos Tipo conserva el puntaje establecido para el factor de calidad en la Versión 1, de modo que no se alteró el total de 19 puntos que puede otorgar la entidad por su acreditación.

Atendiendo a las observaciones presentadas por la ciudadanía, entre el 21 de diciembre de 2019 y el 20 de enero de 2020, en la versión definitiva de los Documentos Tipo se aclaró que cuando el proponente no pueda conceder la garantía adicional a través de una aseguradora, puede hacerlo directamente, como garantía comercial que se da sobre un producto. Es decir, la posibilidad de obtener puntaje por este factor no se encuentra sujeta a la existencia de un seguro que respalde el amparo adicional, dado que el proponente puede otorgar la garantía por sí mismo.

Adicionalmente, se establece que la entidad otorgará el puntaje que determine para este factor de acuerdo con el número de meses que el proponente ofrezca como vigencia de la garantía adicional, por considerarse que reduce la discrecionalidad que la versión inicialmente publicada otorgaba a la entidad y porque refuerza la calidad de la obra construida. En efecto, este criterio de asignación de puntaje tiene por objeto que las entidades estatales cuenten con una cobertura adicional a la prevista para la estabilidad y calidad de la obra por un término adicional, situación que incide en la idoneidad y mejora de condiciones de la obra

Bajo la versión final, la entidad no puede fijar discrecionalmente un número de meses que den lugar a otorgar todo el puntaje, sino que depende del proponente definir el tiempo que está en capacidad de ofertar, lo cual reduce el riesgo de direccionamiento e incrementa las condiciones de calidad para la entidad.

Lo mismo sucede frente al número de cuadrillas adicionales que ofrezca el proponente. La versión inicial publicada para observaciones establecía que la entidad podía definir el número de obreros que conformaban la cuadrilla adicional. En la versión definitiva se establece, con el fin de reducir la discrecionalidad de la entidad y fortalecer las ventajas que este factor supone para la calidad de la obra, que la entidad otorgará el puntaje fijado para este criterio de acuerdo con el número de cuadrillas que el proponente se comprometa a incorporar durante la ejecución, según su capacidad. Esto porque el ofrecimiento de cuadrillas de trabajo adicional trae beneficios en la reducción de tiempo para la Entidad que pueden evidenciarse, por ejemplo, en una disminución de los plazos y en la atención oportuna de contingencias durante la ejecución del contrato.



Por su parte, y como resultado de las observaciones recibidas, esta entidad eliminó el factor de calidad correspondiente a la georreferenciación. Con el propósito de brindar opciones a las entidades que permitan incrementar la calidad de las obras contratadas y de acuerdo con el concepto técnico brindado por el Ministerio de Transporte, se incluyó como nuevo factor el mantenimiento adicional por cuenta del contratista. Este factor mejora la calidad de la obra, ya que se garantiza un mantenimiento rutinario, situación que otorga beneficios a las Entidades y a la ciudadanía en cuanto a la durabilidad de las condiciones de la infraestructura de transporte.

De acuerdo con lo anterior, la garantía adicional, las cuadrillas de trabajo y el mantenimiento adicional, se consideran apropiados para asegurar mejores condiciones en la calidad de las obras objeto del proceso de contratación, en cumplimiento de los principios de libre concurrencia y selección objetiva. Son criterios proporcionales dentro de la visión de negocio que debe tener la entidad, así como una razonable exigencia del mercado por parte de las entidades como compradoras de obras, bienes y servicios, de modo que se considera pertinente su permanencia en los Documentos Tipo que fueron implementados bajo la Resolución No. 045 de 2020. Adicionalmente, el incremento en el número de posibles factores permite que la Entidad elija mejor aquellos que se ajustan a su necesidad, bajo los requisitos estrictos y de objetiva verificación que se encuentran establecidos en el «Documento Base o Pliego».

