

Bogotá D.C., 17 de marzo de 2020

Señor
Ciudadano Anónimo
Ciudad

Asunto: Respuesta a Radicado No.4202013000001399

Estimado señor Ciudadano,

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente responde la petición anónima No. 285122020 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 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 la opinión brindada por el Ministerio de Transporte, se incluyó como nuevo factor el mantenimiento rutinario 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.

De otro lado, 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 administrativa¹. 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

¹ 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».



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 [...]

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 sociedad².

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»³, 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

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Exp. 2291. C. P. Edgar González López

³ *Ibíd*em



autoridad una limitación en el contenido de la decisión, la cual deberá ser adoptada autónomamente⁴.

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»⁵. En ese sentido, el ejercicio de la potestad regulatoria por parte de un ente especializado como

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 11 de abril 2019. Exp. 52.055. C.P. María Adriana Marín.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



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.

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, fue considerada por esta Agencia como una medida acorde 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.

En ese sentido, la inclusión de fórmulas para la asignación de los puntajes correspondientes con ocasión de la garantía adicional, las cuadrillas de trabajo y el mantenimiento adicional, no tiene otro propósito que atribuir el puntaje de manera directamente proporcional a las cantidades ofertadas en cada uno de estos factores, de tal manera que quien más oferte en estos criterios de calidad sea quien más puntaje obtenga, tal como lo impone una sana lógica de mercado, al ser el estado un demandante de bienes, obras y servicios.

Así pues, estos criterios no pueden interpretarse como una limitación a la participación de oferentes en los procesos de selección, ya que su cometido no es otro que mejorar la calidad de las obras públicas de infraestructura de transporte, y toda vez que la libertad de concurrencia y la amplitud de oferentes se encuentra garantizada por la estandarización de los requisitos de experiencia que deben ser formulados y acreditados de acuerdo con la «Matriz 1 – Experiencia», la cual es de obligatorio cumplimiento, y cuya aplicación limita la potestad de las entidades contratantes para la introducir requisitos de experiencia que posibiliten el direccionamiento de los contratos.

En todo caso, no sobra indicarles que esta entidad estará atenta al efecto que tenga la incorporación de estos criterios, con el fin de evaluar su pertinencia, y tendrá en cuenta las observaciones que al respecto sean presentadas para la mejora constante de los Documentos Tipo.

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