6. Deber de publicación de proyectos específicos de regulación

Es necesario resaltar que esta entidad publicó por un mes los Documentos Tipo para conocimiento y observaciones de los interesados y ha tenido en consideración sus comentarios dentro de la consolidación de la versión final de los requisitos establecidos para la acreditación del factor de calidad. Esto en cumplimiento del mandato derivado del numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, el cual impone a las autoridades administrativas el deber de publicar los proyectos específicos de regulación sometidos a su competencia con el objeto de recibir observaciones por parte de la ciudadanía:

Artículo 8°. Deber de información al público. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

[...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. *En todo*

caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general (cursiva fuera del texto original).

El Consejo de Estado se pronunció sobre el contenido de esta disposición, precisando que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse en su sentido más amplio, el cual hace referencia a todo ejercicio de producción normativa de proposiciones jurídicas con contenido general y abstracto por parte de una autoridad administrativa⁵. En ese orden, determinó que el deber de publicidad derivado de la norma citada tiene por propósito materializar los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica en el proceso de producción normativa administrativa, al exigir un escenario para el diálogo entre la Administración y la ciudadanía, acorde con la importancia que ha cobrado en la evolución del Derecho Administrativo el concepto de gobernanza, mediante el que se pretende, a partir de la deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad, fortalecer el ejercicio de las potestades normativas de atribuidas a la Administración. Así lo expresó dicha Corporación:

[S]i la expresión «proyectos específicos de regulación» se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social. A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa, iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno, y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia.

[...]

La importancia de la intervención del ciudadano en la determinación de la voluntad de la administración ha dado lugar a la democratización de la acción administrativa, en virtud de la cual el ciudadano no se limita a tener un papel pasivo dentro del marco de la actividad administrativa, sino que por el contrario, asume un rol activo en la determinación de las políticas públicas

[...]

⁵ El concepto de autoridad debe entenderse de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 cuyo tenor literal reza: «Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

»Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

»Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código».



Con la evolución del Derecho Administrativo ha cambiado la relación del ciudadano con las autoridades. Así, las personas han pasado de tener un papel pasivo en el proceso de fijación de las políticas públicas, a uno activo o protagónico. Igualmente, dicha evolución ha permitido reconocer que la Administración no es autárquica, pues necesita de otras administraciones y del sector privado para el desarrollo de las políticas públicas. En este contexto, el procedimiento administrativo debe permitir y facilitar la participación y diálogo entre la administración y los ciudadanos durante el proceso de adopción de los reglamentos.

Precisamente, la colaboración entre el Estado y la sociedad es un aspecto fundamental que promueve y defiende la doctrina moderna desde la figura de la gobernanza, la cual considera que la Administración no debe actuar de forma solitaria, sino por el contrario bajo un esquema de deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad⁶.

El deber consagrado en esta norma constituye un «instrumento fundamental para dotar de transparencia y publicidad el ejercicio de la facultad normativa de la Administración y promover la participación ciudadana en el proceso de creación de la norma»⁷, al permitir el fortalecimiento de la capacidad de las instituciones en el ejercicio de sus competencias normativas. No obstante, la posibilidad de que los ciudadanos realicen observaciones a los proyectos publicados por las autoridades no puede entenderse como un condicionante al ejercicio de la potestad normativa, o derivar en un derecho de veto ciudadano respecto del contenido de la regulación publicitada, en la medida que el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, de manera alguna supone una abdicación de la competencia regulatoria, la cual le corresponde asumir a la correspondiente autoridad de manera autónoma. Así lo ha precisado el Consejo de Estado:

La ley 1437 de 2011 estableció en el numeral 8 de su artículo 8 el deber de las autoridades públicas de mantener a disposición de toda persona, entre otros asuntos, información completa y actualizada sobre los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el fin de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, para lo cual, dicha autoridad, debe establecer un procedimiento que permita dar cumplimiento a tal disposición. Esta previsión, de acuerdo con lo allí indicado, no comporta para la autoridad una limitación en el contenido de la decisión, la cual deberá ser adoptada autónomamente⁸.

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Exp. 2291. C. P. Edgar González López

⁷ *Ibídem*

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 11 de abril 2019. Exp. 52.055. C.P. María Adriana Marín.



En ese sentido, lo que pretende el último apartado de la norma citada al expresar que «En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general», es hacer patente que el cumplimiento del deber de información respecto del contenido de la regulación publicitada no supone una limitación material al ejercicio de la potestad normativa, comoquiera que la garantía de que la regulación a expedirse sea la que esté más acorde con lo que el interés general impone, viene determinado por el autónomo ejercicio de la competencia normativa por parte del sujeto en quien la ley ha depositado el ejercicio de la misma, máxime si se tiene en cuenta que la ciudadanía puede tener perspectivas distintas, encontradas e incompatibles sobre cuál debería ser el contenido de la regulación.

Así como la publicidad del proyecto de regulación es una garantía de transparencia en el proceso de producción normativa, la autonomía de la autoridad en la expedición del postulado normativo que finalmente se integrará al ordenamiento jurídico constituye una salvaguarda de la objetividad del contenido de la norma reglamentaria, que dada su especialidad y contenido técnico, su expedición ha sido encomendada a la autoridad que según sus cometidos misionales y capacidad técnica, fue considerada la más idónea para la adopción de las reglas y normas requeridas para desarrollar e implementar los mandatos normativos que derivan de la Constitución y la ley.

Así las cosas, el hecho de que una autoridad haya publicado el borrador de un proyecto de regulación con un contenido determinado no significa que el ejercicio de la potestad para expedir la norma definitiva se vea condicionada al contenido de dicho borrador o a las observaciones hechas por la ciudadanía, en la medida que en virtud de la referida autonomía, las autoridades se encuentran habilitadas para incorporar modificaciones oficiosas a los borradores en principio publicados, siempre que esto lo indique el adecuado ejercicio de la competencia normativa atribuida a la autoridad y la salvaguarda del interés general.

No debe perderse de vista que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, «la protección del interés general es un principio axiológico que guía y determina la validez de todas las actuaciones de la administración relacionadas con la actividad contractual»⁹. En ese sentido, el ejercicio de la potestad regulatoria por parte de un ente especializado como la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, constituye una garantía de que las reglas cuya expedición se le ha encomendado se expidan conforme a parámetros objetivos que sirvan al interés público, para lo cual resulta imperioso que la autoridad ejerza pleno ejercicio de su competencia regulatoria con autonomía y de acuerdo a los fines de las normas que se la otorgan.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



En este sentido, el parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 1882 de 2018, confió al Gobierno Nacional la potestad de adoptar los Documentos Tipo, quien a su vez, a través del Decreto 342 de 2019, delegó en la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Transporte, la facultad de desarrollarlos e implementarlos, lo cual supuso el ejercicio de una competencia regulatoria ejercida conforme al mandato del artículo 8, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, el cual fue cumplido por esta Agencia.

Conforme a lo anterior, la incorporación en el factor de calidad del «Documento Base o Pliego Tipo» de criterios como la garantía adicional, las cuadrillas de trabajo y el mantenimiento adicional, y la posibilidad de otorgar puntaje en virtud de los mismos; la regulación de los anticipos y los pagos anticipados; la visita al sitio de las obras; los métodos de ponderación de las ofertas económicas; y la custodia de los sobres contentivos de las ofertas económicas fueron consideradas por esta Agencia como medidas acordes con el interés general, al contribuir a mejorar la calidad de las obras de infraestructura de transporte, sin que ello se vea reflejado en mayores costos en la realización de las obras a cargo de las entidades contratantes, posibilitando además que estas se beneficien de precios más competitivos inducidos por la incorporación de estos criterios, lo que en últimas se verá reflejado en una mayor calidad en las obras de las que podrá disfrutar la ciudadanía.

Atentamente,



FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Alejandro Sarmiento Cantillo
Contratista
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Contratista
Aprobó: Fabián Gonzalo Marín Cortés
Subdirector de Gestión Contractual